



Libertad y Orden

Ministerio del Interior y de Justicia
República de Colombia

La Consulta Previa a Grupos
Étnicos en Colombia

Compendio de Legislación, Jurisprudencia y Documentos de Estudio

TOMO II

Bogotá, D. C., diciembre 2009

LA CONSULTA PREVIA A GRUPOS ÉTNICOS EN COLOMBIA

ISBN: 958-9382-11-2

Compilado por:

Luis Hernando Angarita Figueredo
Ana María Saavedra Galindo
Claudia Teresa Cáceres Domínguez
Carlos Eduardo Salinas Alvarado
María Alejandra Cortés

Con la colaboración de:

Esther Sánchez Botero
Víctor Rodríguez Rescia
Christian Ramos Veloz
Pedro Vallejo Reyes
Edilberto Herrera Cañón
Carlos Ariel Ruiz Sánchez
Luis Eduardo Cárdenas C.

1ª Edición:

Sabas Pretelt de la Vega, Ministro del Interior y de Justicia
Luis Hernando Angarita Figueredo, Viceministro del Interior y de Justicia

2ª Edición:

Carlos Holguín Sardi, Ministro del Interior y de Justicia
María Isabel Nieto Jaramillo, Viceministra del Interior y de Justicia

Portada de: Alejandro Obregón, Tres Cordilleras Dos Océanos.

Diagramación e impresión:

Imprenta Nacional de Colombia

Impreso en Bogotá, D. C., Colombia / printed and made in Bogotá - Colombia

Aviso legal

Los comentarios y opiniones expresados en esta compilación son de responsabilidad de sus autores y, por ende, no comprometen ni representan la posición oficial o institucional del Ministerio del Interior y de Justicia.



Libertad y Orden

ÁLVARO URIBE VÉLEZ
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

FABIO VALENCIA COSSIO
MINISTRO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

VIVIANA MANRIQUE ZULUAGA
VICEMINISTRA DEL INTERIOR

PEDRO SANTIAGO POSADA ARANGO
DIRECTOR DE ASUNTOS INDÍGENAS, MINORÍAS Y ROM

ROSA CARLINA GARCÍA ANAYA
DIRECTORA DE ASUNTOS PARA COMUNIDADES NEGRAS
AFROCOLOMBIANAS, RAIZALES Y PALENQUERAS

CLAUDIA TERESA CÁCERES DOMÍNGUEZ
COORDINADORA GRUPO DE CONSULTA PREVIA

ÍNDICE

	Pág.
PRESENTACIÓN	
<i>Fabio Valencia Cossio, Ministro del Interior y de Justicia</i>	7
INTRODUCCIÓN	
<i>Viviana Manrique Zuluaga, Viceministra del Interior</i>	9
PREFACIO	
<i>Christian Ramos, Especialista en Normas Internacionales del Trabajo y Pueblos Indígenas Organización Internacional del Trabajo, OIT</i>	11

TERCERA PARTE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

LA CONSULTA PREVIA COMO DERECHO Y COMO DEBER PRINCIPIOS Y PROCEDIMIENTOS	15
1. Sentencia SU-039 de 1997 (“Caso U’wa”)	17
2. Sentencia T-652 de 1998 (“Caso Urrá”)	51
3. Sentencia C-891 de 2002 (“Caso Código de Minas”)	85
4. Sentencia SU-383 de 2003 (“Caso Cultivos Ilícitos”)	153
5. Sentencia T-880 de 2006 (“Caso Motilón Barí”)	289
6. Sentencia C-030 de 2008 (“Caso Ley Forestal”)	349
7. Sentencia C-461 de 2008 (“Caso Ley Plan Nacional de Desarrollo”)	423
8. Sentencia T-154 de 2009 (“Caso Río Ranchería”)	465
9. Sentencia C-175 de 2009 (“Caso Ley Estatuto Rural”)	479
10. Sentencia C-169 de 2001	547
11. Sentencia C-615 de 2009 (“Caso Plan Básico Wayuu”)	579

CUARTA PARTE
LA CONSULTA PREVIA

EL PROCESO DESARROLLADO POR LA DIRECCIÓN DE ETNIAS -
MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA 623

1. Preguntas frecuentes acerca de la Consulta Previa 625
2. El procedimiento de Consulta Previa 635

JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO

1. Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de
Estado, Rad. 1708 del 2 de febrero de 2006 643
2. Concepto de Consejo de Estado (Rad. No. 1817 de 2007) (“Caso
Puerto Multipropósito Brisa”) 671
3. Tutela PDVSA vs. Comunidad Yosuru 689
4. Súplica 673 de 1997 Oxy u U’was 701

APÉNDICE 753

1. Estudio de la Dirección de Etnias sobre los efectos que, en las
Comunidades indígenas U’wa, podría causar el proyecto de
exploración sísmica Bloque Catleya, y sobre las condiciones de
viabilidad para su realización 757

BIBLIOGRAFÍA 779

PRESENTACIÓN

La tercera edición del presente compendio pretende no solo actualizar las normas y jurisprudencia en torno a la temática de Consulta Previa, sino poner de presente que el derecho fundamental a la libre participación de los Grupos Étnicos en aspectos de la sociedad colombiana que les conciernen, como aquellas decisiones, medidas legislativas y administrativas y proyectos económicos y de desarrollo, están más vigentes que nunca.

En un Estado Social de Derecho, la visión intercultural e interlegal debe predominar ante la visión de un Estado monocultural y etnocéntrico, en beneficio de la democracia, donde el ciudadano colombiano indígena, afrodescendiente, raizal, palenquero, gitano y de cualquier otro origen debe ser el sentido y el ser de la razón pública.

El Ministerio del Interior y de Justicia, como coordinador nacional de la Consulta Previa, se encuentra comprometido con el derecho fundamental a la participación libre e informada que le ha delegado y confiado el ordenamiento jurídico colombiano e internacional respecto a los grupos étnicos e invita a las demás entidades del Estado, a los dueños de los proyectos, que sus esfuerzos institucionales y las iniciativas de inversión privada se sumen a la consolidación de una democracia incluyente, participativa y pluralista.

La protección del principio de la diversidad étnica y cultural nos compete a todos. Es por ello que Colombia ha sido exaltada como uno de los Estados más adelantados en el reconocimiento de los derechos fundamentales individuales y colectivos de los Grupos Étnicos, con la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991 y la adopción de Instrumentos Internacionales como el Convenio 169 de la OIT.

El Ministerio del Interior y de Justicia reitera su compromiso en seguir trabajando en la atención, promoción y divulgación de los derechos de los Grupos Étnicos, con base en la protección de los mismos y la Consulta Previa en todos sus niveles. La Consulta es el escenario propicio para conocer y respetar sus prioridades, sus necesidades y demandas, las cuales deben ser tenidas en cuenta en la definición de programas y proyectos que se lleven adelante. Estos procesos cobran una relevancia significativa al registrar avances en las condiciones de vida e integridad cultural de aquellas comunidades étnicas que han sido históricamente transgredidas por el accionar violento de los grupos armados al margen de la ley.

El actual reto del Estado colombiano en materia de Consulta Previa es profundizar en aquellos aspectos que la Consulta requiere, como el acercamiento, confianza y entendimiento de los actores que hacen parte del proceso, en un marco de diálogo intercultural, de reconocimiento y respeto mutuo de las partes. Otro factor que se debe atender es el fortalecimiento de las instituciones representativas de los Grupos Étnicos, con el fin de propiciar un diálogo abierto en condiciones más equilibradas, cuando se trate de comunidades vulnerables. Igualmente, se debe trabajar en las debilidades de las comunidades y atender sus prioridades como sujetos colectivos de derechos, que han sido reconocidos en un Estado pluriétnico y multicultural.

Esta publicación fortalece los procesos de Consulta con las comunidades étnicas y acercará de manera contundente a todos sus actores en el marco de una política de desarrollo con respecto a los derechos fundamentales que avanza con responsabilidad social.

FABIO VALENCIA COSSIO
Ministro del Interior y de Justicia

INTRODUCCIÓN

Este libro presenta los contenidos sustantivos y procesales de la Consulta Previa enfocada a los Grupos Étnicos, construidos y alimentados por el derecho interno colombiano y la doctrina internacional sobre Derechos Humanos. La presente edición pretende actualizar la jurisprudencia y normas del anterior ejemplar, con el propósito de promocionar y publicitar las interpretaciones garantistas en el marco de la Consulta Previa de los grupos étnicos proferidas por la justicia colombiana.

La consulta previa traza un mundo emblemático, constructivo y enriquecedor de múltiples visiones que engrandecen nuestro Estado Social de Derecho y donde la protección del principio de la diversidad étnica y cultural cobra vigencia y busca rigor en los procesos de consulta. Los grupos étnicos han enseñado a las instituciones del Estado, a las empresas privadas y a la sociedad colombiana e internacional, en general, que su conocimiento y su cosmovisión ancestral, cultural y religiosa no solo es actual, sino que es el patrimonio cultural de nuestro país, por lo cual su condición étnica es un hecho permanente y estable y su reconocimiento es el punto de partida fundamental para el respeto y promoción de sus derechos.

El Derecho Internacional ha aprendido y se ha enriquecido de las intensas actividades y luchas de los grupos étnicos en los diferentes Estados, por lo cual la actual doctrina internacional de los Derechos Humanos ha recogido en el Sistema Universal, Interamericano, Europeo y Africano, las prioridades y necesidades de los planes de vida de los grupos étnicos. Las comunidades étnicas han dejado de ser en el Derecho Internacional un simple objeto de discusión y diálogo entre los países; actualmente, su participación es activa en los diferentes escenarios de discusión, como el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, el Segundo Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas y el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, entre otros.

En ese sentido, no debemos olvidar una de las manifestaciones contemporáneas más destacadas del Derecho Internacional como es el Convenio 169 de la OIT. Recordemos que esta innovación fue fruto de la revisión del Convenio 107 de 1957, en donde se incluyó en las sesiones de 1988 y 1989 de la Conferencia Internacional del Trabajo la participación de representantes de Pueblos Indígenas, aunque de forma limitada, en las deliberaciones de la Comisión de la Conferencia designada para la

revisión. En la Clausura de la sesión de 1989, la Conferencia adoptó el nuevo Convenio 169, sancionado así el cambio respecto al planteamiento filosófico anterior. Con la entrada en vigor del Convenio 169 de la OIT, a través de la Ley 21 de 1991, a nuestro ordenamiento jurídico interno y el nuevo orden constitucional, se crea una ruptura epistemológica en la concepción de conceptos, principios y valores, respecto al sistema jurídico colombiano anterior. Igualmente, se reconocen derechos fundamentales tanto individuales como colectivos a los grupos étnicos que no se concebían en la Constitución Política de 1886.

La presente publicación se circunscribe en una estrategia integral del Ministerio del Interior y de Justicia, la cual consiste en ampliar y profundizar una campaña educativa en legislación, jurisprudencia y documentos de estudio en materia de Consulta Previa a Grupos Étnicos en Colombia. La elaboración de este compendio se hizo desde un enfoque de derechos, con el fin de proveer un material pedagógico sobre la Consulta, que contenga un desarrollo sustantivo de definiciones, conceptos e información relativa al derecho de la participación de los Grupos Étnicos, en todos sus niveles. Cada capítulo analiza el desarrollo histórico, normativo, jurisprudencial de la Consulta Previa como un Derecho Humano. Por tal motivo, el compendio se estructura con las siguientes partes: i) Instrumentos Internacionales; ii) Instrumentos Nacionales-Colombia iii) Jurisprudencia Constitucional y Administrativa colombiana y iv) La Consulta Previa.

En la primera parte, Instrumentos Internacionales, se pretende abordar las declaraciones, Tratados Internacionales de Derechos Humanos, adoptados por el Estado colombiano. Igualmente, recomendaciones y resoluciones en el marco del Derecho Emergente (*Soft Law*).

La segunda parte, Instrumentos Nacionales-Colombia, se ocupa de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que regulan en Colombia la Consulta Previa.

La tercera parte, Jurisprudencia Constitucional y Administrativa colombiana, se encarga de recopilar las sentencias más destacadas que han sido proferidas por las honorables Corporaciones de la Jurisdicción Constitucional y Contencioso-Administrativo de la Justicia colombiana.

La cuarta parte, Consulta Previa, abarca desde un enfoque jurídico y administrativo los procesos emprendidos por el Ministerio del Interior y de Justicia a través de su grupo de consulta previa, haciendo especial énfasis en los interrogantes más frecuentes en torno al tema y el procedimiento establecido para adelantar los procesos consultivos.

El Ministerio del Interior y de Justicia se complace en presentar el compendio titulado *La Consulta Previa a Grupos Étnicos en Colombia* el cual consideramos que será una guía importante para aquellos lectores que deseen profundizar en todos los aspectos normativos, jurisprudenciales y prácticos en torno a la Consulta Previa en Colombia.

VIVIANA MANRIQUE ZULUAGA
Viceministra del Interior

PREFACIO

Cuando el Ministerio del Interior y de Justicia y la Dirección de Etnias decidieron la publicación de este Compendio de Legislación y Documentos de Estudio sobre la Consulta Previa a pueblos indígenas estaban afirmando un derecho básico de la sociedad democrática: el de la consulta a estos pueblos antes de iniciar cualquier acción que pueda afectar su modo de vida.

Este compendio viene a llenar una laguna al recopilar los textos de mayor relevancia sobre los derechos de estos pueblos a ser tratados en pie de igualdad con las sociedades donde viven o conviven.

En este Segundo Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas y luego de la reciente adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas iniciativas para dar más voz a los pueblos indígenas y tribales, son necesarias e imprescindibles, como una forma de proveer a estos pueblos acallados por decenios, las herramientas necesarias para que, en la medida de lo posible, puedan controlar y decidir sobre los procesos de desarrollo que los afectan.

La experiencia de la Organización Internacional del Trabajo con los pueblos indígenas y tribales tiene una larga historia, pues ya en 1921, dos años después de su creación, la OIT emprendió una serie de estudios sobre las condiciones laborales de los trabajadores “nativos” o “indígenas” en los países bajo dominación colonial.

Al adoptar el Convenio núm. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, la 76ª Conferencia Internacional del Trabajo, en junio de 1989, se observó que en muchas partes del mundo estos pueblos no gozaban de los derechos humanos fundamentales en la misma medida que el resto de la población.

Este Convenio, junto a otros Convenios de la OIT en materia de protección de los derechos fundamentales en el trabajo de los trabajadores y trabajadoras pertenecientes a estos pueblos, busca la consecución y garantía del trabajo decente, como uno de los paradigmas básicos para la erradicación de la pobreza y un desarrollo sustentable.

Este nuevo instrumento internacional, adoptado de forma tripartita con la voz de organizaciones indígenas, trató de consolidar los derechos de los pueblos indígenas y tribales, decidir sus prioridades en relación con los procesos de desarrollo y en la medida de lo posible, controlar y participar en su propio desarrollo económico, social, cultural y espiritual.

La Consulta Previa aparece por primera vez en un instrumento de la OIT sobre los derechos de los pueblos indígenas en países independientes, el Convenio núm. 169.

Este *Compendio de Legislación y Documentos de Estudio* refleja y reflexiona sobre los conceptos bajo los cuales toda disposición del Convenio núm. 169 debe ser entendida la Consulta Previa como la participación de los pueblos indígenas y tribales en todas las decisiones susceptibles de afectarles directa o indirectamente.

Hace hincapié en el derecho inherente a todo ser humano a ser consultado previamente a la toma de decisiones que le puedan afectar su modo de vida, sus creencias, sus tierras y territorios y a participar, cuando sea posible, de los beneficios que se derivan de ciertos proyectos de desarrollo.

Esta iniciativa del Ministerio del Interior y de Justicia y de la Dirección de Etnias, sin duda, redundará en la construcción de una sociedad más democrática, pluri-étnica e igualitaria, ya que el concepto de consulta previa, previsto en el Convenio núm. 169, pretende garantizar a los pueblos indígenas y tribales igualdad de trato y de oportunidades respecto al goce pleno de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación en relación con los otros habitantes no indígenas del país.

CHRISTIAN RAMOS VELOZ

*Especialista en Normas Internacionales del Trabajo
y Pueblos Indígenas, Organización Internacional del Trabajo, OIT*

Tercera Parte

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Hemos dividido esta parte del compendio en dos acápite diferentes en atención a los temas tratados por las respectivas sentencias de la Corte Constitucional. Vale la pena mencionar que hemos seleccionado aquellas sentencias que consideramos más significativas para el tema que nos ocupa.

LA CONSULTA PREVIA COMO DERECHO Y COMO DEBER

Principios y Procedimientos

1. SENTENCIA SU-039 DE 1997 (“Caso U’wa”)

SENTENCIA DE FEBRERO 3 DE 1997

Ref.: Expediente N°. T-84771.

Peticionario: Jaime Córdoba Triviño, Defensor del Pueblo, en representación de varias personas integrantes del Grupo Étnico Indígena U’WA.

Magistrado Ponente: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Procede

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

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

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

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

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

Ante la circunstancia de que el Magistrado Jorge Arango Mejía se declaró impedido para conocer del asunto y dicho impedimento fue aceptado por la Corporación, el proceso fue asignado al suscrito Magistrado Ponente, quien elaboró la respectiva ponencia, tomando los antecedentes originales, en lo pertinente.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

El Defensor del Pueblo presentó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, acción de tutela contra el Ministerio del Medio Ambiente y la Sociedad Occidental de Colombia, Inc., en representación de 19 ciudadanos miembros del grupo étnico indígena U'wa, localizado en los departamentos de Boyacá, Norte de Santander, Santander, Arauca y Casanare, con una población superior a cinco mil (5.000) personas, “a nombre de quienes se actúa en calidad de ciudadanos individualmente considerados y como integrantes del grupo étnico, para el que se reclama su reconocimiento como sujeto colectivo de derechos fundamentales, distribuido en 28 comunidades”, con fundamento en los siguientes hechos:

- 1.1. En el año de 1992 la Sociedad Occidental de Colombia, Inc., con base en un contrato de asociación celebrado con Ecopetrol para la explotación de hidrocarburos en el país, inició ante el Inderena los trámites necesarios destinados a obtener la correspondiente licencia ambiental, requerida para poder adelantar exploraciones sísmicas, en desarrollo del proyecto conocido como “EXPLOTACIÓN SÍSMICA BLOQUE SAMORE”, que le permitiera constatar la existencia de pozos o yacimientos petroleros, en una zona que comprende los municipios de Saravena, Tame y Fortul en el departamento de Arauca; Cubará, en el departamento de Boyacá, y Toledo en el departamento de Norte de Santander, con una extensión aproximada de 208.934 hectáreas, dentro de la cual se encuentran resguardos indígenas y parques naturales.
- 1.2. El Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente (Inderena), a través de las Subgerencias del Medio Ambiente y de Bosques, Aguas y Suelos, realizó diferentes estudios que sirvieron de fundamento a los conceptos técnicos en los cuales se estimó viable la ejecución del aludido proyecto, pero haciéndose la salvedad de que “quedaban excluidos de toda actividad de prospección sísmica las áreas de los parques nacionales naturales de Tamá y El Cocuy”.
- 1.3. El proceso administrativo tramitado inicialmente en el Inderena e identificado con el número 031-92, pasó por competencia al Ministerio del Medio Ambiente.
- 1.4. La Subdirección de Ordenamiento y Evaluación Ambiental del Ministerio del Medio Ambiente, emitió el concepto técnico N°. 090 de julio 19 de 1994, el cual acogió en su totalidad los conceptos del Inderena y consideró viable la ejecución del proyecto, sujeto al cumplimiento de medidas de orden técnico y ambiental.

No obstante, dicha dependencia “llamó la atención en términos de la participación comunitaria y ciudadana y en lo que tiene que ver particularmente con la etnia U'wa asentada en el área de influencia puntual y local del proyecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 330 de la Constitución, como en la Ley 99 de 1993 en su artículo 76, específicamente en lo que hace referencia a la “Consulta Previa”, así como en la Legislación Indígena Nacional vigente”.

- 1.5. El Ministerio del Medio Ambiente como consulta previa, para los efectos de la expedición de la licencia ambiental, tuvo como tal la reunión que sostuvieron algunos miembros de la comunidad U'wa los días 10 y 11 de enero de 1995 en la ciudad de Arauca, con participación de representantes de los Ministerios de Minas y Energía y del Medio Ambiente, Ecopetrol y la Occidental de Colombia Inc., y en tal virtud, procedió a expedir la Resolución N°. 110 de febrero 3 de 1995, mediante la cual se otorgó dicha licencia.
- 1.6. No era procedente la expedición de la licencia ambiental, porque la aludida reunión no puede considerarse como válida para efectos de la participación de la comunidad que tanto la Constitución como las normas ambientales y la legislación indígena exigen cuando se trata de adoptar decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas.
- 1.7. Con el otorgamiento de la licencia ambiental, sin el cumplimiento del requisito de la participación y consulta de la comunidad U'wa, se afectaron los derechos fundamentales de las personas que representa el actor y de dicha comunidad. En efecto, se desconocieron los derechos contenidos en la Constitución en los artículos 7°, derecho a las minorías étnicas; 286, 329 y 357, derecho al territorio; 330, derecho a la autodeterminación; 10, derecho a la lengua; 70, 95-8, 72, derecho a la cultura étnica; derecho a seguir viviendo; 40, 79, derecho a la participación social y comunitaria.

2. Pretensiones

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

- a) Se ordene la inaplicación de la Resolución N°. 110, del 3 de febrero de 1995, “por la cual se otorga una licencia ambiental”, expedida por el Ministerio del Medio Ambiente;
- b) Se ordene a las partes demandadas, Ministerio del Medio Ambiente y Sociedad Occidental de Colombia, Inc. iniciar, desarrollar y ejecutar todas las diligencias, actividades y procedimientos necesarios para llevar a cabo el proceso de consulta previa con la comunidad U'WA;
- c) Se ordenen las medidas pertinentes para la efectiva protección de los derechos fundamentales, y
- d) Si la tutela prospera, se ordene la creación de un Comité Interinstitucional, con representación de las partes, los entes gubernamentales competentes, la sociedad civil y los órganos de control del Estado, para asegurar el cumplimiento del fallo de tutela, sin perjuicio de la competencia del juez de tutela.

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

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

Como normas violadas concretamente se citaron en la demanda las siguientes: artículos 8º, 79, 80, 330 parágrafo de la Constitución Política, arts. 6º y 15 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, adoptado por la OIT y aprobado por la Ley 21 de 1991, y el art. 76 de la Ley 99 de 1993.

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

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

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

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

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

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

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

Con respecto a la violación de los artículos 6º y 15 del Convenio 169 de la OIT y del art. 76 de la ley 99 de 1993, ella se hace consistir en que el Estado debe explotar los recursos naturales dentro de los territorios ocupados por indígenas respetando dicha integridad, siendo necesario, en consecuencia, que se haga la respectiva consulta a la comunidad indígena que va a resultar afectada con dicha explotación y que se busque la concertación.

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

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

3.2. En la demanda de nulidad se solicitó la suspensión provisional del acto acusado, invocando la violación manifiesta de los arts. 8°, 79, 330 parágrafo, de la Constitución, 76 de la Ley 99/93, y 6° y 15 del Convenio 169 de la OIT. El concepto de su violación se hace consistir en el desconocimiento de “la participación ciudadana y comunitaria en este tipo de proyectos”, al no haberse cumplido con el requisito de la consulta previa a la comunidad U’wa.

4. Fallo de primera instancia.

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

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

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

(...)

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

(...)

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

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

(...)

“Por lo tanto, resulta que la supuesta “consulta” realizada en la reunión de los días 10 y 11 de enero en Arauca con los representantes del pueblo U’wa no se ajustó a la finalidad que se prevé en la norma legal que se acaba de transcribir y puede decirse, por lo mismo, que la exigencia contenida en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993 no se ha cumplido a cabalidad, de lo cual surgen una omisión -la inobservancia de un mandato legal- y una acción -la expedición de la Resolución N°. 110 del 3 de febrero de 1995- que conculcan los derechos del mencionado pueblo indígena y amenazan, en definitiva, el derecho fundamental a la vida de los integrantes del mismo pueblo. Porque es necesario destacar que la consulta no está prevista como simple formalismo, para mera constancia documental de que las comunidades fueron enteradas de los proyectos en preparación. Se trata de que las comunidades comprendan el alcance de las empresas por acometerse, su mecanismo de acción, sus proyecciones en el campo ambiental, para que frente a todos esos factores puedan deducir si hay o no riesgo para el habitat (sic) donde se gesta y se desarrolla su existencia”.

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

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

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

“De la confrontación directa de la resolución acusada con las normas constitucionales aducidas por el actor y transcritas anteriormente, así como con los documentos aducidos en la solicitud, la Sala no encuentra que se presente la violación manifiesta

que alega el actor en su solicitud de suspensión provisional, pues ni del texto de la resolución ni de los citados documentos resulta abiertamente que el Estado no esté protegiendo las riquezas culturales y naturales de la Nación, ni que esté autorizando la explotación en desmedro de la integridad cultural, social y económica de la comunidad indígena, ni que se haya omitido la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

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

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

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

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

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

Finalmente, el Consejo reiteró su constante jurisprudencia en el sentido de que la suspensión provisional solo puede decretarse cuando el acto acusado se oponga

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

6. El fallo de segunda instancia.

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

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

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

Dijo también la Corte:

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

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. El problema jurídico planteado.

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

En efecto:

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

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

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

(...)

“Resulta claro que se trata de hacer compatible el beneficio colectivo para la sociedad colombiana que se desprende de la investigación sobre las eventuales riquezas del subsuelo, con el indispensable reconocimiento de la diversidad cultural y el respeto a las tradiciones de otras etnias. Este concepto fundamental, esto es, que el subsuelo pertenece a la Nación, y que la comunidad indígena puede beneficiarse directamente de los recursos que de allí provengan, fue una consideración esencial en la comunicación con la comunidad indígena y por ello nuestra convocatoria para que fueran las mismas entidades administradoras de la riqueza del subsuelo, Ministerio de Minas y Ecopetrol, quienes explicaron a los indígenas el ordenamiento constitucional y legal para la exploración de hidrocarburos”.

–Como prueba de las acciones de concertación, consulta y comunicación con la comunidad indígena “U’wa”, la Occidental de Colombia Inc. presenta un cuadro que resume las reuniones llevadas a cabo entre dicha empresa y la referida comunidad, en algunos casos con presencia de autoridades públicas, entre el mes de abril de 1993 y el 21 de julio de 1995.

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

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

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

Además, estima que tampoco procede la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, por cuanto no se dan los requisitos que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado para efectos de que dicho perjuicio tenga esa connotación (Sentencia T-225 de junio 15 de 1993), más aún cuando se trata de una licencia legítimamente otorgada.

2. Aspectos a considerar para la solución del problema.

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

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

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

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

¹ M.P. Antonio Barrera Carbonell.

“En efecto, en atención al abuso, prejuicio y perjuicio que han padecido los pueblos autóctonos o aborígenes del territorio nacional, la Constitución Política de 1991 consagró el respeto a la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, en los preceptos contenidos en los artículos 7° (diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana), 8° (protección a las riquezas naturales y culturales), 72 (patrimonio cultural de la Nación) y 329 (conversión de las comunidades indígenas en entidades territoriales)”.

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

(...)

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

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

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

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

² M.P. Antonio Barrera Carbonell.

³ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

reconocimiento expreso que la Constitución hace “a la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”. Y sobre la protección de la referida diversidad dijo la Corte en la mencionada sentencia:

“La protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias. La defensa de la diversidad no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando esta 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 (C.P. art. 1º, 7º 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 (C.P. art. 12) también se predica de las comunidades indígenas, quienes tienen un derecho fundamental a su integridad étnica, cultural y social”.

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

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

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

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que como se ha visto antes configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Y precisamente, para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la referida integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, en los términos del art. 40, numeral 2 de la Constitución, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones.

3.3. La Constitución en diferentes normas alude a la participación ciudadana que ofrece diferentes modalidades (preámbulo, arts. 1º, 2º, 40, 79, 103, entre otros). Por lo tanto, la única forma de participación no es la política.

A juicio de la Corte, la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. De este modo, la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (arts. 14 y 35 del C.C.A.; 69,

70, 72 y 76 de la Ley 99 de 1993), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades.

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

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

“Artículo 5°. 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 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 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 este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

(...)

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

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

Con fundamento en los arts. 40-2, 330 parágrafo de la Constitución y las normas del Convenio 169 antes citadas, estima la Corte que la institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquellas 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 dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar

conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.

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

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

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

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

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

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

–Es compatible la acción de tutela y la acción contencioso-administrativa contra actos administrativos, medio alternativo de defensa judicial.

En efecto:

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

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

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

Mediante Auto de fecha 1º de septiembre de 1994 (Expediente N.º. T-32.352 M.P. Jorge Arango Mejía) la Corte se refirió al alcance del aparte normativo transcrito, de la siguiente manera:

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

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

Dice, en lo pertinente, dicha norma:

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

(...)

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

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

“...la atribución de suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos está específicamente conferida por la Constitución a la

jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo (artículo 238) y mal pueden interpretarse en contra de su perentorio mandato las disposiciones de los artículos 7º y 8º del Decreto 2591 de 1991, aplicables tan solo a aquellos actos contra los cuales no sea procedente dicho mecanismo, de conformidad con las reglas generales”.

“No desconoce la Corte que la última de las disposiciones citadas, al permitir el ejercicio conjunto de la acción de tutela con las pertinentes ante la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, faculta al juez para ordenar que tratándose de un perjuicio irremediable, se inaplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita mientras dure el proceso, pero es obvio que esta norma legal parte del supuesto de que en tales casos no procede la suspensión provisional, pues resultaría innecesario, inconveniente e inconstitucional que, siendo ella aplicable para alcanzar el específico fin de detener los efectos del acto cuestionado, se añadiera un mecanismo con idéntica finalidad por fuera del proceso Contencioso-Administrativo y a cargo de cualquier juez de la República, con el peligro adicional de decisiones contradictorias, máxime si se tiene en cuenta que también la suspensión provisional se resuelve mediante trámite expedito tal como lo dispone el Código Contencioso Administrativo⁴”.

Se reiteró en dicha sentencia lo que señaló la Corte en la Sentencia N°. 1 de abril 3 de 1992, igualmente con ponencia del doctor José Gregorio Hernández Galindo.

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

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

“Debe repararse por otra parte en que el punto materia de análisis –a diferencia del que constituye el objeto de la providencia mediante la cual se resuelve acerca de la solicitud de suspensión provisional en los procesos contencioso-administrativos– no es el relativo a una posible oposición flagrante entre el acto demandado y las normas superiores a las que está sometido, sino la situación de hecho en la cual puede hallarse una persona frente a un acto cuya

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

⁵ M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

aplicación concreta implique, en su caso, efectos inmediatos e irremediables que vulneren sus derechos constitucionales fundamentales”.

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

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

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

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

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

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

⁶ M.P. Fabio Morón Díaz.

⁷ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸ M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁹ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰ M.P. Antonio Barrera Carbonell.

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”.

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

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

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

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

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

La confrontación que ordena hacer el art. 152 del C.C.A. entre el acto acusado y las normas que se invocan como transgredidas, es de confrontación *prima facie* o constatación simple, porque el juez administrativo no puede adentrarse en la cuestión de fondo, de la cual debe ocuparse la sentencia que ponga fin al proceso. En cambio, el juez de tutela posee un amplio margen de acción para poder apreciar o verificar la violación o amenaza concreta del derecho constitucional fundamental, pues no solo constata los hechos, sino que los analiza y los interpreta y determina a la luz del contenido y alcance constitucional del derecho si procede o no el amparo impetrado. De manera que la suspensión provisional opera mediante una confrontación directa entre el acto y la norma jurídica, generalmente contentiva de una proposición jurídica completa, que se afirma transgredida, así puedan examinarse documentos para determinar su violación manifiesta; en cambio, cuando se trata de amparar derechos fundamentales el juez de tutela se encuentra frente a una norma abierta, que puede aplicar libremente a través de una valoración e interpretación amplia de las circunstancias de hecho.

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

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

La acción de tutela y la suspensión provisional no pueden mirarse como instrumentos de protección excluyentes, sino complementarios. En tal virtud, una es la perspectiva del juez contencioso-administrativo sobre viabilidad de la suspensión provisional del acto, según los condicionamientos que le impone la ley, y otra la del juez constitucional, cuya misión es la de lograr la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales. Por consiguiente, pueden darse eventualmente decisiones opuestas que luego se resuelven por el juez que debe fallar en definitiva el asunto; así bajo la óptica de la regulación legal estricta el juez administrativo puede considerar que no se da la manifiesta violación de un derecho fundamental y sin embargo el juez de tutela, que sí puede apreciar el mérito de la violación o amenaza puede estimar que esta existe y, por ende, conceder el amparo solicitado.

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

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

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

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

El juez administrativo, con el fin de amparar y asegurar la defensa de los derechos fundamentales podría, aplicando directamente la Constitución Política, como es su deber, suspender los efectos de los actos administrativos que configuren violaciones o amenazas de transgresión de aquellos. Decisiones de esa índole tendrían sustento en:

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

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

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

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

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

5. La situación concreta que se analiza

5.1. Según los términos de la demanda de tutela, la controversia se originó en el otorgamiento de la licencia ambiental a la sociedad “Occidental de Colombia Inc” para la realización de las actividades de prospección sísmica del bloque Samoré, sin

haberse agotado el procedimiento de consulta a la comunidad indígena U'wa, con arreglo a la Constitución, al Convenio 169 de la OIT y a la ley.

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

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

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

- Asistieron a la reunión, entre otras personas, como miembros de la Comunidad U'wa, Roberto Cobaría, José Antonio Rinconada, Julio Tegría, Carlos Tegría, Suboto Barroso y Guercuna Tegría.
- Se dijo que el objeto de la reunión es la de realizar la consulta establecida en los artículos 6 y 15 de la ley 21 de 1991 y en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, para los efectos del trámite de la aludida licencia ambiental.
- El orden del día que se sometió a la debida aprobación fue el siguiente:
 - “1. Presentación de los delegados de las entidades públicas, de Occidental de Colombia, Inc. y del pueblo U'wa presentes”.
 - “2. Información sobre los derechos del pueblo U'wa por parte de la Dirección General de Asuntos Indígenas. La Constitución Nacional y la Ley 21 de 1991 y el Ministerio del Medio Ambiente presenta la Ley 99/93 Artículo 76”.
 - “3. El contrato de asociación para la exploración sísmica de Samoré (exposición a cargo de delegados de Ecopetrol)”.
 - “4. Exposición sobre la política de hidrocarburos del Gobierno Nacional, por parte del delegado del Ministerio de Minas y Energía”.

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

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

“RECESO”

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

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

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

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

Se informó por la Dra. Gladys Jimeno de Santoyo, Directora General de Asuntos Indígenas, Ministerio del Interior, a los miembros de la comunidad presentes sobre el contenido de las normas constitucionales que asignan al Estado el deber de proteger la diversidad étnica y cultural y en especial del párrafo del artículo 330. Igualmente, se les enteró acerca del contenido de los artículos 6, 7 y 15 del convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, adoptado por la 76a reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra 1989, aprobado por la Ley 21 de 1991, que alude a las consultas que deben hacerse a dichos pueblos cuando se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

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

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

- El representante de Ecopetrol explicó las características y el alcance del contrato de asociación celebrado por Occidental de Colombia Inc., así como el sistema de contratación petrolera.
- El representante del Ministerio de Minas y Energía expuso su criterio en relación con la política estatal en materia de exploración y explotación de hidrocarburos.
- El geólogo Ómar Arias explicó el contenido y alcance del programa sísmico Samoré, que comprende fundamentalmente la apertura de trochas, actividades de topografía, perforación de huecos cargados con explosivos, detonación y toma de información y limpieza y tapado de la línea de huecos. Sobre este punto en el acta se consigna, en lo pertinente, lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

- El representante del Ministerio del Medio Ambiente explicó el trámite dado a la solicitud de licencia ambiental ante el Inderena y dicho Ministerio y que esta contendrá las obligaciones que deben cumplirse en desarrollo del proyecto, cuyo cumplimiento se vigilará. Dejó constancia de que los representantes del pueblo U’wa poseen copia del concepto técnico emitido por el Ministerio en relación con la viabilidad de dicho proyecto.
- No hubo participación de la comunidad U’wa en la realización del estudio de impacto ambiental. Sobre este aspecto, la Directora General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior manifestó “la comunidad no ha participado en la elaboración del proyecto como tal, porque este obedece a un contrato suscrito

entre Occidental y Ecopetrol. Sin embargo, a partir de este momento el proyecto debe adelantarse con la participación de la comunidad”.

- Quedó establecido que la consulta no era para decir sí o no a un proyecto, sino para que la comunidad entienda cómo pueden verse afectados por los trabajos que se van a realizar, estudiar cuáles serían las incidencias socioculturales del proyecto y formular soluciones así como los beneficios a que debe acceder la comunidad. Es decir, que la decisión de ejecutar el proyecto es del Gobierno.
- Se leyó por uno de los miembros de la comunidad un documento preparado durante el tercer congreso U’wa (enero 17 de 1995), en el cual se trató el tema del proyecto del estudio sísmico y se dejó constancia de lo siguiente: (1) La comunidad “U’wa” no tenía conocimiento de la existencia del proyecto, no obstante ser los primeros afectados; (2) La OXY no se ha hecho presente en las diferentes reuniones de “Asambleas y Congreso” llevadas a cabo dentro de las comunidades U’wa; (3) La cosmovisión del pueblo U’wa es muy diferente a la del blanco y es nuestro deber conservarla; (4) Los bienes del mundo físico han sido creados por un ser supremo (Sira-Dios) que es su verdadero dueño. Por lo tanto, estos no pertenecen a ningún hombre y deben ser conservados y administrados según las leyes de la naturaleza, conforme a los mandatos de Dios-Sira; (5) Los “U’wa” son los guardianes del ecosistema cuya conservación es de interés de la comunidad, sin que interese el provecho personal; (6) Queremos que se tenga en cuenta nuestra forma de concebir el mundo y que se respeten los preceptos normativos nacionales e internacionales que tutelan los derechos de los pueblos indígenas.

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

“...hasta tanto no se discuta, consulte y apruebe las propuestas que se formulan el día 11 de enero, se pare lo proyectado por la OXY para el futuro”.

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

- Posteriormente se leyó un documento elaborado el 10 de enero de 1995, pero fechado el 11 del mismo mes y año, en el cual los miembros asistentes de la comunidad U’wa expresan su oposición al proyecto en razón de que se desintegraría su forma de vida en lo cultural, económico, social y territorial. En efecto, precisan en detalle, las afectaciones que en este sentido sufrirían con dicho proyecto y formulan las siguientes propuestas:
 - “1. Modificar el proyecto de estudio sísmico, con intervención de las Autoridades Tradicionales o sus Delegados de las diferentes comunidades”.
 - “2. Llevar a cabo reunión con la participación de la ONIC y otras entidades de carácter nacional e internacional”.
- Finalmente, en la reunión se lograron los siguientes acuerdos y conclusiones:
 - “1. Hay unanimidad para entrar a estudiar, con la participación de las Autoridades U’wa las modificaciones al proyecto sísmico de Samoré, si hubiere lugar a ellas, teniendo en cuenta dos criterios centrales”.

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

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

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

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

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

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

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

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

5.6. Para la Corte resulta claro que en la reunión de enero 10 y 11 de 1995, no se estructuró o configuró la consulta requerida para autorizar la mencionada licencia ambiental. Dicha consulta debe ser previa a la expedición de esta y, por consiguiente, actuaciones posteriores a su otorgamiento, destinadas a suplir la carencia de la misma, carecen de valor y significación.

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

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

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

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

- El Defensor del Pueblo instauró la acción pública de nulidad y solicitó la suspensión provisional del acto administrativo que otorgó la licencia ambiental, con fundamento en los artículos 84 del C.C.A. y 73 de la Ley 99 de 1993. El Consejo de Estado admitió la demanda, pero negó dicha suspensión; contra el auto que adoptó esta medida no se interpuso recurso alguno.
- Conforme a las consideraciones anteriores, la Corte estima que la tutela sí es procedente como mecanismo transitorio. En efecto:
 - a) No es incompatible la tutela con el ejercicio de la acción contenciosa administrativa ni con la suspensión provisional del acto administrativo, que en el presente caso fue negada por el Consejo de Estado;
 - b) Es irrelevante la contradicción existente entre lo decidido por el Consejo de Estado al no acceder a la suspensión provisional y lo que se resolverá en el presente proceso, porque al pronunciarse sobre dicha suspensión no se analizó lo concerniente al aspecto sustancial o de fondo relativo al derecho de participación de la comunidad U'wa.

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

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

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

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

¹¹ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹² M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

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

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

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

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

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

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

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

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

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

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

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

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA SU-039/97

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

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

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

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

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

2. Con fundamento en estos presupuestos constitucionales debe regularse por la ley la materia, según los principios de la articulación de las normas de diferente nivel y el propio encabezamiento del artículo 330 de la Constitución Política. No está previsto por la ley que la consulta tenga valor vinculante para el gobierno, ni que se erija en un veto, sino que sea un instrumento que facilite la conciliación entre propósitos que la Constitución consideró que podían marchar en forma paralela.
3. Sobre este punto de la consulta ha existido mucha consideración por parte de las autoridades administrativas y judiciales que han intervenido. La Resolución del Ministerio del Medio Ambiente tiene valiosas consideraciones al respecto, lo mismo que ellas existen en la decisión de la Corte Suprema de Justicia y en el pronunciamiento del Consejo de Estado que no suspendió provisionalmente el acto administrativo que fue acusado ante el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo.
4. Si bien la intervención de particulares en actuaciones administrativas puede ligarse, de manera general, al artículo 40 de la Constitución Política, pensamos que una reflexión más precisa hecha al amparo del artículo 2° de la misma permite distinguir entre esa participación política, que se desenvuelve con los mecanismos del artículo 103 de la Carta Política, y la participación en

procedimientos administrativos (“facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida política, administrativa y cultural de la Nación”, dice el texto en la parte que interesa).

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

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

5. Tampoco tuvo en cuenta la sentencia mencionada conforme se establece claramente en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia y en la providencia del Consejo de Estado que negó la suspensión provisional de la Resolución acusada, si existieron las reuniones previas para que se hiciera efectiva la consulta alegada, lo que impide la viabilidad del mecanismo transitorio y del perjuicio irremediable invocado por los demandantes.
6. Esta distinción nos lleva a la conclusión de la competencia del Consejo de Estado en la materia, competencia que se está ejerciendo en este momento y que no debe ser afectada por las muy bien intencionadas y valiosas finalidades de la acción de tutela, que puede traer en el caso más confusiones que beneficios para el sistema general de la justicia.
7. No sobra observar que, conforme a los textos constitucionales invocados, debe el gobierno considerar cuál puede ser el desenlace final del procedimiento administrativo de explotación de los recursos naturales, dado que la presencia de los perjuicios irreparables en valores culturales de las comunidades indígenas sobre los cuales se ha estado debatiendo como consecuencia de las consultas, tiene lugar más en la etapa procedimental de la explotación que en la primera de la exploración.

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

Santa Fe de Bogotá, 21 de febrero de 1997.

2. SENTENCIA T-652 de 1998 (“Caso Urrá”)

SENTENCIA DE NOVIEMBRE 10 DE 1998

Ref.: Expedientes acumulados T-168.594 y T-182.245.

Peticionario: Rogelio Domicó Amaris, Organización Nacional Indígena de Colombia, Comisión Colombiana de Juristas, Alirio Pedro Domicó y otros.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Procede

Santafé de Bogotá D. C., diez (10) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

La Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, compuesta por los Magistrados José Gregorio Hernández Galindo, Jaime Betancur Cuartas -Conjuez- y Carlos Gaviria Díaz, este último en calidad de ponente,

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN

Procede a revisar los fallos proferidos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería -Sala Laboral- y la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral- en el trámite del proceso radicado bajo el número T-168.594, y la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá -Sala Penal- en el proceso radicado bajo el número T-182.245.

ANTECEDENTES

1. Hechos motivo de las solicitudes de amparo

Mediante Resoluciones No. 27 (Febrero 20, 1989), No. 142 (Diciembre 18, 1992) y No. 167 (Diciembre 14, 1992), el Gobierno Nacional declaró de utilidad pública e interés social el territorio necesario para la construcción del proyecto hidroeléctrico Urrá I bajo la administración de la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica (Corelca). El proyecto lo inició ISA en 1980, pasó a ser responsabilidad de Corelca en 1982, y en 1992 se creó para manejarlo la Empresa Multipropósito Urrá S.A. (Cuaderno 1, folios 1-5)

El proyecto hidroeléctrico en cuestión se sitúa sobre el río Sinú en el Departamento de Córdoba. Dentro de los impactos ambientales comprobados se destacan la desviación del río Sinú, y la inundación de secciones de los territorios del pueblo Embera-Katío; los ingenieros consultores Gómez, Cajiao y Asociados Cía. Ltda., (Cuaderno 1, folio 44) estimaron inicialmente el área de tales secciones en cuarenta y tres (43) hectáreas. Sin embargo, después de este estimado se manejaron diferentes cálculos y se generó incertidumbre alrededor de las dimensiones de la inundación.

En el territorio tradicional de los Embera-Katío, dos porciones fueron constituidas como resguardos indígenas mediante las resoluciones 002/93 y 064/96 del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Incora). El de Karagaví, que se encuentra a lo largo de los ríos Esmeralda y Sinú en la jurisdicción del Municipio de Tierralta en el Departamento de Córdoba y del Municipio Ituango en el Departamento de Antioquia; y el de Iwagadó, antigua Reserva Indígena de Río Verde, que colinda con el anterior y está situado a lo largo del río Verde en la jurisdicción del municipio de Tierralta, Departamento de Córdoba. Antes de la constitución de esos resguardos, el Inderena y el Ministerio de Minas y Energía crearon el Parque Nacional Natural del Paramillo, quedando sobrepuestos el parque y los dos resguardos. La población de Iwagadó es de unos 750 habitantes, y la de Karagaví de 1.549; de estos, 769 habitan sobre el río Esmeralda y 780 sobre el Sinú. El 51.2% de la población es femenina, el 62% es menor de 12 años y el 5% mayor de 50.

El 13 de abril de 1993, aunque no se había adelantado el proceso de consulta previa al pueblo Embera-Katío como lo requerían la Ley 21 de 1991 y el Artículo 330 de la Carta Política, el Inderena le otorgó a Corelca una licencia ambiental (Resolución 0243/93), para la construcción de las obras civiles y la desviación del río Sinú (Cuaderno 8, folios 3-10); quedó pendiente la licencia para la segunda etapa, de “llenado y operación del proyecto” (Cuaderno 8, folio 7).

El 22 de noviembre 1994, se suscribió un Acta de Compromiso entre la Empresa Urrá S.A., la comunidad indígena y la ONIC, en la que se establecieron las bases para el proceso de consulta previa a la licencia para la segunda etapa de la obra; la compensación por el impacto consistiría en la elaboración y ejecución de un plan de desarrollo, luego conocido como el Plan de Etnodesarrollo -2 de octubre de 1995-. Este contiene 8 programas aprobados por Urrá en las áreas de: manejo sostenible del hábitat tradicional del pueblo Embera-Katío en el Parque Nacional del Paramillo (Karagaví); manejo ambiental y socioeconómico del río Verde (Iwagadó); desarrollo pecuario; organización del pueblo Embera-Katío; educación; salud; actividades de género; y recreación y cultura. (Cuaderno 4, folio 133).

El 23 de octubre de 1996, se suscribió un convenio entre la Empresa Multipropósito Urrá S.A., el Incora, el Ministerio del Medio Ambiente, el Ministerio de Minas y Energía y el pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, en el que se acordó que a la firma dueña del proyecto le correspondía: (1) cumplir con los compromisos del Plan de Etnodesarrollo para 1996; (2) financiar el Plan de Etnodesarrollo hasta el año 2000; y (3) mejorar sus esfuerzos en el transporte de peces, al igual que revisar y reformular el proyecto de estanques piscícolas. Además, el pueblo Embera exigió como condición previa a la inundación, el pago del servicio ambiental por el mantenimiento

de los bosques y las aguas, y el pago de una participación en los ingresos por la generación eléctrica. Para darle seguimiento a estas condiciones, Urrá S.A. se comprometió a establecer una Comisión Interinstitucional de Concertación, integrada por el Ministerio del Medio Ambiente, el Ministerio de Minas y Energía, Urrá S.A., la Defensoría del Pueblo, la ONIC y el Cabildo Mayor, para que *“en el término de un mes concerte sobre las propuestas que formulen las comunidades y las instituciones competentes”*. (Cuaderno 8, folios 34-38). En siguientes fases de la consulta, Urrá ha negado su obligación de conceder un porcentaje de sus ingresos a la comunidad Embera-Katío. En cambio, relevante al pago de servicio ambiental, Urrá ha propuesto repartir el 1%, fijado por ley, entre los ocupantes de la cuenca afectada, dentro de los cuales figuran los Embera. (Cuaderno 8, folios 40-48).

El 15 de septiembre de 1997, Urrá S.A. solicitó formalmente la ampliación de la licencia ambiental para el llenado y funcionamiento del embalse. Por su parte, el Ministerio del Medio Ambiente, mediante auto número 828 del 11 de noviembre de 1997, negó la licencia con base en el incumplimiento de varios requisitos previos, entre ellos, el proceso de consulta y concertación con el pueblo Embera-Katío. (Cuaderno 3, folios 161-186).

Las comunidades Embera, aunque tradicionalmente de carácter político segmentado y difuso, se unieron en 1995 bajo un gobierno centralizado para enfrentar la amenaza del proyecto hidroeléctrico de Urrá. En ese momento, se eligió un Cabildo Mayor y se designó para liderarlo a Simón Domicó Majoré; este representó a la comunidad Embera en la mayor parte del proceso de consulta. Pero a finales de 1996 se desató un conflicto interno dentro de las comunidades Embera-Katío sobre la composición del Cabildo Mayor.

Por medio de varios oficios del mes de noviembre 1997, todas las comunidades de Iwagadó expresaron su insatisfacción con la elección de Alirio Pedro Domicó como Cabildo Mayor de Karagaví, y con la fórmula de buscar una solución al conflicto a través del nombramiento de dos Cabildos Mayores, uno para cada resguardo (Cuaderno 7, folios 73-117). El 1 de diciembre 1997, el Alcalde de Tierralta (mediante Resolución 3789) revocó la Resolución 3239 por medio de la cual había reconocido el nombramiento de Alirio Pedro Domicó como Noko Mayor del Cabildo de Karagaví y a Simón Domicó como Noko Mayor del Cabildo de Iwagadó, y citó a una nueva asamblea para decidir definitivamente el conflicto interno (Cuaderno 7, folios 162-164).

Las comunidades de Kapupudó, Koredó, Chángarra, Zambudó, Mongaratadó, y Quiparadó en el río Sinú más la comunidad de Beguidó en el río Esmeralda decidieron conformar su propio Cabildo Mayor el día 13 de diciembre 1997; eligieron a Emiliano Domicó Majoré como Noko Mayor para un período de un año (Cuaderno 7, folios 165-169). El 19 de diciembre 1997, las autoridades del Resguardo de Iwagadó decidieron, por su parte, elegir a Nariño de Jesús Domicó como Noko Mayor por un período igual (Cuaderno 7, folios 170-174). El Cabildo de Emiliano Domicó Majoré reconoce el liderazgo de Alirio Pedro Domicó en las comunidades del Río Esmeralda, pero reivindica su preeminencia en las comunidades del Río Sinú. (Cuaderno 8, folios 20-21). Por su parte, Alirio Pedro Domicó sostiene que él es el representante de todas las comunidades situadas en el resguardo Karagaví. (Cuaderno 8, folio 19).

El Cabildo Mayor de Emiliano Domicó Majoré, por medio de oficio del 4 de febrero de 1998, reclamó la porción de las transferencias que le corresponden a las comunidades bajo su mando (Cuaderno 7, folios 192-196), y el 5 de marzo 1998, apeló a la Contraloría General de Córdoba para protestar por el bloqueo de desembolsos por parte del Alcalde de Tierralta en la ejecución de los contratos celebrados para la prestación de servicios de salud.

Desde 1997 Urrá S.A. interrumpió la celebración de contratos bajo el Plan de Etnodesarrollo la crisis de legitimidad de los representantes indígenas. Como condición previa a la financiación anual de los proyectos existentes, Urrá impuso la resolución del conflicto interno y la acreditación de los representantes de cada resguardo (Cuaderno 8, folios 153-6). Esta posición fue respaldada por la ONIC, según oficio del 20 de noviembre 1997, que recomendó a Urrá abstenerse de suscribir acuerdos por defectos de validez. En el caso de los convenios existentes o interacciones necesarias, la ONIC recomendó tratar con los gobernadores de cada comunidad y con el Cabildo Mayor que cada una respalde (Cuaderno 8, folios 114-116).

El Gobierno Nacional expidió el Decreto 1320 del 13 de julio de 1998, “por medio del cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales renovables dentro de su territorio”.

2. Fallos de instancia

2.1. Expediente T-168.594

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Sala Laboral, conoció en primera instancia, y consideró la tutela improcedente por las siguientes razones:

- (1) Derecho a la jurisdicción indígena. (C.P. Arts. 246 y 330). El Tribunal consideró que se trata de un conflicto interno, entre los Embera-Katío, más que de una violación constitucional protagonizada por el Alcalde de Tierralta. En este sentido, la controversia versa sobre un asunto autónomo de los integrantes de los Resguardos de Karagabí e Iwagadó que no han logrado ponerse de acuerdo sobre la estructura de su gobierno.
- (2) Incumplimiento de contratos interadministrativos. Con respecto a la violación de derechos constitucionales por el incumplimiento de contratos interadministrativos y la retención de transferencias del Estado, el Tribunal Superior de Montería consideró que existen otros medios judiciales para la solución del presente conflicto. Además, el Tribunal consideró que los actores no interpusieron la tutela como un recurso preventivo, sino que pidieron una solución definitiva.
- (3) Violación al derecho de consulta. Sobre la insuficiente información para la consulta previa a la inundación, el Tribunal reafirmó las garantías provistas por el Ministerio del Medio Ambiente. Señaló que los requisitos de la licencia ambiental salvaguardan con amplitud los derechos de las comunidades indígenas.
- (4) Incumplimiento de contratos. Respecto de los contratos sobre salud, educación, y piscícola, resultado de previos acuerdos entre las comunidades indígenas y la hidroeléctrica, el Tribunal consideró que se debe presumir la validez del acuerdo

del 7 de diciembre de 1995. Con respecto a las obligaciones correspondientes a Urrá S.A., esa Corporación concluyó: “*Si dichos proyectos o acuerdos han sufrido cualquier inconveniente, tropiezo o retraso, no ha sido por causas imputables a Urrá, y precisamente ello se debe, al conflicto interno existente dentro de la comunidad Embera-Katío ...*”.

- (5) Violación a la jurisdicción del Resguardo (C.P. Art. 246). El Tribunal consideró que los indígenas que habitan por fuera del resguardo tienen un dominio individual sobre las mejoras, y tales intereses se pueden negociar a título personal.
- (6) Violación al derecho de consulta por la remoción de bosques. Los demandantes señalan que los planes de deforestación de Urrá S.A. constituyen otra violación de sus derechos constitucionales, pues no fueron puestos a su consideración e incluidos como punto de concertación. El Tribunal consideró que sobre: “*...cualquier impacto que pueda tener la remoción naturalmente tendría que haber concertación con la comunidad indígena...*”.
- (7) Violación de la autonomía. El Tribunal consideró que el reconocimiento, por parte del Alcalde de Tierralta, del Cabildo impugnado por algunos de los demandantes goza de presunción de legalidad, y que Urrá S.A. tiene derecho de contratar con los representantes de los Embera-Katío reconocidos por la Alcaldía de Tierralta.

En segunda instancia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, consideró que se trata de un asunto de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa; por tanto, la tutela es improcedente. Además, examinó algunos temas de la siguiente manera:

- (1) Violación al derecho de auto-gobierno. “*...Si lo que busca el pueblo indígena Embera-Katío es nombrar Cabildos por Río (sic), como lo quieren los accionantes, su propia legislación, en virtud del principio de la autonomía que la rige, permite dirimir internamente el conflicto que viene siendo objeto de controversia desde hace algún tiempo. Pero no es a través de la tutela como se resuelve aquel, pues, se repite, sus autoridades, con las funciones y poderes jurisdiccionales que tienen, están facultadas para ello, de acuerdo con los usos, costumbres, valores culturales y reglamento interno de cada comunidad dentro de su propio territorio*”. (Cuaderno 0, folio 50).
- (2) Incumplimiento de Contratos Interadministrativos y retención de transferencias. En caso de incumplimiento, señaló que es la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para resolver el asunto; además, la Corte Suprema no encontró que exista un perjuicio irremediable: “*...la Sala reitera que no es suficiente alegar la existencia del perjuicio irremediable, sino que este debe ser cierto, determinado y debidamente comprobado por el juez de tutela, quien además debe llegar a la convicción de que tiene las características de irremediable, supuestos que no se dan en el punto a estudio*”. (Cuaderno 0, folio 51).
- (3) La Corte Suprema definió, con base en el concepto de Urrá, las dimensiones definitivas del territorio a ser inundado, y descalificó la presunta mala fe por parte de la empresa Urrá S.A.

- (4) Consideró también que no deben imponerse límites a la empresa en sus relaciones con los representantes indígenas actualmente reconocidos por la Alcaldía de Tierralta. Hasta que se determine otra cosa, el acta municipal goza de presunción de legalidad.

2.2. Expediente T-182.245

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá -Sala Penal- decidió negar por improcedente la tutela solicitada por Alirio Pedro Domicó y otros (28 de agosto de 1998), consideró esta Corporación que:

“Lo que surge de las pretensiones contenidas en la demanda de tutela promovida por Alirio Pedro Domicó, Miguel Restrepo Domicó, Luis Pernía Pernía, Alejandro Domicó, Arceli Domicó, Luce Chara y otros es que por vía de tutela se les amparen unos derechos ‘colectivos’: participación de los pueblos indígenas, la autonomía y el derecho al territorio, cuya protección judicial debe buscarse a través de una acción popular, precisamente la consagrada en el artículo 88 de la Constitución Política, que fue reglamentada por la Ley 472 expedida el 5 de agosto de 1998 y no existe un perjuicio irremediable que se pueda evitar con ella a los miembros de la comunidad Embera y Resguardo Karagabí, que ocupa la región de Tierralta Sinú; además, las pretensiones adolecen de objeto”. (Folios 95-96).

3. Medida de protección provisional, pruebas practicadas e informes

La Sala Cuarta de Revisión de Tutelas decidió, como medida de protección provisional de los derechos fundamentales del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, ordenar que se suspendiera el llenado y funcionamiento del embalse hasta decidir sobre la procedencia del amparo judicial; además, solicitó a la Empresa Multipropósito Urrá S.A., a los cabildos de Karagabí y de Iwagadó, y a las demás autoridades que han intervenido en los hechos que sirvieron de motivo para interponer estas acciones, que informaran detalladamente a la Corte sobre lo ocurrido. También ordenó esta Sala practicar inspecciones judiciales a la Alcaldía de Tierralta, al embalse, al área por inundar y a los actuales resguardos.

Se pudo establecer que la Alcaldía de Tierralta no solo ha intervenido indebidamente en asuntos propios de la autonomía del pueblo indígena, sino que ha incurrido en múltiples violaciones a la legislación vigente al omitir resolver oportunamente las peticiones de los Embera-Katío, al no diligenciar los expedientes administrativos como indica el Código Contencioso, al retener partidas y omitir injustificadamente la ejecución de otras, y al suspender la prestación de servicios públicos esenciales como el de salud y educación; también quedó establecido que la Gobernación de Córdoba dejó de hacer los aportes a que se había comprometido para la prestación del servicio básico de salud, y que los programas del plan de etnodesarrollo sí se suspendieron desde finales del año 1997.

Sobre la desaparición del pescado en los ríos y quebradas de los actuales resguardos, hecho que afecta la supervivencia física del pueblo Embera-Katío y la posibilidad de que este pueda conservar su cultura tradicional, quedó establecido que las obras

civiles de la hidroeléctrica impiden las migraciones de los peces, que aun el traslado de estos desde un lado a otro de la presa no permitió su reproducción, y que la inundación del embalse impedirá que se reproduzcan los pocos peces que se llevaron a la parte superior de la vertiente, puesto que *“para su desarrollo los huevos deben permanecer en movimiento, desde el momento de la fertilización hasta la eclosión de las larvas”*¹³. Además, el ensayo de acuicultura que se hizo con el engorde de alevinos en estanques, obtuvo resultados muy limitados, se suspendió en todas las localidades visitadas, dependió totalmente de alimentos industriales, y no incluyó la posible adecuación y apropiación de la tecnología necesaria para lograr la reproducción de los peces en estanques.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de instancia proferidos en el trámite de estos procesos, de acuerdo con los artículos 86 y 241 de la Carta Política; corresponde a la Sala Cuarta de Revisión adoptar la sentencia respectiva, según el reglamento interno, el auto de la Sala de Selección Número Seis del 30 de junio de 1998 y el auto de la Sala de Selección Número Diez del 2 de octubre de 1998.

2. Legitimidad de la parte actora

En ocasión anterior¹⁴ esta Corte consideró procedente la agencia oficiosa por parte de organizaciones creadas para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas; en esta oportunidad, a más de dos de esas organizaciones, la Defensoría del Pueblo coadyuva la solicitud de amparo presentada por los representantes y miembros del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, por lo que con mayor razón debe reconocerse la legitimidad de los actores para reclamar la protección judicial de sus derechos y los del conglomerado al que pertenecen.

Vale señalar que el sector de los Embera que respalda al cabildo de Iwagadó y a la facción encabezada por Rogelio Domicó Amarís (expediente T-168.594) planteó al juez de tutela asuntos iguales o complementarios a los que expuso el sector liderado por Alirio Pedro Domicó (expediente T-182.245); esta coincidencia de preocupaciones e intereses refuerza la afirmación de que todos ellos constituyen un solo pueblo, y son capaces de acudir en defensa de los derechos fundamentales de la comunidad que conforman, más allá de las eventuales diferencias internas.

¹³ Otero, Rafael J. y otros. Migración de Peces del Río Sinú. Anexo número 84.

¹⁴ “En lo atinente a la representación de la comunidad indígena a través del agenciamiento oficioso por parte de otras organizaciones creadas para la defensa de los derechos indígenas, esta Corporación confirma el criterio sustantivo sostenido por los jueces de instancia, en el sentido de que las condiciones de aislamiento geográfico, postración económica y diversidad cultural, justifican el ejercicio de la acción de tutela por parte de la Organización Indígena de Antioquia en nombre de la comunidad indígena Embera-Katio del río Chagueradó” (Sentencia T-380/93, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

3. Derechos fundamentales del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, derechos de las minorías en las comunidades que lo componen y derechos de miembros de la etnia que optaron por abandonarlo

En este caso se deben diferenciar las pretensiones que tienden a lograr el amparo judicial de derechos radicados en cabeza del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, de las que están dirigidas a lograr el reconocimiento y declaración judicial de reivindicaciones de un grupo minoritario de sus miembros, y de las que constituyen una agencia oficiosa de los derechos de algunos Embera que residían fuera del área de los actuales resguardos.

Cada una de esas categorías plantea cuestiones diferentes al juez de tutela, razón por la cual esta Sala adopta los derechos fundamentales del pueblo Embera-Katío como hilo conductor de sus consideraciones, y se ocupará de los intereses de las minorías y de los agenciados oficiosamente, en los últimos apartes de este fallo.

4. Derecho a la integridad territorial y al dominio sobre el resguardo, y su relación con el derecho fundamental a la supervivencia del pueblo indígena

La supervivencia del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, su organización política y representación frente a las autoridades municipales, departamentales y nacionales, el derecho que constitucionalmente le asiste de participar en las decisiones sobre la explotación de los recursos naturales en sus territorios tradicionales, el impacto de la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica Urrá I, los efectos previsibles del llenado y funcionamiento de este proyecto, la mitigación y compensación del impacto y los efectos, así como la participación en los beneficios de la explotación del recurso hídrico, son todos asuntos referidos al territorio en el que se encuentra asentado ese pueblo.

Siendo este el caso de la mayoría de las comunidades indígenas en el país, la Corte Constitucional ha reiterado el carácter fundamental del derecho a la propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios, no solo por lo que significa para la supervivencia de los pueblos indígenas y raizales el derecho de dominio sobre el territorio que habitan, sino porque él hace parte de las cosmogonías amerindias y es substrato material necesario para el desarrollo de sus formas culturales características. Estas consideraciones fueron expuestas en la sentencia T-188/93¹⁵, en los siguientes términos:

“La Constitución Política de 1991 reconoce la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana (C.P. art. 7). Lejos de ser una declaración puramente retórica, el principio fundamental de diversidad étnica y cultural proyecta en el plano jurídico el carácter democrático, participativo y pluralista de nuestra República. Las comunidades indígenas -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

¹⁵ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

rurales (D. 2001 de 1988, art. 2º)- gozan de un estatus constitucional especial. Ellas forman una circunscripción especial para la elección de Senadores y Representantes (C.P. arts. 171 y 176), ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de acuerdo con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución o a las leyes (CP art. 246), se gobiernan por consejos indígenas según sus usos y costumbres de conformidad con la Constitución y la ley (CP art. 330) y sus territorios o resguardos son de propiedad colectiva y de naturaleza inalienable, imprescriptible e inembargable (C.P. arts. 63 y 329).

“El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso¹⁶, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. Adicionalmente, el Constituyente resaltó la importancia fundamental del derecho al territorio de las comunidades indígenas.

‘Sin este derecho los anteriores (derechos a la identidad cultural y a la autonomía) son solo reconocimientos formales. El grupo étnico requiere para sobrevivir del territorio en el cual está asentado, para desarrollar su cultura. Presupone el reconocimiento al derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales ocupados y los que configuran su habitat¹⁷ .

*“Lo anterior permite ratificar el **carácter fundamental del derecho de propiedad colectiva de los grupos étnicos** sobre sus territorios.*

“....

“El derecho fundamental a la propiedad colectiva de los grupos étnicos lleva implícito, dada la protección constitucional del principio de diversidad étnica y cultural, un derecho a la constitución de resguardos en cabeza de las comunidades indígenas...”.

El derecho fundamental a la propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre los territorios que tradicionalmente habitan, comprende el derecho a la constitución del resguardo en cabeza del pueblo indígena. Ahora bien: las actuaciones administrativas orientadas a constituir los resguardos deben partir del respeto por el derecho a la personalidad de cada uno de los pueblos indígenas y raizales; para efectos jurídicos, estos pueblos deben ser identificados aplicando el artículo

¹⁶ 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.

¹⁷ Asamblea Nacional Constituyente. Ponencia Los Derechos de los Grupos Étnicos. Constituyente Francisco Rojas Birry. Gaceta Constitucional No. 67. Pág. 18.

1º, numerales 1 -literal b)-, y 2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, o el artículo 2º del Decreto 2001 de 1988, según los cuales:

“Artículo 1º

“1. El presente Convenio se aplica:

“a) ...

“b) A los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitan en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

“2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

“3. ...”

“Decreto 2001 de 1988, artículo 2º:

“Entiéndese por comunidad indígena al conjunto de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborigen, manteniendo rasgos y valores propios de su cultura tradicional, así como formas de gobierno y control social internos que los distinguen de otras comunidades rurales”.

Ahora bien, tanto en la copia del expediente No. 40.930 de la actuación administrativa adelantada por el Incora para la constitución del Resguardo Iwagadó, como en la del expediente No. 40.827 para la constitución del Resguardo Karagabí se encuentra acreditado que se trata de **un solo pueblo indígena**: el Embera-Katío del Alto Sinú; también consta allí que no hay solución de continuidad entre el área geográfica habitada por una y otra parte de ese pueblo, y la constitución de dos resguardos colindantes en lugar de uno, sólo obedece a que el Incora, por una consideración puramente procedimental, no acumuló tales actuaciones administrativas. De esa manera, se abstuvo de reconocer y proteger el derecho a la integridad cultural de este pueblo, violó el artículo 330 de la Carta Política, y dejó de aplicar los citados artículos del Convenio 169 y el Decreto 2001 de 1988, sin dejar constancia de las razones que, a su juicio, justificaban tal comportamiento; por tanto, esta Sala considera que el Incora incurrió en una vía de hecho, y tal constitución irregular de dos resguardos, claramente obstaculiza en la actualidad la solución del conflicto interno. Por tanto, se ordenará al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y al Ministerio del Interior que procedan, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta providencia, cada una de esas entidades en lo que es de su competencia legal, a iniciar la actuación tendente a unificar el resguardo del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú; además, deberán dar prioridad al trámite de esta actuación.

5. Explotación de recursos naturales en territorios indígenas y la protección que debe el Estado a la identidad e integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas

Sobre la protección constitucional de la diversidad étnica y cultural, la Corte Constitucional viene desarrollando una doctrina muy amplia, de la cual debe destacarse para la revisión de este caso, inicialmente, la relacionada con el respeto a la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana; en la sentencia T-342/94¹⁸, el tema fue presentado en los siguientes términos:

“...En atención al abuso, prejuicio y perjuicio que han padecido los pueblos autóctonos o aborígenes del territorio nacional, la Constitución Política de 1991 consagró el respeto a la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, en los preceptos contenidos en los artículos 7° (diversidad étnica y cultural de la nación colombiana), 8° (protección a las riquezas naturales y culturales), 72 (patrimonio cultural de la Nación) y 329 (conversión de las comunidades indígenas en entidades territoriales).

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

Además, la Corte ha reconocido que los pueblos indígenas son sujetos de derechos fundamentales, y señaló que si el Estado no parte de garantizar uno de ellos, el derecho a la subsistencia, tales colectividades tampoco podrán realizar el derecho a la integridad cultural, social y económica que el Constituyente consagró a su favor; en la sentencia T-380/93¹⁹ esta Corporación consideró al respecto:

“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

¹⁸ M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁹ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando esta 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)”.

Teniendo en cuenta que la explotación de recursos naturales en los territorios tradicionalmente habitados por las comunidades indígenas origina fuertes impactos en su modo de vida, la Corte unificó la doctrina constitucional relativa a la protección que debe el Estado a tales pueblos, y de manera muy especial consideró que en esos casos, su derecho a ser previamente consultados tiene carácter de fundamental, así consta en la Sentencia SU-039/97²⁰:

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

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

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

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

²⁰ M.P. Antonio Barrera Carbonell.

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

“ ...

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

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

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

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

‘a) Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

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

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

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

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

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

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

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

‘Artículo 7: Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este 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 aquellas 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 dé 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 arbitrase 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”.

En el caso bajo revisión, esta doctrina lleva a considerar:

a) La consulta previa que se omitió

La Empresa Multipropósito Urrá S.A. aduce que desde la década de los ochentas se dio información a los Embera del Alto Sinú sobre los proyectos Urrá I y II; que para la época en que se tramitó la licencia ambiental para la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica Urrá I no existía la firma demandada y era Corelca la dueña del proyecto; añade que de buena fe consideró que se había cumplido con el

total de los requisitos legales para el otorgamiento de dicha licencia. El Ministerio del Interior informa que solo después de otorgada la licencia se organizó en la Dirección General de Asuntos Indígenas el equipo encargado de garantizar que se cumpla con la consulta previa para los proyectos de explotación de recursos naturales en territorios indígenas, y alega que, a pesar de la vigencia de la Carta Política de 1991 y de la Ley 21 del mismo año, no existía reglamentación de esta clase de actuaciones administrativas. El Ministerio de Minas y Energía se pronunció reconociendo la inexistencia de la consulta previa, y también adujo la falta de reglamentación. La Corte debe considerar si estas razones son suficientes para excusar la falta de consulta previa, y el consiguiente desconocimiento de los efectos del proyecto hidroeléctrico sobre la forma de vida del pueblo indígena, por lo que resulta claramente aplicable en este caso la consideración contenida en la sentencia de unificación SU-039/97 a la que se viene haciendo alusión:

“No tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices antes mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente esta 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”.

“....

“Para la Corte resulta claro que en la reunión de enero 10 y 11 de 1995, no se estructuró o configuró la consulta requerida para autorizar la mencionada licencia ambiental. Dicha consulta debe ser previa a la expedición de esta y, por consiguiente, actuaciones posteriores a su otorgamiento, destinadas a suplir la carencia de la misma, carecen de valor y significación.

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

En conclusión, la Corte estima que el procedimiento para la expedición de la licencia ambiental que permitió la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica Urrá I se cumplió en forma irregular, y con violación de los derechos fundamentales del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, pues se omitió la consulta que formal y sustancialmente debió hacerse. Así, no solo resultaron vulnerados el derecho de participación (C.P. Art. 40-2 y parágrafo del Art. 330), el derecho al debido proceso (C.P. Art. 29), y el derecho a la integridad de este pueblo (C.P. art. 330), sino que se violó el principio del respeto por el carácter multicultural de la Nación colombiana consagrado en el artículo 7º Superior, y se viene afectando gravemente el derecho a

la subsistencia de los Embera del Departamento de Córdoba (CP art. 11), a más de que el Estado incumplió los compromisos adquiridos internacionalmente e incorporados al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991 en materia de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Por tanto, se revocarán las sentencias proferidas en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Córdoba y la Corte Suprema de Justicia, y se tutelarán los derechos fundamentales a la supervivencia, a la integridad étnica, cultural, social y económica, a la participación y al debido proceso del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú.

Como la omisión de la consulta previa para otorgar la licencia ambiental a la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica es precisamente el hecho de que originó la violación de los mencionados derechos, y los daños irreversibles que la construcción de tales obras vienen causando en nada se remedian cumpliendo *a posteriori* con el requisito constitucional omitido, la Corte ordenará que se indemnice al pueblo afectado al menos en la cuantía que garantice su supervivencia física, mientras elabora los cambios culturales, sociales y económicos a los que ya no puede escapar, y por los que los dueños del proyecto y el Estado, en abierta violación de la Constitución y la ley vigentes, le negaron la oportunidad de optar.

Si los Embera-Katío del Alto Sinú y la firma dueña del proyecto no llegaren a un acuerdo sobre el monto de la indemnización que se les debe pagar a los primeros, dentro de los seis (6) meses siguientes a la notificación de esta providencia, los Embera-Katío deberán iniciar ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Córdoba -juez de primera instancia en este proceso de tutela-, el incidente previsto en la ley para fijar la suma que corresponda a un subsidio alimentario y de transporte, que pagará la firma propietaria del proyecto a cada uno de los miembros del pueblo indígena durante los próximos quince (15) años, a fin de garantizar la supervivencia física de ese pueblo, mientras adecuan sus usos y costumbres a las modificaciones culturales, económicas y políticas que introdujo la construcción de la hidroeléctrica sin que ellos fueran consultados, y mientras pueden educar a la siguiente generación para asegurar que no desaparecerá esta cultura en el mediano plazo.

Una vez acordada o definida judicialmente la cantidad que debe pagar a los Embera-Katío la Empresa Multipropósito Urrá S.A., con ella se constituirá un fondo para la indemnización y compensación de los efectos del proyecto, que se administrará bajo la modalidad del fideicomiso, y de él se pagará mensualmente a las autoridades de cada una de las comunidades de Veguidó, Cachichí, Widó, Karacaradó, Junkaradó, Kanyidó, Amborromía, Mongaratatadó, Zambudó, Koredó, Capupudó, Chángarra, Quiparadó, Antadó, Tundó, Pawarandó, Arizá, Porremia y Zorandó, la mesada correspondiente al número habitantes de cada una de ellas.

b) La consulta para el llenado y funcionamiento de la represa

Como quedó establecido, ya la Empresa Multipropósito corrigió y precisó la información referente al área del territorio de propiedad de los Embera que resultará anegada al llenar la represa y, si bien no amojonó el perímetro de la misma, sí lo demarcó con la claridad requerida para que los indígenas tengan absoluta certeza

sobre la pérdida de recursos que sufrirán. Las pocas vegas bajas periódicamente abonadas por las crecientes de los ríos, que quedaron comprendidas en los terrenos que el Incora les adjudicó como resguardo, solo podrán ser usadas para cultivos temporales cuando el nivel del embalse eventualmente esté por debajo de lo previsto para el funcionamiento normal de la hidroeléctrica.

Sin embargo, la firma propietaria del proyecto no ha reconocido los reales efectos de la obra sobre los recursos ictiológicos de toda el área de influencia de la hidroeléctrica, ni el largo término y alto costo que requerirá el repoblamiento de los ríos del área con especies nativas (mucho mayores desde que se decidió no remover la mayor parte de la biomasa presente antes de llenar la presa), ni los efectos sobre las condiciones climáticas de las cuencas, ni los impactos previsibles sobre la morbi-mortalidad en la zona de influencia de la represa.

Por estas razones, por las irregularidades que se han presentado en el reconocimiento de las autoridades Embera (asunto que considerará esta Sala en aparte posterior), y porque aún no se ha iniciado la concertación del régimen aplicable al área de superposición del Parque Nacional Natural del Paramillo y los actuales resguardos²¹, la aplicación del Decreto 1320 de 1998 a este proceso de consulta resultaría a todas luces contrario a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991; por tanto, se ordenará a los Ministerios del Interior y del Medio Ambiente que lo inapliquen, y atiendan en este caso las siguientes pautas: a) debe respetarse el término ya acordado para que los representantes de los indígenas y sus comunidades elaboren su propia lista de impactos del llenado y funcionamiento de la represa; b) la negociación de un acuerdo sobre la prevención de impactos futuros, mitigación de los que ya se presentaron y los previsibles, compensación por la pérdida del uso y goce de parte de los terrenos de los actuales resguardos, participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales, y demás temas incluidos en la agenda de la consulta, se adelantará en los tres (3) meses siguientes a la notificación de este fallo de revisión; c) este término sólo se podrá prorrogar, a petición del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, la firma propietaria del proyecto, la Defensoría del Pueblo o la Procuraduría Agraria, hasta por un lapso razonable que en ningún caso podrá superar al doble del establecido en la pauta anterior; d) si en ese tiempo no es posible lograr un acuerdo o concertación sobre todos los temas, *“la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrase 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”*²².

²¹ Decreto 622 de 1997.

²² Sentencia SU-039/97. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

6. Derecho al mínimo vital y cambio forzado de una economía de subsistencia de bajo impacto ambiental, a una agraria de alto impacto y menor productividad

Todos los motivos de queja de los Embera-Katío respecto de los repentinos y graves cambios que trajo la construcción de un embalse en su territorio tradicional son ampliamente tratados en la literatura sobre el tema y, por tanto, eran previsibles:

“La creación de un embalse implica el cambio brusco de un ecosistema terrestre a uno acuático, y al mismo tiempo, el cambio de un ecosistema lótico a uno léntico. El primer paso, o sea la inundación de un área terrestre que antes tenía una función social y económica implica un impacto sobre una población que debe relocalizarse y a menudo cambiar de hábitos de vida; a su vez, la zona que se va a inundar es un ecosistema natural cuyo valor ecológico debe ser cuidadosamente estudiado antes de ocasionar pérdidas irreparables. En cuanto al paso de un ecosistema lótico a uno léntico, ecológicamente el cambio es dramático y radical. Un embalse se convierte en un ecosistema híbrido entre un lago y un río. El río embalsado regula y retarda su flujo y se extiende en forma de una capa de agua que con el tiempo alcanza su equilibrio, tanto en relación con el entorno físico como con referencia al desarrollo de la vida. La tasa de renovación es más lenta que en el río y más rápida que en el lago. La organización vertical del lago y la horizontal del río quedan sustituidas por otra organización intermedia y característica, en la que el elemento más importante es la asimetría dada por la presa y la cola del embalse. El agua de los embalses posee características enteramente diferentes a la de los lagos naturales, en cuanto al contenido de sales, sólidos disueltos, ph y temperatura se refiere. Los embalses, de acuerdo con su tamaño, pueden afectar el clima de la región, aumentar la sismicidad, incrementar la incidencia de algunas enfermedades (especialmente en el trópico), propiciar la desaparición de especies acuáticas o el establecimiento de otras nuevas, y desde el punto de vista humano, cambiar toda la estructura social y económica de una región”²³.

Ahora bien, la relación que debe darse en el ordenamiento constitucional colombiano entre la integridad étnica, cultural, social y económica de los pueblos indígenas y el aspecto económico del aprovechamiento de los recursos naturales que se hallan en sus territorios fue expuesta por esta Corte en la Sentencia T-380/93²⁴:

“La explotación de recursos naturales en territorios indígenas plantea un problema constitucional que involucra la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades que sobre ellas se asientan. La tensión existente entre razón económica y razón cultural se agudiza aún más en zonas de reserva forestal, donde las características de la fauna y la flora imponen un

²³ Roldán Pérez, Gabriel. Fundamentos de Limnología Neotropical. Medellín, Editorial Universidad de Antioquia, 1992. Pp. 157-158. En el mismo sentido, ver el informe solicitado por la Sala de Revisión al Ingeniero Gabriel Poveda Ramos.

²⁴ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

aprovechamiento de los recursos naturales que garantice su desarrollo sostenible, su conservación, restitución o sustitución (CP art. 80). La relación entre estos extremos debe ser, por tanto, de equilibrio.

“Las externalidades del sistema económico capitalista -o por lo menos de una de sus modalidades-, en cierto modo secuelas de su particular concepción de sometimiento de la naturaleza y de explotación de los recursos naturales, quebrantan esta ecuación de equilibrio en la medida en que desconocen la fragilidad de los ecosistemas y la subsistencia de diferentes grupos étnicos que habitan en el territorio. Consciente de esta situación, el Constituyente no solo prohijó el criterio de desarrollo económico sostenible, sino que condicionó la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas a que esta se realice sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas (CP art. 330)...”.

“... ”

“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.

“... ”

“La Constitución no acoge un determinado sistema económico cuando consagra la libertad económica y de iniciativa privada o regula la propiedad (CP arts. 333 y 58). Por el contrario, el ordenamiento constitucional admite diversos modelos económicos gracias al reconocimiento de la diversidad cultural. Es este el caso de las economías de subsistencia de las comunidades indígenas que habitan el bosque húmedo tropical colombiano, en contraste con la economía capitalista. Uno y otro modelo de actividad económica están garantizados dentro de los límites del bien común, sin desatender que la propiedad es una función social a la que le es inherente una función ecológica.

“Por otra parte, el deber estatal de conservar las áreas de especial importancia ecológica supone un manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en zonas de selva húmeda tropical (CP art. 79) y en los territorios indígenas (CP art. 330), diferente al concedido a la explotación de recursos naturales en otras áreas, siempre bajo el parámetro de su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

“... ”

“El ordenamiento constitucional colombiano ha recogido ampliamente la preocupación originada en la amenaza creciente que la acción deforestadora

tiene sobre los ecosistemas. Esta no solo ocasiona la extinción de numerosas especies de flora y fauna, alterando los ciclos hidrológicos y climáticos de vastas regiones, sino que resta oportunidades de supervivencia a los pueblos indígenas de las selvas húmedas tropicales, cuyo sistema de vida -infravalorado por la cultura occidental por generar escasos excedentes para la economía y operar eficientemente solo con bajas concentraciones humanas- garantiza la preservación de la biodiversidad y las riquezas culturales y naturales.

“El reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de los resguardos²⁵ (CP art. 329) en favor de las comunidades indígenas comprende a la propiedad colectiva de estas sobre los recursos naturales no renovables existentes en su territorio. Lejos de usurpar recursos de la Nación, el acto de disposición de bienes baldíos para la constitución de resguardos indígenas es compatible con el papel fundamental que estos grupos humanos desempeñan en la preservación del medio ambiente. La prevalencia de la integridad cultural, social y económica de estas comunidades sobre la explotación de los recursos naturales en sus territorios -la que sólo es posible si media la autorización previa del Estado (CP art. 80) y de la comunidad indígena (CP art. 330)- se erige en límite constitucional explícito a la actividad económica de la explotación forestal.

En este marco doctrinal, y teniendo en cuenta las pruebas aportadas al proceso, es claro que la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica Urrá I resultaron más perjudiciales para la integridad cultural y económica del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, que la presión territorial y el infrarreconocimiento²⁶ a los que estuvieron sometidos desde la conquista española: tales obras no solo constituyen otra presión territorial, sino que hicieron definitivamente imposible para este pueblo conservar la economía de caza, recolecta y cultivos itinerantes que les permitió sobrevivir por siglos sin degradar el frágil entorno del bosque húmedo tropical que habitan.

La pesca cotidiana, que de manera gratuita enriquecía la dieta Embera con proteínas y grasas de origen animal, se hizo improductiva y no podrá volverse a practicar hasta después de una década o más; la caza, práctica esporádica y complementaria no tiene objeto en los terrenos deforestados de Iwagadó y requiere largos desplazamientos en Karagabí, a más de ser insuficiente para compensar la pérdida del pescado; la entresaca de madera está prohibida, y la rotación de cultivos seriamente restringida con la superposición de las tierras de los actuales resguardos con el Parque Nacional Natural; adicionalmente, con la inundación de la presa perderán las vegas aluviales que les permitían obtener al menos dos ricas cosechas al año; las corrientes que les permitían transportarse serán reemplazadas por aguas

²⁵ Corte Constitucional ST-188/93, ST-257/93.

²⁶ “La tesis es que nuestra identidad se configura parcialmente por el reconocimiento o por su ausencia, a menudo por el infrarreconocimiento de otros, de manera que una persona o grupo de personas puede sufrir un auténtico daño, una auténtica distorsión, si las personas o la sociedad que las rodea reflejan sobre ellas una imagen limitada o degradante o despreciable de sí mismas”. Ch. Taylor. “The Politics of Recognition” En Ch. Taylor et ál. Multiculturalism and the Politics of Recognition. Princeton, Princeton University Press, 1992.

quietas; los referentes geográficos conocidos por todos y los sitios sagrados relacionados con rápidos y estrechos del río ya no van a estar allí cuando se inunde la presa.

Así, la economía tradicional de subsistencia ya no es posible, y la supervivencia de los Embera-Katío del Alto Sinú solo será viable si se incorporan a la economía de mercado; es decir, si renuncian a la diversidad de productos naturales que aquel modo de producción les ofrecía y cambian -definitiva y apresuradamente- sus prácticas tradicionales de caza y recolección por actividades agrarias orientadas a la venta de las cosechas; paradójicamente, la legislación sobre protección ambiental les prohíbe hacerlo por la superposición de sus tierras con el Parque Nacional Natural.

La Sala ordenará entonces al Ministerio del Medio Ambiente y a la Corporación Autónoma Regional del río Sinú y el San Jorge (CVS) que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, procedan a iniciar el proceso de concertación tendiente a fijar el régimen especial que en adelante será aplicable al área de terreno en la que están superpuestos el Parque Nacional Natural del Paramillo y los actuales resguardos indígenas, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 622 de 1997; pues la protección ecológica del parque nacional no puede hacerse a costa de la desaparición forzada de este pueblo indígena.

También se ordenará a la Empresa Multipropósito Urrá S.A. que concurra a ese proceso de concertación para determinar el monto de la financiación a su cargo (que es independiente de la indemnización de la que se trató en la consideración 5.a) de esta providencia), pues como dueña del proyecto, a ella le corresponde asumir el costo del plan destinado a lograr que las prácticas Embera tradicionales de recolección y caza puedan ser reemplazadas en la cultura de este pueblo indígena, por las prácticas productivas (compatibles con la función ecológica de su propiedad colectiva sobre las tierras del resguardo), que le permitan en el futuro vivir dignamente y desarrollarse de manera autónoma.

7. Autoridades Embera-Katío del Alto Sinú y representación de ese pueblo

Los Embera-Katío del Alto Sinú, como los demás Embera que habitan en el país, se han organizado tradicionalmente según un patrón no centralizado, en el que las autoridades permanentes son las de las familias amplias o ampliadas que residen en forma comunitaria compartiendo un mismo asentamiento ribereño; eventualmente, dos o más de esas comunidades o parcialidades se han unido bajo autoridades comunes, generalmente un guerrero de prestigio, para enfrentar peligros comunes o conquistar territorios nuevos, pero esas alianzas desaparecen una vez superado el riesgo o cumplido el propósito expansionista, todas las parcialidades vuelven a presentar una organización descentralizada.

En el Alto Sinú, esa fue la forma de organización política característica hasta la presente década, pues a inicios de la misma, se vieron en la necesidad de lograr la constitución de un resguardo, por dos razones principales: en primer lugar, tenían que defenderse de la creciente presión territorial de los colonos; en segundo lugar, se vieron precisados a enfrentar el peligro de las consecuencias desconocidas que traería la construcción de dos presas -Urrá I y II- sobre los ríos que les servían de

sistema de comunicación y fuente de alimento. Entonces, se hizo imperioso para ellos adoptar formas de representación reconocidas y respetadas por la sociedad mestiza que les imponía semejante carga.

a) Formas tradicionales de organización y cabildos.

Ante semejante encrucijada, no era del caso pensar en las antiguas alianzas bajo el mando de guerreros o caciques prestigiosos, pues esa forma tradicional de unificación se había mostrado inoperante para lograr siquiera el primero de los cometidos antedichos –al menos desde los años sesenta sus más prestigiosos caciques venían insistiendo infructuosamente en lograr la constitución del resguardo–. Fue entonces cuando decidieron ensayar la forma de organización que la ley nacional supone adecuada para todos los pueblos indígenas:

“Los cabildos indígenas son entidades públicas especiales encargadas de representar legalmente a sus grupos y ejercer las funciones que les atribuyen la ley, sus usos y costumbres (D. 2001 de 1988, art. 2o.)” (Sentencia T-254/94)²⁷.

El hecho de que la Alcaldía de Tierralta y el Ministerio del Interior, a través de la Dirección General de Asuntos Indígenas, sólo estuvieran dispuestos a registrar y posesionar como autoridades con poder de representación de ese y otros pueblos indígenas, a los cabildos organizados, y el hecho más apremiante aún, de que sólo a través del reconocimiento de los cabildos legalmente inscritos y certificados podía el resguardo participar del reparto de las transferencias nacionales, reforzaron la idea de que a los Embera-Katío no les quedaba (y según parecen creer, no les queda) opción distinta a tener un cabildo.

Desde sus inicios, esta forma para ellos exótica de organización política y representación resultó de efectos contradictorios para los Embera-Katío del Alto Sinú: primero, se logró bajo ella la titulación de parte del territorio tradicionalmente ocupado como resguardo, pero no se pudo revertir ni paliar la prohibición de entresacar madera; en segundo lugar, se consiguió que el INCORA saneara la parte de Iwagadó, pero no que les librara de los colonos que aún siguen invadiendo con sus “mejoras” la parte de Karagabí; en tercer lugar, se obtuvo reconocimiento para participar en las acciones tendentes a mitigar los efectos de la construcción de la primera de las presas, pero no se pudo evitar que el cabildo Urrá y las autoridades blancas dejaran por fuera de la consulta a varias parcialidades; en cuarto lugar, se recibieron partidas provenientes de las transferencias nacionales y de la compensación del impacto de la construcción de la primera de las represas, pero las autoridades indígenas se creyeron liberadas de sus obligaciones para con la comunidad que las eligió, y el ejercicio excluyente del poder, acompañado por la ejecución centralizada del presupuesto se hicieron presentes; y en quinto lugar, cuando a esos inconvenientes de la nueva forma de organización se sumó la imposición prepotente de las órdenes de los asesores blancos traídos por el cabildo y la ONIC, ya fue inevitable la división.

Inicialmente, la actuación caprichosa del INCORA, que no sólo había incluido en la adjudicación de tierras menos de las que esperaban los Embera, sino que había

²⁷ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

dividido el territorio tradicional en dos resguardos, pareció constituir una tabla de salvación: si había dos resguardos, no dejaba de ser lógico que se creara otro cabildo; de esta manera, los indígenas abrigaron la esperanza de conservar las ventajas de la nueva forma de autoridad y, a la vez, evitar o menguar las desventajas.

El manejo centralizado e inequitativo de los recursos por parte del Cacique Mayor -residente en Iwagadó-, generó un descontento que creció entre los Embera hasta llegar a amenazar la convivencia pacífica del pueblo -enfrentamiento de la comunidad con la organización asesora, incendio del tambo de gobierno, etc.-. Como ya se había desviado el río y no había pescado, no se podía entresacar madera, y tampoco contaban con el apoyo de una organización como la que seguía apoyando a Iwagadó, los descontentos de Karagabí no podían renunciar a participar de las transferencias nacionales y de la financiación del plan de etnodesarrollo; por tanto, optaron por promover la renovación de los integrantes del cabildo. La primera elección que les favoreció fue revocada, pero con la segunda lograron el reconocimiento de las autoridades municipales, departamentales y de la Dirección General de Asuntos Indígenas; sin embargo, el sector minoritario de Karagabí insiste en impugnar la segunda elección ante las autoridades no indígenas -tal es uno de los objetivos de la tutela bajo revisión-, y en ese empeño vienen siendo apoyados por el cabildo de Iwagadó, que insiste en no posesionarse ante la Alcaldía hasta que no accedan las autoridades externas a reconocer, e imponer al cabildo de Karagabí, una tercera división con el pretendido cabildo del río Sinú.

b) Imposición de formas de organización y reconocimiento selectivo de representantes

Para resolver sobre las pretensiones de los actores relativas al reconocimiento, registro y certificación de las autoridades Embera-Katío del alto Sinú por parte de las autoridades municipales, departamentales y nacionales, así como por parte de la Empresa Multipropósito, debe esta Sala empezar por declarar que, según aparece probado en el expediente, esta firma y las autoridades que han intervenido en los varios intentos por solucionar el conflicto interno del pueblo indígena, sí han vulnerado el derecho de ese pueblo a resolver autónomamente sus asuntos, pues no les corresponde a tales entidades imponer determinada forma de organización política, ni arrogarse las funciones de levantar censos electorales, adelantar escrutinios, y escoger cuáles autoridades Embera se registran y cuáles no.

- Forma de organización y representación

Para definir estos asuntos, la Sala inicia este aparte citando una de las consideraciones de la sentencia T-254/94²⁸:

“A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía. La realidad colombiana muestra que las numerosas comunidades indígenas existentes en el territorio nacional han sufrido una mayor o menor destrucción de su cultura por efecto del sometimiento al orden colonial y posterior

²⁸ Ídem.

integración a la “vida civilizada” (Ley 89 de 1890), debilitándose la capacidad de coerción social de las autoridades de algunos pueblos indígenas sobre sus miembros. La necesidad de un marco normativo objetivo que garantice seguridad jurídica y estabilidad social dentro de estas colectividades, hace indispensable distinguir entre los grupos que conservan sus usos y costumbres -los que deben ser, en principio, respetados-, de aquellos que no los conservan, y deben, por lo tanto, regirse en mayor grado por las leyes de la República, ya que repugna al orden constitucional y legal el que una persona pueda quedar relegada a los extramuros del derecho por efecto de una imprecisa o inexistente delimitación de la normatividad llamada a regular sus derechos y obligaciones.

“... ”

“Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. La interpretación de la ley como límite al reconocimiento de los usos y costumbres no puede llegar hasta el extremo de hacer nugatorio el contenido de estas por la simple existencia de la norma legal. El carácter normativo de la Constitución impone la necesidad de sopesar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma constitucional -diversidad, pluralismo- y aquellos tutelados por las normas legales imperativas. Hay un ámbito intangible del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas que no puede ser objeto de disposición por parte de la ley, pues se pondría en peligro su preservación y se socavaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural. La jurisdicción especial (CP art. 246) y las funciones de autogobierno encomendadas a los consejos indígenas (CP art. 330) deben ejercerse, en consecuencia, según sus usos y costumbres, pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores”.

Así, es claro que el reconocimiento de las autoridades Embera-Katío, su inscripción en los archivos municipales y la facultad de representar oficialmente a las comunidades que componen ese pueblo, no depende de que adopten el cabildo como única posibilidad de organización política; sus formas tradicionales deben bastar, si se atiende a lo consagrado en el artículo 330 de la Carta Política. El consejo que menciona este artículo Superior no es, en el caso de los Embera-Katío del alto Sinú, más que el conjunto de las autoridades tradicionales de Beguidó, Cachichí, Widó, Karacaradó, Junkaradó, Kanyidó, Amborromia, Mongaratatadó, Zambudó, Koredó, Capupudó, Chángarra, Quiparadó, Antadó, Tundó, Pawarandó, Arizá, Porremia y Zorandó. Tales autoridades deben ser reconocidas, inscritas y certificadas por la Alcaldía Municipal de Tierralta, el Ministerio del Interior y las demás autoridades estatales a las que la ley asigne las funciones mencionadas. Sólo en el caso de que las autoridades tradicionales de dos o más de tales comunidades manifiesten que constituyeron alianzas, cabildos, consejos mayores, u otra forma de organización centralizada, las autoridades que elijan para representar esas formas de asociación serán reconocidas e inscritas por la Alcaldía y el Ministerio del Interior, para los

finés expresamente manifestados por las comunidades que a ellas concurren, y únicamente por el término que ellas manifiesten estar dispuestas a permanecer asociadas. No de otra forma pueden las autoridades no indígenas respetar las particulares tradiciones políticas de los Embera-Katío.

De esta manera, ni la Sala de Revisión de la Corte Constitucional, ni el Ministerio del Interior, ni la Gobernación del Departamento de Córdoba, ni la Alcaldía del municipio de Tierralta, ni la Empresa Multipropósito, ni las organizaciones coadyuvantes, ni organización o persona distinta a las comunidades Embera-Katío listadas arriba, pueden decidir cuáles son las autoridades de ese pueblo. La Alcaldía y el Ministerio del Interior, sólo están habilitados por la ley para llevar el registro de las decisiones que esas comunidades adopten, y para certificar lo que ellas quieran que figure en sus archivos.

Por tanto, se advertirá a la Alcaldía de Tierralta, a la Gobernación de Córdoba, al Ministerio del Interior, a la Empresa Multipropósito Urrá S.A., a la Procuraduría Agraria, a la Defensoría del Pueblo, y a las organizaciones privadas intervinientes en este proceso, que se deben abstener de intervenir en los asuntos propios de la autonomía que la Carta Política otorga al pueblo Embera-Katío del alto Sinú.

Tanto las entidades estatales, como la Empresa Multipropósito, se atendrán a los términos de esta consideración en todas sus relaciones con el pueblo Embera-Katío, so pena de las sanciones contempladas en el Decreto 2591 de 1991 para el desacato. Debe la Corte llamar la atención de estas entidades, para que reinicien inmediatamente, si aún no lo hubieren hecho, todos los programas acordados con los Embera-Katío en el marco del plan de etnodesarrollo, y que mantengan su ejecución hasta que tales programas sean reemplazados por los acuerdos a que se llegue en el proceso de consulta que está en marcha, y el que se ordenará iniciar en virtud de la consideración 6 de esta providencia.

8. Derecho a la igualdad en la prestación del servicio público de atención a la salud.

El bosque húmedo tropical que habitan los Embera-Katío del Alto Sinú, a pesar de ser hoy un medio ambiente bastante intervenido por prácticas culturales occidentales, no es una zona saneada y las condiciones sanitarias que presenta dejan mucho que desear, así solo se las compare con las del área rural de los municipios circunvecinos. Allí, enfermedades eruptivas y respiratorias que en el resto del país están controladas, dan cuenta de buena parte de la alta morbi-mortalidad infantil; la incidencia de la malnutrición está aumentando, y la esperanza de vida promedio se ubica entre los 45 y 50 años. Así, sin contar con el impacto de la construcción de la hidroeléctrica, ya este grupo humano era merecedor de una protección estatal especial que no le fue brindada.

a) Derecho de las comunidades indígenas al cuidado básico en materia de salud.

Según pudieron verificar los funcionarios comisionados por la Sala para realizar varias inspecciones judiciales en Tierralta y los actuales resguardos, los miembros

del pueblo Embera-Katío vienen recibiendo atención básica en el hospital de ese municipio, pero deben adquirir por su cuenta los medicamentos que les recetan. Al respecto, la Corte Constitucional había considerado en la sentencia C-282/95²⁹, que es indudable la radicación del derecho a la salud en cabeza de las comunidades indígenas:

“La ausencia de definición, en la ley acusada, de la expresión ‘comunidades indígenas’, no vulnera el derecho a la salud de las personas que las conforman, pues la misma norma acusada las enuncia como sujetos del régimen subsidiado de salud, y por tanto, beneficiarias de los servicios correspondientes”.

A lo anterior, se añadió en la sentencia T-248/97³⁰:

“El legislador creó mediante la Ley 100 de 1993 y dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el llamado régimen subsidiado, al cual deberán ser afiliadas todas aquellas personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de las cotizaciones a su cargo, especialmente las que compongan la población más pobre y vulnerable del país. Así mismo, puso como límite el año 2000 para que todos los colombianos se encuentren afiliados al sistema a través de cualquiera de los regímenes, bien el contributivo, ora el subsidiado, señalando que durante el período de transición, o sea, mientras lo anterior se cumple, ‘la población del régimen subsidiado obtendrá los servicios hospitalarios de mayor complejidad en los hospitales públicos del subsector oficial de salud y en los de los hospitales privados con los cuales el Estado tenga contrato de prestación de servicios’”³¹.

Así, se ordenará a la Alcaldía de Tierralta que, si aún no lo ha hecho, proceda a inscribir a los miembros del pueblo Embera-Katío de ese municipio en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y vele porque no sólo se les atienda como corresponde, sino que se les entreguen de manera gratuita las medicinas que el médico tratante les recete.

b) Efectos en el cuidado de la salud del impacto de la hidroeléctrica en los medios de transporte y las condiciones de vida de los embera.

La situación precaria en la que se encontraban los Embera-Katío del Alto Sinú respecto del cuidado básico de salud, antes de la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica, vino a empeorarse de diversa manera con la realización de tales obras, y es previsible que sufra aún mayor daño cuando se inunde la presa, como se pasa a considerar.

- Desviación del curso del río Sinú.

El primer efecto sobre la situación de los Embera, se concreta en el cambio que produjo la desviación del curso del río Sinú en los medios de transporte tradicionales;

²⁹ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

³⁰ M.P. Fabio Morón Díaz.

³¹ En el mismo sentido, ver las sentencias C-183/97 y C-054/98.

contando con la corriente del río, a cualquier hora que se hiciera necesario podía colocarse al enfermo sobre una balsa y llevarlo hasta el casco urbano de Tierralta o Montería, donde los indígenas encontraban la atención médica y la hospitalización que requerían. Después de la desviación, la balsa sólo sirve para trasladar al paciente hasta el puerto cercano a la presa, donde no siempre hay transporte automotor disponible para completar el recorrido; además, tener que acudir a este medio obliga a sufragar un gasto en el que antes no se incurría.

El segundo efecto es la desaparición del pescado como base de la dieta, y la consiguiente disminución en las defensas corporales, que afecta con mayor severidad a los niños.

- **Inundación de la represa.**

La perspectiva de que pronto se cerrarán las compuertas de los túneles y se llenará la presa, empeora la situación de dos maneras: a) la corriente que servía de fuerza motora a las balsas en que se transportaba a los enfermos desaparecerá y deberá ser reemplazada por el impulso de un motor fuera de borda, para llegar a un puerto que estará mucho más lejos de Tierralta que el actual, por lo que el costo en tiempo y dinero será también mayor; b) la represa también alterará las condiciones climáticas de la región en que habitan los Embera, aumentando la humedad promedio del aire, y convirtiendo las aguas represadas en un medio ideal para la reproducción óptima de múltiples factores patógenos.

- **Putrefacción de la biomasa inundada.**

Este último efecto, se verá reforzado por la putrefacción del gran volumen de biomasa que no se piensa remover del área antes de inundar la presa; si se atiende a los precedentes limnológicos en áreas tropicales (represas construidas en África y en el Brasil donde se procedió de manera similar³²), lo que se tiene en el alto Sinú es una trampa que amenaza con diezmar al pueblo indígena Embera que habita allí.

Por las razones anotadas, la Sala ordenará al Ministerio del Medio Ambiente que intervenga activamente en el resto del proceso de consulta que actualmente se adelanta, y que ponga especial cuidado en que no se minimice irresponsablemente -como hasta ahora ha pretendido la Empresa Multipropósito-, este riesgo previsible para la supervivencia de los Embera-Katío.

9. Improcedencia de las pretensiones relativas a los Embera que optaron por separarse de su pueblo.

“...Las comunidades de Iwagadó protestaron ante el Presidente de Urrá S.A. porque se han venido realizando negociaciones individuales sobre mejoras en el territorio indígena a inundar, con familias indígenas que se encuentran fuera de los resguardos, como si se tratara de colonos. Nosotros no estamos de acuerdo con que la empresa haga negociaciones individuales sin el acompañamiento del Consejo Territorial que tiene como función atender todos los asuntos de tierras y ordenamiento territorial de Iwagadó” (folio 21 de la solicitud de tutela).

³² Roldán Pérez, Gabriel. Fundamentos de Limnología Neotropical.

Al respecto debe anotarse que el Consejo Territorial del resguardo de Iwagadó es una autoridad embera llamada a cumplir con sus funciones dentro del resguardo, pero sin autoridad por fuera de él. Los Embera que vivían fuera del resguardo sí debían ser protegidos de manera especial, pues es indudable que por pertenecer a un grupo minoritario, y por conservar buena parte de la diferencia cultural que caracteriza a su pueblo, eran titulares indiscutibles de tal prerrogativa; pero ni esta Corte, ni el Cabildo, ni cualquier otra autoridad puede imponerles retornar a la vida comunitaria del resguardo, y tampoco puede impedirles que negocien lo que es suyo sin la mediación protectora del Consejo Territorial, cuando ellos no la solicitaron.

En el cuaderno anexo número 19, consta que esas personas manifestaron su deseo de vender sus posesiones y de trasladarse a vivir a Tierralta en lugar de obtener a cambio tierra aledaña al resguardo; además, no han solicitado que se les dé la protección especial que sí pidieron los actores, y estos no han aducido siquiera que aquellas se encuentren en imposibilidad de acudir en defensa de sus derechos. El Estado colombiano reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación (C.P. art. 7), pero no puede imponerles la diferenciación cultural a quienes no desean seguir siendo distintos, sin violar sus derechos fundamentales con tal proceder.

En la Sentencia T-349/96³³, la Corte adoptó un criterio orientador sobre el alcance del principio del reconocimiento y la protección a la diversidad cultural, que es relevante para aclarar por qué esta Sala considera improcedentes las pretensiones relativas a los embera que optaron por separarse de su pueblo:

“Por tratarse de un principio incorporado a una norma (lo que le confiere a esta un carácter específico), el postulado de la protección y el reconocimiento de la diversidad cultural que se consagra en el artículo séptimo del Estatuto Superior, presenta dos dificultades al intérprete: en primer lugar, su generalidad, que conlleva un alto grado de indeterminación, en segundo término, su naturaleza conflictiva, que implica la necesidad de ponderación respecto a otros principios constitucionales que gozan de igual jerarquía.

“Para superar el primero de los problemas resulta útil acudir a la definición de lo que es una cultura o, en términos más actuales, una etnia, ya que es este el objeto al que se refiere la norma. De acuerdo con la doctrina especializada, para considerar que existe una “etnia” deben identificarse en un determinado grupo humano dos condiciones: una subjetiva y una objetiva. La primera condición, se refiere a lo que se ha llamado la conciencia étnica y puede explicarse de la siguiente manera:

“(…) [es] ‘la conciencia que tienen los miembros de su especificidad, es decir, de su propia individualidad a la vez que de su diferenciación de otros grupos humanos, y el deseo consciente, en mayor o menor grado, de pertenecer a él, es decir, de seguir siendo lo que son y han sido hasta el presente’³⁴.

³³ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

³⁴ DE OBIETA CHALBAUD, José A., *El Derecho Humano de la Autodeterminación de los Pueblos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1989. P. 43.

“La segunda, por el contrario, se refiere a los elementos materiales que distinguen al grupo, comúnmente reunidos en el concepto de “cultura”. Este término hace relación básicamente al “conjunto de creaciones, instituciones y comportamientos colectivos de un grupo humano. (...) el sistema de valores que caracteriza a una colectividad humana.”³⁵ En este conjunto se entienden agrupadas, entonces, características como la lengua, las instituciones políticas y jurídicas, las tradiciones y recuerdos históricos, las creencias religiosas, las costumbres (folklore) y la mentalidad o psicología colectiva que surge como consecuencia de los rasgos compartidos³⁶”.

Así, es claro que no puede esta Sala tutelar los derechos de los embera que decidieron separarse de la vida comunitaria de su pueblo, irrespetando su personal decisión; además, no puede aceptar la agencia oficiosa de esos derechos que plantean los actores y coadyuvantes, ignorando la manifestación expresa de los supuestos titulares de esos derechos sobre su deseo de no reincorporarse a los resguardos y de ir a vivir en Tierralta.

DECISIÓN

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. REVOCAR las sentencias proferidas en el proceso radicado bajo el número T-168.594 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Córdoba y la Corte Suprema de Justicia, y la proferida en el proceso radicado bajo el número T-182.245 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá; en su lugar, tutelar los derechos fundamentales a la supervivencia, a la integridad étnica, cultural, social y económica, a la participación y al debido proceso del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú.

Segundo. ORDENAR al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y al Ministerio del Interior que procedan, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta providencia, cada una de esas entidades en lo que es de su competencia legal, a iniciar la actuación tendente a unificar el resguardo del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú; además, deberán dar prioridad al trámite de esta actuación.

Tercero. ORDENAR a la Empresa Multipropósito Urrá S.A. que indemnice al pueblo Embera-Katío del Alto Sinú al menos en la cuantía que garantice su supervivencia física, mientras elabora los cambios culturales, sociales y económicos a los que ya no puede escapar, y por los que los dueños del proyecto y el Estado, en abierta violación de la Constitución y la ley vigentes, le negaron la oportunidad de optar.

³⁵ Id., p. 38.

³⁶ Id., p. 39.

Si los Embera-Katío del Alto Sinú y la firma dueña del proyecto no llegaren a un acuerdo sobre el monto de la indemnización que se les debe pagar a los primeros, dentro de los seis (6) meses siguientes a la notificación de esta providencia, los Embera-Katío deberán iniciar ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Córdoba –juez de primera instancia en este proceso de tutela–, el incidente previsto en la ley para fijar la suma que corresponda a un subsidio alimentario y de transporte, que pagará la firma propietaria del proyecto a cada uno de los miembros del pueblo indígena durante los próximos quince (15) años, a fin de garantizar la supervivencia física de ese pueblo, mientras adecúa sus usos y costumbres a las modificaciones culturales, económicas y políticas que introdujo la construcción de la hidroeléctrica sin que los embera fueran consultados, y mientras pueden educar a la siguiente generación para asegurar que no desaparecerá esta cultura en el mediano plazo.

Una vez acordada o definida judicialmente la cantidad que debe pagar a los Embera-Katío la Empresa Multipropósito Urrá S.A., con ella se constituirá un fondo para la indemnización y compensación por los efectos del proyecto, que se administrará bajo la modalidad del fideicomiso, y de él se pagará mensualmente a las autoridades de cada una de las comunidades de Veguidó, Cachichí, Widó, Karacaradó, Junkaradó, Kanyidó, Amborromia, Mongaratatadó, Zambudó, Koredó, Capupudó, Chángarra, Quiparadó, Antadó, Tundó, Pawarandó, Arizá, Porremia y Zorandó, la mesada correspondiente al número de habitantes de cada una de ellas.

Cuarto. ORDENAR a los Ministerios del Interior y del Medio Ambiente que inapliquen del Decreto 1320 de 1998 en este proceso de consulta, pues resulta a todas luces contrario a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991; en su lugar, deberán atender en este caso las siguientes pautas: a) debe respetarse el término ya acordado para que los representantes de los indígenas y sus comunidades elaboren su propia lista de impactos del llenado y funcionamiento de la represa; b) la negociación de un acuerdo sobre la prevención de impactos futuros, mitigación de los que ya se presentaron y los previsibles, compensación por la pérdida del uso y goce de parte de los terrenos de los actuales resguardos, participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales, y demás temas incluidos en la agenda de la consulta, se adelantará en los tres (3) meses siguientes a la notificación de este fallo de revisión; c) este término sólo se podrá prorrogar, a petición del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, la firma propietaria del proyecto, la Defensoría del Pueblo o la Procuraduría Agraria, hasta por un lapso razonable que en ningún caso podrá superar al doble del establecido en la pauta anterior; d) si en ese tiempo no es posible lograr un acuerdo o concertación sobre todos los temas, *“la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros”*³⁷.

³⁷ Sentencia SU-039/97 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Quinto. ORDENAR al Ministerio del Medio Ambiente y a la Corporación Autónoma Regional del río Sinú y el San Jorge (CVS) que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, procedan a iniciar el proceso tendente a concertar el régimen especial que en adelante será aplicable al área de terreno en la que están superpuestos el parque nacional natural del Paramillo y los actuales resguardos indígenas, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 622 de 1997, pues la protección ecológica del parque nacional no puede hacerse a costa de la desaparición forzada de este pueblo indígena.

También se ordenará a la Empresa Multipropósito Urrá S.A. que concurra a ese proceso de concertación para fijar el monto de la financiación a su cargo (que es independiente de la indemnización de que trata el numeral tercero de esta parte resolutive), del plan destinado a lograr que las prácticas embera tradicionales de recolección y caza, puedan ser reemplazadas en la cultura de este pueblo indígena, por las prácticas productivas (compatibles con la función ecológica de su propiedad colectiva sobre las tierras del resguardo), que le permitan en el futuro vivir dignamente y desarrollarse de manera autónoma.

Sexto. ORDENAR a la Alcaldía de Tierralta que, si aún no lo ha hecho, proceda a inscribir a los miembros del pueblo Embera-Katío de ese municipio en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y vele porque no sólo se les atienda como corresponde, sino que se les entreguen de manera gratuita las medicinas que el médico tratante les recete.

Séptimo. ORDENAR al Ministerio del Medio Ambiente que intervenga activamente en el resto del proceso de consulta que actualmente se adelanta, y que ponga especial cuidado en que no se minimicen de manera irresponsable, los riesgos previsibles para la salud y la supervivencia de los Embera-Katío del Alto Sinú.

Octavo. ADVERTIR a la Alcaldía de Tierralta, a la Gobernación de Córdoba, al Ministerio del Interior, a la Empresa Multipropósito Urrá S.A., a la Procuraduría Agraria, a la Defensoría del Pueblo, y a las organizaciones privadas intervinientes en este proceso, que se deben abstener de interferir en los asuntos propios de la autonomía que la Carta Política otorga al pueblo Embera-Katío del Alto Sinú.

Tanto las entidades estatales, como la Empresa Multipropósito, se atenderán a los términos de esta providencia en cuanto hace a la representación de las comunidades de Veguidó, Cachichí, Widó, Karacaradó, Junkaradó, Kanyidó, Amborromia, Mongaratatadó, Zambudó, Koredó, Capupudó, Chángarra, Quiparadó, Antadó, Tundó, Pawaradó, Arizá, Porremia y Zorandó, y a las eventuales alianzas que ellas constituyan, en todas sus relaciones con el pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, so pena de las sanciones contempladas en el Decreto 2591 de 1991 para el desacato.

Noveno. ORDENAR a la Alcaldía de Tierralta, a la Gobernación de Córdoba, al Ministerio del Interior y a la Empresa Multipropósito Urrá S.A., que reinicien inmediatamente, si aún no lo han hecho, todos los programas acordados con los Embera-Katío en el marco del plan de etnodesarrollo, y que mantengan su ejecución hasta que tales programas sean reemplazados por los acuerdos a que se llegue en el proceso de consulta para el llenado y funcionamiento de la hidroeléctrica, y el de concertación que se ordenó iniciar en el numeral quinto de esta providencia.

Décimo. No tutelar los derechos de los embera que decidieron separarse de la vida comunitaria de su pueblo; puesto que no puede la Corte Constitucional aceptar la agencia oficiosa de tales derechos, ignorando la manifestación expresa de sus titulares sobre su deseo de no reincorporarse al resguardo y de residir en Tierralta.

Undécimo. Advertir a la Empresa Multipropósito Urrá S.A., al Ministerio del Interior, al Ministerio de Minas y Energía, al Ministerio del Medio Ambiente, al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Río Sinú y el San Jorge, a la Procuraduría Agraria, y a la Defensoría del Pueblo, que la orden de no llenar el embalse se mantiene hasta que la firma propietaria del proyecto cumpla con todos los requisitos que le exigió el Ministerio del Medio Ambiente por medio del auto número 828 del 11 de noviembre de 1997 a fin de otorgarle la licencia ambiental, cumpla con las obligaciones que se desprenden de esta sentencia, y ponga en ejecución las que se definirán en el proceso de consulta aún inconcluso, y en el de concertación que se ordenó arriba.

Duodécimo. Comunicar esta sentencia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Córdoba y al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá para los efectos contemplados en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

3. SENTENCIA C-891 DE 2002 (“Caso Código de Minas”)

SENTENCIA DE OCTUBRE 22 DE 2002

Ref.: Expediente D-4022.

Demandante: Edith Magnolia Bastidas Calderón.

Magistrado Ponente: Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

Bogotá, D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil dos (2002).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, la ciudadana Edith Magnolia Bastidas Calderón, en representación de la ORGANIZACIÓN NACIONAL INDÍGENA DE COLOMBIA –ONIC–, demandó los artículos 2, 3 (parcial), 5, 6, 11 (parcial), 35 (parcial), 37, 39, 48, 58, 59, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 261, 267 (parcial), 271 (parcial), 275 y 332 de la Ley 685 de 2001, “*por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones*”.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación, se transcribe el texto de las disposiciones demandadas, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 44.522 del 17 de agosto de 2001. En los casos en que la demanda fue dirigida solamente contra una expresión de la norma, se subraya en lo pertinente lo acusado:

“LEY 685 DE 2001

(agosto 15)

Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones.

Artículo 2°. *Ámbito material del Código.* El presente Código regula las relaciones jurídicas del Estado con los particulares y las de estos entre sí, por causa de los trabajos y obras de la industria minera en sus fases de prospección, exploración, construcción y montaje, explotación, beneficio, transformación, transporte y promoción de los minerales que se encuentren en el suelo o el subsuelo, ya sean de propiedad nacional o de propiedad privada. Se excluyen la exploración y explotación de hidrocarburos líquidos y gaseosos que se regirán por las disposiciones especiales sobre la materia.

Artículo 3°. *Regulación completa.* Las reglas y principios consagrados en este Código desarrollan los mandatos del artículo 25, 80, del párrafo del artículo 330 y los artículos 332, 334, 360 y 361 de la Constitución Nacional, en relación con los recursos mineros, en forma completa, sistemática, armónica y con el sentido de especialidad y de aplicación preferente. En consecuencia, las disposiciones civiles y comerciales que contemplen situaciones y fenómenos regulados por este Código, sólo tendrán aplicación en asuntos mineros, por remisión directa que a ellos se haga en este Código o por aplicación supletoria a falta de normas expresas.

Parágrafo. En todo caso, las autoridades administrativas a las que hace referencia este Código no podrán dejar de resolver, por deficiencias en la ley, los asuntos que se les propongan en el ámbito de su competencia. En este caso, acudirán a las normas de integración del derecho y, en su defecto, a la Constitución Política.

Artículo 5°. *Propiedad de los Recursos Mineros.* Los minerales de cualquier clase y ubicación, yacientes en el suelo o el subsuelo, en cualquier estado físico natural, son de la exclusiva propiedad del Estado, sin consideración a que la propiedad, posesión o tenencia de los correspondientes terrenos, sean de otras entidades públicas, de particulares o de comunidades o grupos.

Quedan a salvo las situaciones jurídicas individuales, subjetivas y concretas provenientes de títulos de propiedad privada de minas perfeccionadas con arreglo a las leyes preexistentes.

Artículo 6°. *Inalienabilidad e imprescriptibilidad.* La propiedad estatal de los recursos naturales no renovables es inalienable e imprescriptible. El derecho a explorarlos y explotarlos sólo se adquiere mediante el otorgamiento de los títulos enumerados en el artículo 14 de este Código. Ninguna actividad de prospección, exploración o explotación o de posesión material de dichos recursos, sea cual fuere su antigüedad, duración o características, conferirá derecho o prelación alguna para adquirir el título minero o para oponerse a propuestas de terceros.

Artículo 11. *Materiales de construcción.* Para todos los efectos legales se consideran materiales de construcción, los productos pétreos explotados en minas y canteras usados, generalmente, en la industria de la construcción como agregados en la fabricación de piezas de concreto, morteros, pavimentos, obras de tierra y otros productos similares. También, para los mismos efectos, son

materiales de construcción, los materiales de arrastre tales como arenas, gravas y las piedras yacentes en el cauce y orillas de las corrientes de agua, vegas de inundación y otros terrenos aluviales.

Los materiales antes mencionados, se denominan materiales de construcción aunque, una vez explotados, no se destinen a esta industria.

El otorgamiento, vigencia y ejercicio del derecho a explorar y explotar los materiales de construcción de que trata este artículo, se regulan íntegramente por este Código y son de la competencia exclusiva de la autoridad minera.

Artículo 35. Zonas de minería restringida. *Podrán efectuarse trabajos y obras de exploración y de explotación de minas en las siguientes zonas y lugares, con las restricciones que se expresan a continuación:*

- a) *Dentro del perímetro urbano de las ciudades o poblados, señalado por los acuerdos municipales adoptados de conformidad con las normas legales sobre régimen municipal, salvo en las áreas en las cuales estén prohibidas las actividades mineras de acuerdo con dichas normas;*
- b) *En las áreas ocupadas por construcciones rurales, incluyendo sus huertas, jardines y solares anexos, siempre y cuando se cuente con el consentimiento de su dueño o poseedor y no haya peligro para la salud e integridad de sus moradores;*
- c) *En las zonas definidas como de especial interés arqueológico, histórico o cultural siempre y cuando se cuente con la autorización de la autoridad competente;*
- d) *En las playas, zonas de bajamar y en los trayectos fluviales servidos por empresas públicas de transporte y cuya utilización continua haya sido establecida por la autoridad competente, si esta autoridad, bajo ciertas condiciones técnicas y operativas, que ella misma señale, permite previamente que tales actividades se realicen en dichos trayectos;*
- e) *En las áreas ocupadas por una obra pública o adscritas a un servicio público siempre y cuando:*
 - i. *Cuente con el permiso previo de la persona a cuyo cargo estén el uso y gestión de la obra o servicio;*
 - ii. *que las normas aplicables a la obra o servicio no sean incompatibles con la actividad minera por ejecutarse y*
 - iii. *que el ejercicio de la minería en tales áreas no afecte la estabilidad de las construcciones e instalaciones en uso de la obra o servicio.*
- f) **En las zonas constituidas como zonas mineras indígenas *siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar, con arreglo a lo dispuesto por el Capítulo XIV de este Código;***

- g) *En las zonas constituidas como zonas mineras de comunidades negras siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar, con arreglo a lo dispuesto por el Capítulo XIV de este Código;*
- h) **En las zonas constituidas como zonas mineras mixtas siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar, con arreglo a lo dispuesto por el Capítulo XIV de este Código.**

Una vez consultadas las entidades a que se refiere este artículo, los funcionarios a quienes se formule la correspondiente solicitud deberán resolverla en el término improrrogable de treinta (30) días, so pena de incurrir en falta disciplinaria. Pasado este término la autoridad competente resolverá lo pertinente.

Artículo 37. Prohibición legal. *Con excepción de las facultades de las autoridades nacionales y regionales que se señalan en los artículos 34 y 35 anteriores, ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería.*

Esta prohibición comprende los planes de ordenamiento territorial de que trata el siguiente artículo.

Artículo 39. Prospección de minas. *La prospección de minas es libre, excepto en los territorios definidos para minorías étnicas tal y como lo contempla el Capítulo XIV de este Código. Cuando haya de efectuarse en terrenos de propiedad particular, se requerirá dar aviso previo al dueño, poseedor, tenedor o administrador, directamente o a través del alcalde. Cuando haya de efectuarse en bienes de uso público bajo la jurisdicción de la Dirección General Marítima, de conformidad con lo previsto en el artículo 2 del Decreto-ley 2324 de 1984 y demás normas que lo modifiquen, sustituyan o deroguen, se requerirá su concepto técnico favorable.*

Artículo 48. Permisos adicionales. *El concesionario de minas para proyectar, preparar y ejecutar sus estudios, trabajos y obras, no requerirá licencias, permisos o autorizaciones distintas de las relacionadas en este Código o en las disposiciones legales a que este haga remisión expresa, sin perjuicio de la competencia de la autoridad ambiental.*

Artículo 58. Derechos que comprende la concesión. *El contrato de concesión otorga al concesionario, en forma excluyente, la facultad de efectuar dentro de la zona concedida, los estudios, trabajos y obras necesarias para establecer la existencia de los minerales objeto del contrato y para explotarlos de acuerdo con los principios, reglas y criterios propios de las técnicas aceptadas por la geología y la ingeniería de minas. Comprende igualmente la facultad de instalar y construir dentro de dicha zona y fuera de ella, los equipos, servicios y obras que requiera el ejercicio eficiente de las servidumbres señaladas en este Código.*

Artículo 59. Obligaciones. *El concesionario está obligado en el ejercicio de su derecho, a dar cabal cumplimiento a las obligaciones de carácter legal, técnico, operativo y ambiental, que expresamente le señala este Código. Ninguna autoridad podrá imponerle otras obligaciones, ni señalarle requisitos de forma o de fondo adicionales o que, de alguna manera, condicionen, demoren o hagan más gravoso su cumplimiento.*

Artículo 121. Integridad Cultural. *Todo explorador o explotador de minas está en la obligación de realizar sus actividades de manera que no vayan en desmedro de los valores culturales, sociales y económicos de las comunidades y grupos étnicos ocupantes real y tradicionalmente del área objeto de las concesiones o de títulos de propiedad privada del subsuelo.*

Artículo 122. Zonas Mineras Indígenas. *La autoridad minera señalará y delimitará, con base en estudios técnicos y sociales, dentro de los territorios indígenas, zonas mineras indígenas en las cuales la exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros deberán ajustarse a las disposiciones especiales del presente Capítulo sobre protección y participación de las comunidades y grupos indígenas asentados en dichos territorios.*

Toda propuesta de particulares para explorar y explotar minerales dentro de las zonas mineras indígenas será resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas y sin perjuicio del derecho de prelación que se consagra en el artículo 124 de este Código.

Artículo 123. Territorio y Comunidad Indígenas. *Para los efectos previstos en el artículo anterior, se entienden por territorios indígenas las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena de conformidad con lo dispuesto en la Ley 21 de 1991 y demás leyes que la modifiquen, amplíen o constituyan.*

Artículo 124. Derecho de prelación de grupos indígenas. *Las comunidades y grupos indígenas tendrán prelación para que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera indígena. Este contrato podrá comprender uno o varios minerales.*

Artículo 125. Concesión. *La concesión se otorgará a solicitud de la comunidad o grupo indígena y en favor de esta y no de las personas que la integran. La forma como estas participen en los trabajos mineros y en sus productos y rendimientos y las condiciones como puedan ser sustituidas en dichos trabajos dentro de la misma comunidad, se establecerán por la autoridad indígena que los gobierne. Esta concesión no será transferible en ningún caso.*

Artículo 126. Acuerdos con terceros. *Las comunidades o grupos indígenas que gocen de una concesión dentro de la zona minera indígena, podrán contratar la totalidad o parte de las obras y trabajos correspondientes, con personas ajenas a ellos.*

Artículo 127. Áreas indígenas restringidas. *La autoridad indígena señalará, dentro de la zona minera indígena, los lugares que no pueden ser objeto de*

exploraciones o explotaciones mineras por tener especial significado cultural, social y económico para la comunidad o grupo aborígen, de acuerdo con sus creencias, usos y costumbres.

Artículo 128. Títulos de terceros. *En caso de que personas ajenas a la comunidad o grupo indígena obtengan título para explorar y explotar dentro de las zonas mineras indígenas delimitadas conforme al artículo 122, deberán vincular preferentemente a dicha comunidad o grupo, a sus trabajos y obras y capacitar a sus miembros para hacer efectiva esa preferencia.*

Artículo 261. Procedimiento sumario. *El procedimiento gubernativo se forma por el acopio ordenado y consecutivo de las peticiones, documentos y diligencias estrictamente necesarias para sustentar y motivar las resoluciones que hayan de tomarse. No habrá más notificaciones y comunicaciones que las expresamente previstas en las leyes. Se rechazarán y devolverán de plano las piezas impertinentes o inocuas, que presenten el interesado o terceros.*

Artículo 267. Simplificación. *La totalidad de las providencias serán simplificadas, abreviadas y vertidas a modelos y formas estandarizadas que adoptarán las autoridades competentes. De igual manera, la autoridad concedente adoptará y suministrará un modelo de contrato.*

Artículo 271. Requisitos de la propuesta. *La propuesta para contratar, además del nombre, identidad y domicilio del interesado, contendrá:*

- a) El señalamiento del municipio, departamento y de la autoridad ambiental de ubicación del área o trayecto solicitado;*
- b) La descripción del área objeto del contrato, y de su extensión;*
- c) La indicación del mineral o minerales objeto del contrato;*
- d) La mención de los grupos étnicos **con asentamiento permanente** en el área o trayecto solicitados y, si fuere del caso, el hallarse total o parcialmente dentro de zona minera indígena, de comunidades negras o mixtas;*
- e) Si el área abarca, en todo o en parte, lugares o zonas restringidas para cuya exploración y explotación se requiera autorización o concepto de otras autoridades, deberán agregarse a la propuesta de acuerdo con el artículo 35;*
- f) El señalamiento de los términos de referencia y guías mineras que se aplicarán en los trabajos de exploración y el estimativo de la inversión económica resultante de la aplicación de tales términos y guías;*
- g) A la propuesta se acompañará un plano que tendrá las características y especificaciones establecidas en los artículos 66 y 67 de este Código.*

La propuesta deberá verse en el modelo estandarizado adoptado por la entidad concedente.

Artículo 275. Comunicación de la propuesta. *Si la propuesta no ha sido objetada por la autoridad minera, en un término que no supere los quince días*

contados a partir de la presentación de la misma, dentro de los cinco (5) días siguientes, se comunicará, por intermedio del Ministerio del Interior, a los representantes de los grupos étnicos ocupantes del área. La comunicación a los grupos étnicos tendrá por objeto notificarlos con el fin de que comparezcan para hacer valer su preferencia en el término de treinta (30) días contados a partir de la notificación, si el área estuviere ubicada en zonas mineras indígenas, de comunidades negras o mixtas.

Artículo 332. Actos sujetos a registro. *Unicamente se inscribirán en el Registro Minero los siguientes actos:*

- a) **Contratos de concesión:**
- b) *Contrato de exploración y explotación celebrados sobre zonas de reserva, zonas mineras indígenas, zonas mineras de comunidades negras y zonas mixtas;*
- c) *Títulos de propiedad privada del subsuelo minero;*
- d) *Cesión de títulos mineros;*
- e) *Gravámenes de cualquier clase que afecten el derecho a explorar y explotar o la producción futura de los minerales “in situ”;*
- f) *Embargos sobre el derecho a explorar y explotar emanado de títulos mineros;*
- g) *Zonas de reserva provisional y de seguridad nacional;*
- h) *Autorizaciones temporales para vías públicas;*
- i) **Zonas mineras indígenas, de comunidades negras y mixtas.**

III. LA DEMANDA

Considera la demandante que los artículos 2, 3 (parcial), 5, 6, 11 (parcial), 35 (parcial), 37, 39, 48, 58, 59, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 261, 267 (parcial), 271 (parcial), 275 y 332 de la Ley 685 de 2001 vulneran los artículos 29, 53, 93, 94 y 330 de la Constitución Política.

–En primer lugar, expone un cargo general en contra de las disposiciones impugnadas, referente a la violación del derecho de los pueblos indígenas a la **consulta**. Para la comprensión de este cargo, la demandante explica lo que significa un territorio considerado sagrado, la propiedad que tienen los indígenas sobre este y la legitimación legal sobre dicha posesión, cuya comprensión difiere “*de la que se tiene en el derecho blanco*”.

En efecto, dentro de la cosmovisión indígena el territorio tiene un carácter ancestral y sagrado, que se enmarca dentro de la cosmogonía relativa a su identidad, integridad, sistema de valores y creencias, conocimientos tradicionales y relación ecosistémica con la naturaleza, entre otros. Además, el territorio se encuentra ligado al concepto comunal de la tierra y los recursos naturales, los cuales forman parte de su *hábitat*, lo cual demuestra, en palabras de la Corte Constitucional, “*el carácter fundamental del derecho de propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios*”.

En ese orden de ideas, señala la demandante que *“la relación de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales, su carácter colectivo y la legitimidad histórica que tienen sobre los mismos, son elementos de difícil comprensión dentro de la lógica comercial, legalista y de primacía de la propiedad privada con que se trata el término territorio en el Código Minero, lo que lleva a vulnerar los derechos humanos de dichos pueblos. Por ello, en el reciente Congreso Nacional Indígena se rechazó la expedición del Código de Minas, porque afecta directamente su relación con los territorios ancestrales y los recursos naturales de estos, porque se expidió sin su participación, sin respetar su derecho sustancial a la consulta(...)”*.

Así las cosas, las normas acusadas vulneran el derecho fundamental a la consulta de los pueblos indígenas consagrado en el Convenio 169 de la OIT, que hace parte del bloque de constitucionalidad (C.P. Arts. 53, 93 y 94), pues el Congreso y el Gobierno ignoraron que se les debía consultar para expedir el referido código, en tanto constituye una medida legislativa *“susceptible de afectarles directamente”*.

Estima entonces que con la adopción del Código de Minas no se respetaron los requisitos necesarios para que el derecho a la consulta fuese acatado, a saber: ser previa; efectuarse de buena fe; llevarse a cabo mediante procedimientos apropiados o de manera adecuada a las circunstancias; efectuarse a través de instituciones representativas de los pueblos; desarrollarse con la finalidad de llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas; reconocer el derecho de estos últimos a decidir sus propias prioridades de desarrollo.

La anterior afirmación la corrobora con algunos extractos de las recomendaciones hechas al Estado colombiano por la OIT en atención a varias quejas interpuestas por la Central Unitaria de Trabajadores - CUT - relacionadas con la omisión de consultar a los pueblos indígenas durante el trámite de expedición del Decreto 1320 de 1998, por medio del cual se reglamentó la consulta previa a las comunidades indígenas y negras para la explotación de recursos naturales dentro de sus territorios.

–En segundo término, considera la demandante que las normas acusadas vulneran el derecho a la **participación** de los indígenas, así como su integridad étnica, cultural y económica, por las mismas razones expuestas en párrafos anteriores. Aduce que a través de la consagración constitucional de la consulta se concretó la participación democrática de esa minoría étnica, siendo entonces un instrumento básico para asegurar su subsistencia como grupo social, tema sobre el cual trae a colación abundante jurisprudencia constitucional.

–Por último, manifiesta que las disposiciones impugnadas vulneran el derecho al **debido proceso** de las comunidades indígenas, pues la inclusión del capítulo del Código de Minas referente a grupos étnicos y, en general, todas las normas que las afectan contenidas en dicho ordenamiento, han debido expedirse habiéndoseles consultado previamente.

Los cargos específicos respecto de cada una de las disposiciones acusadas se relacionan a continuación, agrupados según la vulneración de los preceptos constitucionales:

A) Cargos relativos a la violación del derecho de consulta previa de los pueblos indígenas

– *Artículo 2°: Ámbito general del código.*

Al establecer este precepto que las relaciones jurídicas del Estado con los particulares y las de estos entre sí, se deben regir por las normas del Código Minero e incluir en otros artículos de forma expresa o tácita a los pueblos indígenas, se está imposibilitando la aplicación preferente del Convenio 169 de la OIT y del parágrafo del artículo 330 de la Constitución. Además, se incurre en una omisión legislativa, pues al comparar la precitada norma con el artículo 2° del anterior código, se advierte que están excluidas las relaciones entre los diversos organismos y entidades estatales, con lo cual se sientan las bases para desaparecer la industria minera estatal.

– *Artículo 3°: Regulación completa.*

El aparte subrayado de esta disposición consagra la declaración simplemente formal de que el Código de Minas desarrolla el artículo 330 de la Constitución, pretendiendo de esa forma suplir la participación de las comunidades indígenas que debió efectuarse de manera previa. Asimismo, declara la aplicación preferente de dicho código sobre otro tipo de normas, v.gr. el Convenio 169, transgrediendo así el carácter supranacional y vinculante de este último.

– *Artículo 5°. Propiedad de los Recursos Mineros.*

Esta norma desconoce los derechos ancestrales de los pueblos indígenas sobre sus territorios y sobre los recursos allí incluidos, al establecer que la propiedad de estos últimos son del Estado, “*sin lugar a considerar que se surta el proceso de consulta y lograr el consentimiento de los pueblos indígenas afectados, antes de implementar proyectos mineros que los afecten*”.

– *Artículo 11. Materiales de construcción.*

A juicio de la demandante, la explotación de los materiales de construcción presentes en los territorios indígenas se rigen íntegramente por el Código de Minas y son competencia exclusiva de la autoridad minera, lo que excluye la posibilidad de adelantar el proceso de consulta cuando se pretendan extraer dichos recursos de los territorios ancestrales.

– *Artículo 39. Prospección de minas.*

Esta norma tampoco permite adelantar la consulta previa de los pueblos indígenas cuando la prospección de minas se pretenda efectuar sobre recursos naturales ubicados en territorios ancestrales. Estos últimos, al tenor de la norma acusada, podrían llegar a considerarse “*terrenos de propiedad particular, donde la prospección es libre y sólo se requiere dar aviso previo al dueño*”.

– *Artículo 48. Permisos adicionales.*

Afirma la demandante que, al tenor de esta disposición, el concesionario de minas no requiere para adelantar sus trabajos sino de los requisitos, autorizaciones y permisos señalados expresamente en el Código de Minas, sin necesidad de consultar a los pueblos indígenas.

- *Artículo 58. Derechos que comprende la concesión.*

Al otorgarse a un concesionario derechos sobre territorios indígenas, de forma excluyente podría aquel adelantar estudios, trabajos y obras necesarias para establecer la existencia de minerales, sin necesidad de consultar de forma previa a los pueblos indígenas.

- *Artículo 59. Obligaciones.*

Conforme al mandato dado a las autoridades en este precepto, de no solicitar requisitos adicionales a los señalados en el Código Minero que condicionen, demoren o hagan más gravoso su cumplimiento, estas tendrían que proceder de forma sumaria, sin surtir el proceso de consulta de los pueblos indígenas cuando la concesión se adelante en sus territorios.

- *Artículo 261. Procedimiento sumario.*

Al consagrar un procedimiento sumario en materia minera, se impide la consulta a las comunidades indígenas mediante procedimientos apropiados que se efectúen a través de sus instituciones representativas, de forma previa e informada, teniendo en cuenta una duración adecuada para que puedan llevar a cabo sus procesos de decisión y participación efectiva.

B) Cargos relativos a la violación del derecho a la participación efectiva de los pueblos indígenas, así como a su integridad étnica, cultural y económica

- *Artículo 6°. Inalienabilidad e imprescriptibilidad.*

De conformidad con esta norma, el derecho a explorar y explotar los recursos naturales no renovables únicamente es posible si se suscribe un contrato de concesión, el cual se concede por parte del Estado sin consideración de la posesión milenaria de los recursos en cabeza de los indígenas, lo que trae de suyo que no sea necesaria la consulta, sino simplemente formalizar el referido contrato. Lo anterior desconoce la existencia de territorios ancestrales, la cosmovisión indígena y el derecho de dichos pueblos a llevar a cabo procesos de decisión y participación acordes con sus modelos culturales y sociales.

- *Artículo 35, literales f) y h). Zonas de minería restringida.*

Haciendo una interpretación de los literales f) y h) del citado artículo, puede concluirse que los territorios indígenas que opten por obtener un título minero no se consideran zonas de minería restringida; en tal sentido, por el hecho de haber obtenido un título minero podrían libremente ser objeto de concesiones mineras, sin requerir que se surta la consulta en caso de existir otros proyectos en sus territorios. Además, se abre la posibilidad de adelantar la explotación minera dentro de estos últimos de forma “restringida”, sin que dicho término “resulte claro para los pueblos indígenas, aún menos bajo la óptica del respeto del derecho fundamental de consulta”. En síntesis, la participación efectiva y demás derechos de los pueblos indígenas no pueden estar supeditados a que posean o no un título minero.

- *Artículo 37. Prohibición legal.*

A juicio de la demandante, dicho precepto olvida que las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas, a las cuales debe elevarse la consulta sobre la explotación de recursos en sus territorios, pueden establecer que sus territorios o parte de estos estén excluidos de la actividad minera, vulnerando el carácter pluricultural de la Nación colombiana y la autonomía de dichas autoridades.

- *Artículo 39. Prospección de minas.*

La prospección de minas en los términos del actual código excluye la participación de los pueblos indígenas, “*como podría darse en el caso de los territorios ancestrales que no están reconocidos como resguardos o donde está pendiente la ampliación de los mismos, como quiera que deben estar ‘definidos’ (no está claro por quién) como zonas mineras para minorías étnicas*”, a diferencia de la normatividad anterior, en la que la prospección no aplicaba para las zonas de reserva minera indígena, donde estaba prohibida la actividad minera. Según lo anterior, hoy estas zonas han desaparecido.

- *Artículo 123. Territorio y Comunidad Indígenas.*

La norma acusada restringe el concepto de territorio ancestral a un área superficiaria que hay que ocupar permanentemente y explotar, sin respeto alguno por el carácter cosmogónico del mismo, facilitando así la explotación de recursos por parte de las empresas mineras sin la participación de los pueblos indígenas y atentando contra el carácter multicultural de la Nación.

C) *Cargos relativos a la violación del derecho al debido proceso*

- *Artículos 3, 5, 35 parcial y 39*

Estas normas violan el artículo 29 de la Carta Política en la medida en que se refieren al derecho de consulta o a los recursos naturales de los territorios ancestrales de los pueblos indígenas, vinculándolos a la normatividad minera, sin haberlos consultado de forma previa.

- *Artículos 121 (Integridad Cultural); 122 (Zonas Mineras Indígenas); 123 (Territorio y Comunidad Indígenas); 124 (Derecho de prelación de grupos indígenas); 125 (Concesión); 126 (Acuerdos con terceros); 127 (Áreas indígenas restringidas); 128 (Títulos de terceros).*

Señala la demandante que durante el trámite de la expedición del nuevo Código de Minas se omitió la participación de los pueblos indígenas, contrariando el hecho de que a partir de la promulgación de la Constitución de 1991 “*se abrió un nuevo periodo en el ámbito jurídico en materia de los derechos de estos pueblos y de la relación del Gobierno con los mismos*”, lo cual vulnera el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta Política.

En efecto, siendo que las normas indicadas hacen parte del capítulo alusivo a los indígenas consagrado en el anterior Código Minero, considera la demandante que no es suficiente que en la nueva normatividad se haya conservado dicho capítulo, pues la inclusión de este último ha debido hacerse respetando el derecho fundamental de consulta.

Por hacer parte del capítulo del código referente a los pueblos indígenas, la demandante impugna subsidiariamente la expresión “*ocupantes real y tradicionalmente del área de objeto de las concesiones*” contenida en el artículo 121, como quiera que la protección de los grupos étnicos de la injerencia de los exploradores y explotadores está supeditada a que la ocupación sea real y tradicional; asimismo, la expresión “*en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena*” contenida en el artículo 123, puesto que “*no tiene en cuenta los elementos mínimos dados por el Convenio 169 de la OIT sobre los territorios indígenas*”.

– *Artículo 271. Requisitos de la propuesta.*

El requisito según el cual los proponentes deben informar únicamente a los indígenas con asentamiento permanente en el área o trayecto solicitado, “*desconoce el derecho de consulta y la oportunidad procesal para controvertir de los pueblos indígenas que sean desplazados, los nómadas o los que por cualquier circunstancia se considere que no tienen un asentamiento permanente*”.

– *Artículo 275. Comunicación de la propuesta.*

A juicio de la demandante, en ninguna parte de este artículo se plantea la posibilidad de que los pueblos indígenas puedan expresar su decisión frente a la realización o no del proyecto de explotación minera y se desconoce que se ha reconocido legalmente la propiedad colectiva de los territorios indígenas a favor de las respectivas comunidades. Además, limita la participación de estas últimas a la simple información para hacer uso del derecho de preferencia, violando el Convenio 169 y los artículos 7, 8, 93 y 330 de la Constitución. Debe tenerse en cuenta que la norma establece un término muy corto para notificar a los indígenas y para que estos contesten, sin considerar que muchos de los pueblos “*ocupantes del área*” habitan zonas de difícil acceso.

– *Artículo 332. Actos sujetos a registro.*

Conforme a la expresión acusada contenida en la anterior disposición, los territorios indígenas son susceptibles de registro minero, sin que de forma previa se haya surtido la consulta que procedimental y sustancialmente debió surtir.

Como sustento de sus pretensiones, la demandante adjunta numerosos anexos y, finalmente, solicita a la Corte practicar una audiencia pública en relación con la constitucionalidad de la Ley 685 de 2001, de conformidad con el artículo 12 del Decreto 2067 de 1991.

IV. INTERVENCIONES CIUDADANAS

1. Consejo Regional Indígena del Cauca - CRIC -

El ciudadano Anatolio Quira Guauña intervino en el proceso en su calidad de representante legal del CRIC para coadyuvar la demanda, con fundamento en argumentaciones similares a las expuestas en esta última, en la medida en que las disposiciones impugnadas contradicen el principio consagrado en el Convenio 169

de la OIT, según el cual los pueblos indígenas deben asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y el desarrollo económico, así como mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, concluyendo que, por afectar directamente a dichos pueblos, se les ha debido consultar, razón por la cual se vulneró este derecho de que gozan en lo concerniente al manejo de sus territorios colectivos.

2. Comisión Colombiana de Juristas

El ciudadano Gustavo Gallón Giraldo, en su calidad de director de la Comisión Colombiana de Juristas, intervino en el proceso para coadyuvar la demanda, por considerar que *“las disposiciones demandadas desconocen el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, el derecho a la preservación de su integridad étnica, social, cultural y económica y a su subsistencia como grupo. Igualmente, las disposiciones demandadas desconocen el derecho al debido proceso de los pueblos indígenas, tal como se encuentra sustentado en la referida demanda”*.

Asimismo, solicita al Magistrado sustanciador ordenar la realización de una audiencia pública sobre la constitucionalidad de la Ley 685 de 2001, dada la importancia del tema y la relevancia que tendrá en el efectivo reconocimiento del pluralismo étnico y cultural y de los derechos de los pueblos indígenas.

3. Organización Regional Indígena Valle del Cauca - ORIVAC -

El ciudadano José Vicente García Guasquillo intervino en representación de la organización indígena ORIVAC con el fin de coadyuvar la demanda, por cuanto el Código de Minas se expidió sin haber sido consultado con los pueblos indígenas de buena fe, ni de manera apropiada a las circunstancias ni con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Además, las normas acusadas no sólo desprotegen la diversidad étnica sino que la atacan directamente. Por otra parte, vulneran el derecho a la igualdad pues los pueblos indígenas se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta y, finalmente, son violatorias del derecho a la propiedad privada, ya que el Código *“es prácticamente expropiatorio”* al pretender que la explotación de riquezas minerales se convierta en motivo de utilidad pública o interés social, motivaciones que en realidad disfrazan intereses particulares.

4. Organización Regional Embera Wounaan – OREWA -

El ciudadano Víctor Carpio Conquista, en su calidad de Presidente del Consejo de Autoridades de la organización indígena OREWA, intervino en este proceso con el fin de coadyuvar la demanda, por considerar que la Ley 685/01 *“no contempla la consulta previa a los pueblos indígenas cuando por una u otra razón se realicen actividades de prospección, explotación y exploración minera en sus territorios, además en la expedición de la misma se evadió totalmente el procedimiento de consulta”*.

5. Cabildo Mayor Embera Katío del Resguardo Quebrada Cañaveral Río San Jorge

El ciudadano Guillermo Jarupia Domicó, en su calidad de Gobernador Mayor del referido resguardo, intervino en este proceso con el fin de coadyuvar la demanda, con fundamento en las mismas razones expuestas en esta última.

6. Sindicato de Trabajadores de la Empresa Nacional Minera Ltda. Minercol –Sintramincol– y otros

El ciudadano Manuel Romero, actuando como representante de SINTRA-MINERCOL; Alirio Uribe Muñoz, en su calidad de presidente de la Corporación Colectivo de Abogados José Alvear; Adiola Patricia Bohórquez, miembro de la Corporación Siempreviva y Javier Orlando Marín, miembro de la Asociación Centro Nacional de Salud, Ambiente y Trabajo -CENSAT-, intervinieron conjuntamente en este proceso para coadyuvar la demanda.

Solicitan los intervinientes que *“el respeto a la multiculturalidad, que predica nuestra Carta, se haga efectivo protegiendo el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, que la íntima relación y los derechos milenarios de los pueblos indígenas de Colombia con sus territorios, incluidos los recursos naturales de los mismos, sea comprendida, reconocida y respetada como base fundamental para la existencia y desarrollo de sus culturas, vida espiritual, integridad, supervivencia y participación dentro del Estado colombiano”*.

“Con la expedición inconsulta del Código Minero se evidenció la lógica comercial de este, el hecho de privilegiar la propiedad privada sobre la concepción comunal de los indígenas, favorecer los intereses de las multinacionales en nuestros territorios y la intención de elevar la actividad minera a actividad de ‘interés común’ que sólo favorece la gran y mediana minería. Igualmente, se hace evidente la vulneración abierta de los derechos humanos de dichos pueblos, al negarles una participación real dentro del Estado Social de Derecho”.

Los intervinientes anexan a su escrito una sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, mediante la cual se declaró la *“nulidad de la Ley de División Político-Territorial del Estado de Amazonas”* en dicho país, así como copia de la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Declaración de Río).

7. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos -ILSA-

El ciudadano Camilo Castellanos, actuando como representante legal del referido instituto, intervino en este proceso para coadyuvar la demanda.

En extenso escrito, el interviniente se refiere a distintos tópicos para sustentar sus argumentos, tales como la historia y la situación actual de los pueblos indígenas colombianos, que se concretan en una tradición de resistencia en la lucha por los territorios y las culturas de los pueblos originarios; la injerencia de la globalización neoliberal sobre los pueblos indígenas, que se traduce en la dicotomía existente entre intereses económicos y riqueza humana; los antecedentes y los efectos negativos de los megaproyectos sobre los pueblos indígenas (profanación de la tierra, etnocidios, ecocidios, genocidios, entre otros); los conflictos entre los conceptos territorio, autonomía y desarrollo; el valor de la participación dentro del ordenamiento constitucional; la consulta previa como elemento constitutivo del principio de autonomía de las comunidades indígenas, en especial a la luz del Convenio 169; el principio *pacta sunt servanda* y el de buena fe, que hacen exigible el citado Convenio. Finalmente concluye expresando:

“(...) a la manifestación jurídica debe corresponder un reconocimiento social y político de las capacidades y perspectivas de los pueblos indígenas. Se debe ir hacia el establecimiento verdadero de nuevas relaciones entre el Estado, los pueblos indígenas y la sociedad en general. Dicho de otra manera, los pueblos indígenas, sus autoridades y los programas de desarrollo que generen, no deben ser considerados como zonas de poder aislados y nuevamente marginados de lo que acontece en el resto del país. Deben justamente ser considerados como una parte consustancial del Estado, como institución que asegura el pluralismo efectivo en el ejercicio del gobierno”.

INTERVENCIONES DE AUTORIDADES PÚBLICAS

1. Defensoría del Pueblo

El ciudadano Sergio Roldán Zuluaga intervino en el proceso en calidad de Director Nacional de Recursos y Acciones Públicas de la Defensoría del Pueblo, solicitando a la Corte la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas demandadas.

El interviniente hace una amplia exposición en torno a la participación como principio y como derecho; la consulta como mecanismo de participación ciudadana y como derecho fundamental de las comunidades indígenas; la participación de las autoridades territoriales de grupos étnicos en las decisiones legislativas relativas a la explotación de recursos naturales; los estándares internacionales que definen el nivel de participación de las minorías étnicas por medio de la consulta previa; los conflictos judiciales que se suscitan por la indefinición constitucional del contenido y alcance de la consulta previa; el alcance del Decreto 1320 de 1998, reglamentario del parágrafo del artículo 330 de la Carta Política; la jurisprudencia constitucional en relación con la consulta previa; la especial protección que el Convenio 169 de la O.I.T. concedió al tema de tierras y territorio. Luego concluyó diciendo:

- “1. Existe reconocimiento constitucional y legal en cuanto a la procedencia de la consulta previa y obligatoria respecto de las medidas por vía legislativa o administrativa, que afecten las comunidades indígenas e igualmente de las relacionadas con la explotación de los recursos naturales.*
- 2. La jurisprudencia constitucional ha apoyado la procedencia de la consulta previa y obligatoria en los casos previstos en el numeral anterior.*
- 3. El ámbito regulado por el Estatuto Minero encuadra o está subsumido en la hipótesis en que debe surtirse la consulta previa y obligatoria.*
- 4. Para la expedición del Estatuto Minero, no se verificó la consulta previa como una exigencia de las normas superiores, generando así un vicio que da lugar a la inexequibilidad por contrariar flagrantemente la Constitución Nacional y el bloque de constitucionalidad.*
- 5. Pretender desconocer el mecanismo de la consulta previa y obligatoria en el caso concreto que se estudia, es negar la realización del principio de soberanía, la cual en nuestro Estado social de derecho radica en el pueblo*

como constituyente primario, que sólo de manera transitoria la ha delegado al legislador constituido.

6. *La consulta que debió surtir en el procedimiento administrativo de elaboración de la iniciativa legislativa que produjo como resultado el Código de Minas, tenía precisamente dicho fin: que los representantes de las comunidades interesadas tuvieran el poder de incidir en la inclusión de normas que garantizaran tales principios, es decir, contarán con instrumentos garantistas del equilibrio que debe existir entre la autodeterminación y la soberanía”.*

2. Ministerio del Interior

La ciudadana Nancy González Camacho, actuando como apoderada del Ministerio del Interior intervino en el presente proceso para defender la constitucionalidad de las normas acusadas, apoyándose en las siguientes consideraciones:

Según ella, no se vulneró el derecho a la consulta previa ni a la participación de las comunidades indígenas pues, de conformidad con lo ordenado por el Convenio 169 de la OIT, las entidades competentes del Gobierno Nacional surtieron el procedimiento tendiente a consultar a las comunidades indígenas sobre el proyecto de ley atinente al nuevo Código de Minas. Para demostrar lo anterior, hace un recuento de varias reuniones y comunicaciones efectuadas entre los ministros y otros funcionarios vinculados a los ministerios competentes, así como entre estos y la ONIC y otras entidades públicas y privadas, en relación con la Mesa Nacional de Concertación constituida durante el proceso de discusión y expedición del referido código, que sesionó en dos oportunidades. En suma, afirma que *“el proceso de consulta se facilitó a los delegados de los pueblos indígenas y a sus organizaciones que integran la mesa de concertación,”* pero que en todo caso no fue posible llegar a un acuerdo con los representantes indígenas en las dos mesas de concertación que se desarrollaron entre estos y los ministerios del Interior y de Minas y Energía.

“No obstante lo anterior”, agrega la interviniente, *“no comparto lo afirmado en la demanda en el sentido de que el mencionado Convenio [169] hace parte del bloque de constitucionalidad”,* pues este no está previsto en la Constitución ni en el Decreto 2067 de 1991, como tampoco tiene fundamento legal expreso, sino que consiste en *“el conjunto de disposiciones que le sirven a la Corte para valorar constitucionalmente las leyes”,* y sólo los tratados públicos sobre derechos humanos y límites territoriales forman parte de él.

En relación con la violación del derecho al debido proceso, manifiesta que el *“Gobierno Nacional facilitó la participación de estas comunidades sin obtener respuesta, por tal circunstancia, mantuvo en el proyecto las disposiciones contenidas en el Código de Minas vigente en ese momento, sin que dicha decisión atentara contra los intereses que los pueblos indígenas han mantenido”.* De este modo, habiéndose garantizado los mecanismos de participación durante el trámite de la ley, sin obtener resultado alguno, nada obsta para que el Gobierno hubiera radicado así el proyecto de ley. En efecto, tal como lo sostiene la Misión OEA-Harvard para

el caso del bloque Samoré, *“cuando la concertación no es posible, la decisión sobre el proyecto de desarrollo recae en el Estado”*.

Para sustentar lo anterior, anexa a su intervención las diversas comunicaciones interministeriales y las recomendaciones hechas por la referida Misión OEA-Harvard.

3. Ministerio de Minas y Energía

La ciudadana Janeth Bustos Salgar, actuando como apoderada del Ministerio de Minas y Energía intervino en este proceso solicitando a la Corte declarar la exequibilidad de las normas acusadas. Sus argumentos se resumen así:

Luego de defender la constitucionalidad de cada una de las disposiciones acusadas, la interviniente señala que dichas normas no vulneran el derecho fundamental de consulta de las comunidades indígenas, pues desde el comienzo el Ministerio de Minas y Energía *“adelantó el proceso de consulta, llevando a cabo etapas de información, discusión y consulta, de manera que estas cumplieran y sobrepasaran los requisitos establecidos en la normatividad específica (Ley 21 de 1991 y Decreto 1397 de 1996) alrededor de la consulta con las comunidades indígenas”*.

Agregando que *“el actual capítulo XIV del Código de Minas que corresponde a Grupos Étnicos se concertó con las comunidades indígenas en el ‘acuerdo de Melgar’, en donde se determinó de mutuo acuerdo que el contenido de este capítulo sería el mismo del Código anterior”* y para demostrar que se realizaron suficientes consultas, *“se anexan tres carpetas que contienen las memorias del proceso de consulta con las comunidades indígenas sobre el proyecto de modificación del Código de Minas, en donde consta que este Ministerio cumplió con la obligación de **propiciar** la participación de los representantes de las comunidades indígenas y los inmensos esfuerzos físicos y económicos en los que incurrió para tal fin”*.

En su opinión, considerando que el Código de Minas fue expedido por el legislador, debe advertirse que los pueblos indígenas fueron representados en el Congreso merced al sistema de circunscripción electoral, lo cual también garantiza su participación en el trámite de aprobación de la ley, toda vez que dichas comunidades integran, a través de sus representantes, el legislador nacional.

En relación con la aplicación del Convenio 169 recuerda que su artículo 34 consagra que *“la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país”*. De igual manera, de su incorporación al ordenamiento interno no puede llegarse al extremo de considerar que las facultades propias del legislador tengan que someterse a trámites y condiciones adicionales, no contempladas en la Constitución.

Además, advierte que el Ministerio que representa en todo momento actuó de buena fe frente a las comunidades indígenas durante el desarrollo de las actividades previas a la elaboración del código. Por el contrario, *“extraña a esta entidad la demanda que nos ocupa, alegándose falta de consulta previa, cuando es de conocimiento público que la autoridad minera propició en diversos momentos y formas dicha consulta”*.

Por último señala que *“fue decisión libre y espontánea de las comunidades la de no utilizar ni aprovechar los mecanismos dispuestos para ello en relación con el Código de Minas”*, por lo cual no pueden posteriormente, a pesar de su negligencia, alegar desconocimiento, falta de oportunidades de concertación o de consulta.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El señor Procurador General de la Nación encargado, en concepto No. 2922 recibido el 24 de junio de 2002, solicita a la Corte declarar:

- a) La **exequibilidad** de los artículos 2, 3 (parcial), 5, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128 y 271, literal d (parcial) de la Ley 685 de 2001; y
- b) La **exequibilidad condicionada** de los artículos 6, 11 (parcial), 35, literales f) y h), 37, 39, 48, 58, 59, 261, 275 y 332, literales a) e i) de la misma ley, en el entendido de que *“cualquier intervención en los territorios indígenas para desarrollar la actividad minera, debe contar con la participación de la comunidad indígena en los términos de la Constitución y la ley”*.

En primer lugar considera el Procurador que la Ley 685 de 2001 debe interpretarse integralmente, toda vez que constituye un código y, como tal, un conjunto armónico, ordenado y coherente de disposiciones relativas a una materia. Por esa razón, *“cuando la demandante impugna normas que regulan la actividad minera en términos generales, desconoce la concepción de Código que se acaba de enunciar, es decir, que no deslinda el objetivo perseguido por el mismo, la regulación de la minería en todo el territorio nacional, pues la Ley 685 de 2001 no se ocupa exclusivamente de la actividad minera en los territorios indígenas (...)”*

En ese orden de ideas, no son admisibles los cargos elevados contra los artículos 2, 3, 5, 39, 58 y 59 de la referida ley, *“entre otros a los que alude la demandante, pues son aspectos propios de una regulación general que debe contener un Código como el de Minas, que no tiene consideraciones de aplicación especial en detrimento de los intereses de los indígenas, como estima la actora, ya que se trata de normas de índole general a las cuales se deben someter todos aquellos que se dediquen a la actividad minera, dándole siempre un tratamiento especial a la actividad minera que se efectúe en los territorios indígenas”*.

De otra parte el Procurador resalta la finalidad constitucional del derecho a la consulta (art. 330 C.P.) a la luz de la preservación de la integridad cultural, social y económica de los pueblos indígenas, señalando además que la participación constituye un derecho fundamental para dichos pueblos. Y que por ello, con miras a garantizar tal derecho el legislador consagró un capítulo específico relativo a los grupos étnicos dentro del Código, cuyas normas allí contenidas (artículos 121 a 128) no vulneran ninguna disposición constitucional, toda vez que aquellas *“no hacen otra cosa que recalcar el imperativo constitucional que ordena tener especial consideración con los pueblos indígenas en relación con la explotación de los recursos naturales en los territorios en donde se asientan, a efectos de garantizar la integridad cultural, social y económica de los mismos”*. En ese sentido, *“cuando la ley no remite a otra situación que a la pluricitada consulta, con arraigo constitucional, no es dable a la*

demandante incoar la acción de inconstitucionalidad en contra de una normatividad que se limita a recalcar lo que la Constitución Política estableció”.

Con todo, la autoridad administrativa debe hacer efectiva la participación de las comunidades indígenas cada vez que haya una intervención en sus territorios para efectuar una actividad minera. De suerte que, *“pretender excluir del mundo jurídico las normas demandadas como lo requiere la demandante, es dejar desprotegidos a los pueblos indígenas de una normativa que les da un trato especial (...)”.* Así las cosas, las normas demandadas que se refieren a la actividad minera en los territorios indígenas, en sí mismas no vulneran la Carta Política. No obstante, el Procurador solicita a la Corte declarar *“la exequibilidad condicionada de aquellas normas acusadas que no hacen mención expresa del requisito constitucional de la participación de las comunidades indígenas, en el sentido de que lo previsto en ellas debe someterse al cumplimiento de ese requisito mediante la realización de la consulta previa, (...) con el fin de evitar que el operador jurídico del Código de Minas realice interpretaciones sesgadas, contrariando el principio constitucional de especial protección y participación de las comunidades indígenas, esto es, que las normas del capítulo XIV de la Ley 685”* se apliquen armónicamente y en consonancia con las disposiciones constitucionales que propenden por la realización de la consulta previa.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda, de conformidad con lo previsto en el artículo 241, numeral 4° de la Constitución Política, por cuanto las disposiciones impugnadas hacen parte de una ley de la República.

2. Problema jurídico planteado

2. Considera la demandante que los artículos 2, 3 (parcial), 5, 6, 11 (parcial), 35 (parcial), 37, 39, 48, 58, 59, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 261, 267 (parcial), 271 (parcial), 275 y 332 de la Ley 685 de 2001, vulneran los artículos 29, 53, 93, 94, 330 de la Constitución Política, argumentando al respecto que se transgredió el derecho que los pueblos indígenas tienen a la consulta según voces del Convenio 169 de la OIT, el cual hace parte del bloque de constitucionalidad. Quebrantamiento que a su vez engloba la violación del derecho a la participación de los indígenas en las decisiones que los afectan, el derecho a la integridad étnica, cultural y económica, así como el derecho al debido proceso.

3. La participación ciudadana como derecho-deber en el nuevo ordenamiento superior, en tanto relación de lo público y lo privado

3. La posibilidad de incidir realmente en la existencia, desenvolvimiento y decisiones del Estado colombiano aparece deferida en la nueva Constitución tanto a favor de los servidores públicos como de los particulares, en la

inteligencia de que esa opción comprende un universo de dos instancias fundamentales, a saber: el acto mismo de Estado, y sus consecuencias jurídicas, económicas, sociales, culturales y ambientales. De allí que, al lado del bloque de competencias que las normas rectoras le asignan a los servidores públicos en sus diferentes niveles, necesario es reconocer el potencial y amplio espectro de actuaciones dado a los particulares a partir de la dimensión política, pues, siendo como es, que la soberanía reside exclusivamente en el pueblo –hontanar natural del poder público y las instituciones mismas–, la participación ciudadana se impone literalmente como derecho y como deber, a cuya realización contribuyen primeramente los canales positivos y la voluntad popular de asumir con autonomía de entendimiento las oportunidades que el Estado debe ofrecer, y también, las oportunidades que las personas en general lleguen a propiciar para sí o para otros en la esfera de sus acciones cotidianas. De suerte tal que el fenómeno de la participación ciudadana se encamina sobre la base de unas oportunidades dadas a todos con arreglo a sus condiciones concretas, con la subsiguiente respuesta que en ejercicio de la libre elección^[1] le incumbe a cada cual dar, realizándose o no la efectiva participación en forma directamente proporcional a la conjugación armónica de estas dos instancias (oportunidades-voluntad popular) como en una simbiosis que da cuenta tanto de la inclinación del Estado hacia la oferta de oportunidades reales, como de la respuesta colectiva en razón de sus propios intereses.

Bajo esta comprensión la participación ciudadana se desenvuelve como un asunto de doble vía, que al amparo de la reciprocidad entre la oferta de oportunidades y su receptividad popular se yergue cual imperativo democrático que a todos convoca en procura de los fines institucionales y particulares, de lo colectivo y lo individual, de lo público y lo privado. Por ello, antes que una carga para las autoridades públicas, el derecho a la participación debe interiorizarse como una sana y edificante disciplina del Estado Social de Derecho que a todos corresponde cualificar en el seno de las relaciones dialécticas de lo público y lo privado. Sin que por otra parte sea dable restringir el **concepto de lo público** al ámbito donde se relacionan el Estado Nacional y los ciudadanos; ni el **concepto de lo privado** a la esfera donde se relacionan los particulares entre sí^[2]. Conceptos esos que, en razón de sus múltiples relaciones de pertenencia, afinidad, contradicción, negación y superación, provocan crecientes dificultades a quienes pretenden acuñar tajantes fronteras en el seno de su continua interacción; esto es, en la simbiótica trabazón de lo público y lo privado. Como que, siendo el hombre

[1] “El pensamiento práctico o prudencia se relaciona con la esfera de la acción, donde se halla la elección y el rechazo, y donde tenemos la posibilidad de obrar o no obrar”. Aristóteles, *Gran Ética*, Ed. Proyectos Editoriales S.A. p. 106,

[2] Observación de la Sala con referencia a Bobbio Norberto y Bobero Michelangelo (1984); Varela Barrios Edgar (1998); y Cervantes Jáuregui Luis (1993). Citados por Múnera Ruiz Leopoldo en su artículo sobre “La tragedia de lo público”, revista TRANS de la Universidad Nacional, pp. 227 y 228.

un ser social, nada más cercano a su naturaleza política y simbólica que el reconocimiento a su proyección individual en la cambiante geografía de la vida pública estatal y extraestatal.

4. La Polis de la Grecia clásica tuvo al ágora como el escenario privilegiado para el uso público de la razón por parte de los ciudadanos, experiencia ética que después de un interregno oscurantista fue superada con la recuperación de la palabra merced a la influencia liminar de los reformadores, con la subsiguiente presencia de lo público en la modernidad^[3]. En 1784 también Kant reclamaba el uso público de la razón en su célebre texto sobre la naturaleza de la Ilustración, al decir: *“La ilustración es la salida del hombre de su condición de menor de edad de la cual él mismo es el culpable. La minoría de edad es la incapacidad de servirse de su propio entendimiento sin la dirección de otro. Uno mismo es culpable de esta minoría de edad, cuando la causa de ello no radica en una falta de entendimiento, sino de la decisión y el valor para servirse de él con independencia, sin la conducción de otro. ¡Sapere aude! Ten valor de servirte de tu propio entendimiento! Es pues la divisa de la ilustración. (...) Pero para esa ilustración sólo se exige libertad y, por cierto, la más inofensiva de las que puedan llamarse libertad, a saber: la libertad de hacer uso público de la propia razón en todo respecto. (...) Entiendo por uso público de la propia razón, el que alguien hace de ella en cuanto sabio ante la totalidad del público lector”*^[4].

Con el filósofo Kant el uso público de la razón entraña una especial exigencia, cual es la de que quien lo protagonice debe tener un riguroso conocimiento de la materia sobre la cual ha de versar frente a los demás, ya que no se trata de un espectáculo verbal para la galería sino de un ejercicio propiciador de autonomía personal con sentido social y epistemológico. A través de los tiempos la humanidad ha entendido y prohijado la necesidad de satisfacer este ejercicio democratizador de la autonomía, la palabra y el conocimiento, en una secuencia de episodios que a partir de Grecia le dispensaron al espíritu público la oportunidad de cualificarse y afianzarse progresivamente tanto en espacios abiertos como en recintos cerrados, siendo ejemplos clásicos de estos últimos la Royal Society del siglo XVII, las *“sociedades de ideas”* y el café en Londres del siglo XVIII. Así, al amparo de los antiguos y nuevos espacios discursivos las personas fueron adquiriendo cada vez mayores destrezas frente a la participación que a todos incumbe en la existencia y desenvolvimiento del Estado, aprendiendo a la vez que los procesos de la democracia tienen como génesis natural la esfera de lo privado, en tanto el hombre y la mujer deben ser consecuentes con su discurso público a partir de su núcleo familiar, pues sólo se identifica con la auténtica democracia política aquel o aquella que *“piensa con cabeza propia, se pone en el lugar*

^[3] Rubén Jaramillo Vélez, Sobre el origen de la “esfera de lo público”, revista TRANS, págs. 68 y 69.

^[4] Immanuel Kant, Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?, Fundación Editorial Argumentos, 1986 págs. 29 y 33.

del otro y sabe ser consecuente^[5]. Lo contrario no pasa de ser un mero predicado de democracia nominal para apacentar las mayorías, aunque fuente de gran usufructo egoísta para quien espera el discurso inconsecuente.

Por todo ello, el acceso de la ciudadanía al conocimiento real de los temas pertinentes se hace imperioso en las múltiples sendas de lo público y lo privado, pero no como resultado de una concesión normativa que yendo del centro a la periferia de manera unidimensional, es luego recibida en la comodidad de una conciencia aparente, y por sobre todo contemplativa, dependiente y desprovista de compromiso social. Dado que, es tan necesaria la claridad pedagógica en la difusión democrática de los temas pertinentes por parte del Estado o de los particulares, como la progresiva cualificación del entendimiento ciudadano a instancias de los esfuerzos institucionales y personales. Lo cual va de la mano con aquello de que *“nadie aprende por otro”*. En este sentido el conocimiento de los deberes, tareas, fines y responsabilidades del Estado y sus servidores para con los habitantes del país apareja una ligazón recíproca entre los servidores públicos y los particulares, en orden a instaurar y cultivar una permanente acción comunicativa sobre los temas que convocan la atención de la sociedad entera, al propio tiempo que los particulares toman conciencia de sus propios deberes y responsabilidades para con los demás en las instancias de lo público y lo privado. Escenarios dentro de los cuales las competencias y prerrogativas de los servidores públicos deben preservarse dinámicamente, en la perspectiva de una auténtica armonía para con el acervo de derechos que amparan las diferentes expresiones de los particulares. Por esto mismo, salvo expresa excepción constitucional, el rasero de lo estatal no puede soslayar la vigencia de los derechos del individuo –solo o asociado–, tal como podría ocurrir con el derecho de acceder a la información oficial, de suyo inscrito en los dominios del derecho de petición.

5. Pues bien, en procura de la materialización del derecho a participar en las decisiones que afectan o puedan llegar a afectar los legítimos intereses y derechos de los habitantes del país, le corresponde a las entidades estatales suministrarle a las personas oportunamente toda la información que no goce de reserva constitucional o legal; advirtiéndole sí, que esta información oficial debe ser completa, consistente, coherente, verificable, comparable, contextualizada, diáfana y siempre oportuna. Desde luego que el derecho a la información así servido se convierte en poderoso instrumento de reflexión-acción tanto individual como colectiva, en el entendido de que las autoridades estatales, a más de esa información, deben asumir la promoción, creación y fomento de las condiciones idóneas a la discusión pública de los temas pertinentes; recordando a la vez que la participación ciudadana en esos ámbitos de discusión constructiva supone el recíproco respeto de los criterios expuestos por los interlocutores institucionales y privados, pero no

[5] Planteamiento de Kant.

pasivamente, sino reedificando mutuamente sobre la comprensión de lo ya examinado y depurado de manera concertada, a tiempo que la diferencia y pluralidad de opiniones actualizan su poder constructivo en el suceso democrático.

6. Con todo, conviene observar que el ejercicio de la participación ciudadana goza de un margen de discrecionalidad que toca incluso con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo cual, cuando quiera que por decisión propia, y aun por imprudencia, desidia o conducta dilatoria de los interlocutores particulares se frustre la posibilidad de algún grado de concertación pluralista, y siempre que las autoridades estatales hayan cumplido por su parte en la forma y tiempo debidos, no quedará otro remedio más viable que el de reconocer el fracaso de las oportunidades dadas por el Estado a las personas en un caso concreto, siendo al efecto necesario admitir las consecuencias que se puedan derivar del vencimiento de los términos no aprovechados por los particulares pues, dado que las tareas y fines del Estado no pueden someterse a un *ad calendas graecas* natural o provocado, las autoridades competentes deberán privilegiar el interés general adoptando las medidas conducentes a un genuino desarrollo de sus potestades políticas, legislativas, reglamentarias, ejecutivas y de control.
7. Ahora bien, conviene recordar la jurisprudencia de esta Corte en torno a la democracia participativa:

“A partir de la expedición de la nueva Carta Política de 1991, se operó un giro radical dentro del sistema constitucional del Estado colombiano, con el fortalecimiento de la democracia participativa y el señalamiento de nuevos mecanismos de participación. La imperiosa necesidad de la intervención ciudadana en la toma directa de las decisiones que a todos atañen y afectan, así como en el control permanente sobre su ejecución y cumplimiento determinó una extensión e incremento de los espacios de participación de la comunidad, así como de procedimientos que garanticen efectivamente su realización. Lo anterior impuso un rediseño de la participación del ciudadano, tradicionalmente restringida al proceso electoral, para incluir esferas relacionadas con la vida personal, familiar, económica y social de los individuos en cuanto identificados como verdaderos sujetos sociales.

“El retorno de la soberanía al pueblo colombiano como depositario del poder supremo, defirió en su voluntad la existencia, organización y el destino de las instituciones políticas del Estado. De tal manera que, la intervención ciudadana se entiende aplicada hacia la conformación, ejercicio y control del poder político, como un derecho político de estirpe constitucional (C.P., art. 40) esencial para el desarrollo de la organización política y social y a la vez inherente al desarrollo humano.

“En ese orden de ideas, la participación ciudadana en la vida política, cívica y comunitaria debe observarse como un deber tanto de la persona como del ciudadano (C.P., art. 95); de esta manera, el principio de

participación democrática más allá de comportamiento social y políticamente deseado para la toma de las decisiones colectivas, ha llegado a identificarse constitucionalmente, como principio fundante y fin esencial de Estado social de derecho colombiano (C.P., Preámbulo y arts. 1 y 2).

“Ahora bien, la injerencia del pueblo en el proceso de toma de decisiones acordes con sus necesidades vitales se hace aún más efectiva, a través de las instituciones y mecanismos propios de las democracias de participación o semidirectas incorporados en la nueva Constitución. Como consecuencia del reconocimiento de los derechos políticos reconocidos a los ciudadanos, estos cuentan con la posibilidad de tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática, así como a tener iniciativa legislativa en las corporaciones públicas. El desarrollo legal alcanzado por dichos mecanismos de participación ciudadana^[6], objeto ya de pronunciamiento constitucional^[7], garantizan precisamente esa efectividad.

“De esta manera se afianza el camino para que los ciudadanos ejerciten el derecho y atiendan el deber ciudadano de participar en el plano político, lo que para esta Corporación^[8] presenta los siguientes objetivos:

“a) realizar el ideal del estado democrático de derecho, de permitir el acceso de todo ciudadano a los procesos de toma de decisiones políticas; b) permitir el ejercicio de un control político, moral y jurídico de los electores por parte de los elegidos, sin intermediarios, con lo que se sanciona eficazmente la corrupción administrativa y el uso del poder en interés particular; c) hacer posible la construcción de un sistema político abierto y libre, donde el ciudadano tenga canales efectivos de expresión, que no excedan los límites de lo razonable y, d) propender por la solución de conflictos entre los órganos del poder público, acudiendo a la instancia política del electorado”.

“En consecuencia, se puede decir que las ciudadanas y los ciudadanos colombianos cuentan con el bien preciado de una democracia participativa que irradia múltiples ámbitos de la vida nacional, en lo que atañe, entre otros asuntos, al poder público y social, a la organización electoral, al ejercicio de la función administrativa, a la prestación de los servicios públicos, a la administración de justicia, a la definición de las materias económicas, presupuestales y de planeación, así como al ejercicio del control fiscal^[9].

“Dentro de ese marco normativo, amerita especial mención la incidencia que la participación ciudadana presenta en el ámbito del ejercicio del poder

[6] Ley 134 de 1994 “por la cual se dictan normas sobre instituciones y mecanismos de participación ciudadana”.

[7] Sentencia C-180 de 1994.

[8] Ídem.

[9] Cfr. Sentencia C-089 de 1994.

público legislativo. Esta se refleja mediante la posibilidad de los ciudadanos de presentar proyectos de ley ante el Congreso de la República (C.P., arts. 154 y 155), a través de lo que comúnmente se denomina la iniciativa popular; de ahí que, la Corte^[10] haya señalado que así se “permite la intervención creadora de los ciudadanos en la vida de la sociedad mediante la predeterminación de las normas jurídicas, la definición de los intereses jurídicos que deben ser tutelados, la adopción de las reglas de conducta que se consideran necesarias para un mejor vivir social”, dando origen al acto más importante del proceso de formación de la ley, del cual se deriva el respectivo trámite legislativo y, por consiguiente, a una eficaz forma de participación en la actuación del poder político.

“Hay que destacar que igual iniciativa de proposición legislativa se le reconoce en la Constitución a otros actores políticos, entre los cuales figura el gobierno nacional, como ocurre con respecto de los casos señalados en el artículo 154 superior y con respaldo en la atribución allí consignada”^[11].

4. Especial protección constitucional del derecho de participación de las minorías

8. De conformidad con lo señalado en párrafos anteriores, toda persona tiene derecho a vincularse a los procesos de toma de decisiones que le conciernen o que afecten directa o indirectamente su esfera vital, así como a tomar parte en los diversos aspectos de la vida socioeconómica y en las decisiones adoptadas por los distintos órganos del Estado, valiéndose al efecto de los correspondientes mecanismos de participación. Lo cual obra nítidamente dentro de la nueva noción de las cosas, donde el Constituyente sustituyó la participación meramente retórica del ciudadano por un principio de participación efectiva, dotada de mayor fuerza vinculante en relación con las decisiones estatales y comunitarias.

Cabe reconocer que la efectividad de los mecanismos de participación se mide con especial frecuencia desde el nivel local, concretamente al analizar el grado de injerencia de los individuos y las llamadas “*comunidades de base*” en las decisiones regionales y centrales pues, tal como lo afirma Gerhard Sandner^[12], “(...) *la relación hombre-ambiente físico con sus implicaciones sociales y humanas, no se definen a nivel de generalizaciones macro sino a escala de relevancia inmediata, de vida. Es la escala local-microrregional y su integración a escala regional, como un principio de organización fundamental que requiere autonomía en las decisiones.*” Y posteriormente agrega el autor: “*Tal tipo de organización se encuentra*

[10] Sentencia C-385 de 1997.

[11] Sentencia C-643 de 2000.

[12] SANDNER, Gerhard. “*El problema ambiental: Discusión y soluciones más allá de los estados soberanos*”. En: Desarrollo y Medio Ambiente. Memorias del Seminario Internacional organizado por la Universidad de los Andes. Editor: E. Guhl. Ed. Uniandes, Bogotá, 1991. Págs. 25.

siempre en contradicción con la escala de Estado o de Estado nación, que requiere la generalización y cierto grado de centralización y manejo ‘desde arriba’. La solución no consiste en pedir al Estado una descentralización o una regionalización de política ‘desde arriba hacia abajo’, como si fuera un regalo. Consiste en respetar la organización local y regional del ambiente físico y humano como tal y redefinir ‘territorio’ como fundamento de soberanía, consistente en regiones y basado en la diversidad, el pluralismo y la autodeterminación”.

9. Ahora bien, según se ha visto en líneas precedentes, al tenor del artículo 1º de la Constitución Política la participación ciudadana es un principio ligado al carácter pluralista del Estado, en la medida en que uno de sus fines es el de garantizar la efectividad de los mecanismos de participación de todos los asociados, especialmente de las minorías que, por lo general, carecen de instrumentos y espacios idóneos para promover sus propuestas y cultivar sus ideas en los distintos niveles comunitarios y políticos. En ese sentido renuevan su vigencia las palabras de la Corte cuando afirma que *“el respeto por las minorías debe traducirse en formas reales de participación como minorías, en el respeto por la diferencia como garantía de libre expresión”*^[13]. Así entonces, por tratarse de sujetos de especial protección (C.P. Art. 13) al Estado le corresponde impulsar mecanismos que empoderen a las minorías en orden a lograr su participación real en los asuntos que las afectan.

Lo anterior acarrea hondas implicaciones en los canales que relacionan a los particulares y a las comunidades con el Estado y con los demás asociados en el marco de un Estado pluralista, siendo patente que la Carta no sólo se inclina por el respeto de la opinión ajena sino, más aún, por la comprensión del *otro* y su inclusión efectiva en cualquier escenario de discusión y decisión social, comunitaria o política, sin que esto implique el deseo de alcanzar un ilusorio unanimismo sino simplemente construir consensos^[14].

Puede afirmarse, en consecuencia, que el carácter pluralista y participativo del Estado exige determinar y proteger, en igualdad de condiciones, las diversas escalas sociopolíticas y culturales que lo conforman, por cuanto en cada una confluyen múltiples sistemas de valores y de formas de percibir

^[13] Sentencia C-866 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

^[14] Guillermo Hoyos Vásquez defiende esta concepción pluralista de la sociedad a partir de la teoría de la acción comunicativa expuesta por Habermas. Al respecto, el filósofo colombiano afirma: *“...la acción comunicativa me permite, en un primer momento, la comprensión de otras perspectivas de mundo, de otras culturas y formas de vida, reconocer la contingencia y la facticidad de mis puntos de vista, abrirme a la multiplicidad de lo diverso y aceptar la heterogeneidad de posiciones, visiones del mundo y concepciones del bien. La posibilidad de comprender a otros implica mi autorreconocimiento. Pero comprender a otros no significa tener que estar de acuerdo con ellos.”* “*Ética Discursiva y Democracia*”, en: *Ética y Conflicto*. Cristina Motta, compiladora. TM Editores y Ediciones Uniandes. Bogotá, 1995. Pg. 56.

y relacionarse con el mundo físico, económico y social. La interacción de esas escalas debe ser armónica y no impositiva o excluyente, ya que en la Constitución se halla tácitamente proscrita la superioridad de una u otra perspectiva, cosmogonía, ideología, forma de vida o sistema de conocimiento determinado.

10. En contraste con lo anterior se hace evidente una particular contradicción en asuntos relativos a los pueblos indígenas y otras minorías étnicas, lo cual convoca no pocas voces que critican la supremacía de la denominada “*sociedad de conocimientos*”^[15] que pretende justificar la primacía de sus idearios y fundamentos en una supuesta homogénea noción de desarrollo, basada en los principios de eficacia, eficiencia y crecimiento económico, de la cual dimana un marcado sentido paternalista hacia las minorías.

En efecto, tal como lo advierte el Instituto Humboldt al analizar los principales escollos de la regulación jurídica en asuntos indígenas, “*entre las sociedades industrializadas y las sociedades tradicionales existen profundas diferencias en el modo de entender la relación sociedad-naturaleza, así como en el modo de conocer y usar los bienes naturales y biológicos*”. Por tal razón, dicho instituto reclama que se acepten y respeten “*las diferentes visiones del mundo, la sociedad y la naturaleza de los grupos étnicos y las comunidades locales*”^[16].

^[15] Alex Sim sostiene que el conocimiento ofrece una puerta de acceso a una forma de poder cuidadosamente custodiada por diversas clases de élites, entre las que se destaca la de los “profesionales”, las cuales asumen la responsabilidad de conducir los asuntos sociales, y aboga por que el péndulo se balancee en sentido contrario, es decir, desde esa tradición elitista basada en la concentración del saber, el poder y la riqueza, hacia una sociedad más abierta. SIM, Alex. “*The Decline of Populist Traditions in the Farm Movement: A Personal Memoir.*” En: Dignity and Growth. BAKER, Harold, DRAPER, James, editores. Detseling Enterprises Ltd. Calgary, 1991., Pg. 76.

Con la misma orientación, al referirse acerca de los efectos del “*saber informatizado*” dentro de las estructuras sociopolíticas latinoamericanas, Oscar Mejía y Arlene Tickner señalan: “*El poder que se deriva de este saber lo encarna una tecnocracia ejecutiva que todo lo sabe y todo lo decide, de acuerdo con imperativos técnico-científicos, supuestamente neutrales y, por lo mismo, incuestionables, que no pueden considerarse democráticamente por la población, y se imponen de esta manera como decisiones técnicas, sin “contaminaciones” políticas ni ideológicas. Ello, mediante consensos artificialmente inducidos, gracias a toda la batería de medios de comunicación acrílicos e institucionalizados que respaldan la acción del sistema.*” MEJIA, Oscar y TICKNER, Arlene. “*Hacia una teoría del Estado democrático en América Latina*”. En: Colombia Internacional. No. 16 oct/dic. 1991, Bogotá.

Por su parte, Gudynas critica la superioridad del conocimiento occidental sobre aquel detentado por los campesinos, indígenas y comunidades urbanas marginalizadas (que él llama “*grassroots’ knowledge*”), y resalta que este último es igualmente rico y complejo en cuanto a relaciones humanas y ambientales se refiere. GUDYNAS, Eduardo. “*The Fallacy of Ecomessianism: Observations From Latin America*”. En: Global Ecology. Wolfgang Sachs. Londres, Zed Books, 1995. Pg. 172.

^[16] Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt. “*Protección del Conocimiento Tradicional, Elementos Conceptuales para una Propuesta de Reglamentación -El Caso de Colombia-*.” Elaborado por: Enrique Sánchez, María del Pilar Pardo, Margarita Flores y Paola Ferreira. Bogotá, 2000. Pg. 177.

Así pues, teniendo en cuenta el alcance extenso de los principios de participación y pluralismo prolijados en la Carta Política, es de inferir que esta propende porque en los terrenos regionales y nacionales de concertación social, política y económica se maximice la proyección de los mecanismos participativos del individuo y de las comunidades de base, buscando crear espacios adecuados en los que se puedan discutir y plantear las cuestiones que los afectan de manera activa y comprometida.

En materias económica y de desarrollo la inclusión de mecanismos participativos a favor de las personas y las comunidades adquiere vital importancia. Donde al decir de J.J. Almonacid:

“(...) el Estado y la sociedad interactúan para construir una visión de futuro que permita orientar las acciones estatales y sociales del presente. Esto explica que la misma Carta establezca el carácter participativo del proceso de planeación, ya que las personas y las comunidades no son simples objetos de los procesos de desarrollo sino que son los sujetos protagónicos de los mismos, por lo cual la participación democrática aparece profundamente ligada a una noción integral de desarrollo. En efecto, conforme a los principios y valores constitucionales, el desarrollo no es sinónimo del crecimiento económico sino que es un proceso complejo e integral que tiene otras dimensiones, pues comprende también las relaciones ambientales, sociales y culturales”.

En el mismo sentido comenta Montúfar:

“La participación popular apunta a reformar aquella filosofía de desarrollo venida desde arriba en donde las iniciativas de la gente, en vez de ser promovidas, se subordinaban a las necesidades de los Estados. Por el contrario, la participación fortalece una perspectiva de desarrollo venida desde abajo basada en el contacto cara a cara”^[17].

4.1 El derecho de los pueblos indígenas a participar en las decisiones relacionadas con la explotación de recursos naturales yacientes en sus territorios

11. Con referencia a los anteriores lineamientos se tiene que un vector fundamental en la explotación sostenible de **recursos naturales** es el concerniente al reconocimiento de los valores y derechos de los pueblos indígenas, y de su consecuente participación en la resolución de la problemática sobre tales recursos. A este respecto se observa que la protección de las comunidades indígenas adquirió mayor vigor al amparo de la Constitución de 1991, lo cual se manifiesta, entre otros aspectos, en la materialización de mecanismos de participación en torno a la explotación de recursos naturales en sus territorios, máxime si se considera que en tal actividad está comprometida la misma integridad étnica de dichas

^[17] MONTÚFAR, César. “Desarrollo Social con Sociedad Civil. El Espejismo de la Participación en el Nuevo Discurso del Desarrollo”.

comunidades. Con esta orientación, el párrafo del artículo 330 de la Constitución Política dispone:

“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”.

12. Ahora bien, de conformidad con el artículo 150, numerales 1 y 2 de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la República hacer, reformar y derogar las leyes y, por medio de ellas, expedir códigos en las distintas especialidades o ámbitos del derecho. En desarrollo de lo cual el legislador está facultado para expedir la normatividad minera y las demás reglas que, de una u otra forma, se relacionen con la explotación de dichos recursos, destacándose al punto la vital importancia que dicho ordenamiento reviste para las comunidades indígenas y otros grupos étnicos, en la perspectiva de la exploración y explotación de recursos mineros yacientes en sus territorios.

La relevancia de la participación de los pueblos indígenas en relación con la explotación de recursos naturales yacientes en sus territorios está directamente vinculada con el trascendental significado que ellos le dan al territorio, según pasa a verse.

13. En efecto, la noción de territorio indígena supera los espectros simplemente jurídicos y económicos, toda vez que los pueblos están ligados a él de una manera comunitaria, espiritual y cosmogónica, precisamente por el carácter ancestral y sagrado que este ostenta, constituyéndose entonces en un elemento integrante de la forma como aquellos ven y entienden el mundo^[18].

Al respecto se torna ilustrativo el concepto rendido por el antropólogo Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum dentro del proceso entablado entre la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingini y el Estado de Nicaragua, sometido a decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dijo entonces el antropólogo:

“Un tema fundamental en la definición de los pueblos indígenas es la relación de estos con la tierra. Todos los estudios antropológicos, etnográficos, toda la documentación que las propias poblaciones indígenas han presentado en los últimos años, demuestran que la relación entre los pueblos indígenas y la tierra es un vínculo esencial que da y mantiene la identidad cultural de estos pueblos. Hay que entender la tierra no como un simple instrumento de producción agrícola, sino como una parte del espacio geográfico y social, simbólico y religioso, con el cual se vincula la historia y actual dinámica de estos pueblos.

^[18] Ver la sentencia T-188 de 1993, en la cual la Corte resaltó la importancia de los territorios indígenas para la cultura y los valores espirituales de dichos pueblos.

“La mayoría de los pueblos indígenas en América Latina son pueblos cuya esencia se deriva de su relación con la tierra, ya sea como agricultores, como cazadores, como recolectores, como pescadores, etc. El vínculo con la tierra es esencial para su autoidentificación. La salud física, la salud mental y la salud social del pueblo indígena están vinculadas con el concepto de tierra. Tradicionalmente, las comunidades y los pueblos indígenas de los distintos países en América Latina han tenido un concepto comunal de la tierra y de sus recursos”.

En el mencionado caso, en sentencia del 31 de agosto de 2001, la Corte Interamericana sostuvo lo siguiente:

“Entres los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas, por el hecho de su propia existencia, tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.

Por su parte, el Instituto Humboldt ha resaltado el estrecho vínculo que une a las comunidades indígenas y al territorio en que estas habitan, el cual atiende a una concepción comprensiva que incluye en una misma dimensión a los seres humanos y al mundo natural que los rodea:

“Las cosmovisiones de los grupos étnicos y comunidades locales tradicionales muestran una naturaleza altamente simbolizada y un alto sentido de pertenencia a un territorio y a una comunidad humana. En ellas se observa, entre muchos otros aspectos que:

“- La socialización de la naturaleza y la naturalización de la vida social son dos fenómenos recurrentes en el pensamiento indígena. Muchas veces la naturaleza se explica mediante categorías sociales y en ocasiones lo social se explica mediante categorías tomadas de la naturaleza. (...)

“- No se puede separar el pensamiento y la tradición y el dominio que tiene la comunidad sobre un recurso biológico, del recurso mismo. Por ejemplo, no es fácil separar la yuca, como un recurso vital para los Sikuani, de su saber y su propia historia, ni se podrían escindir los conocimientos que los campesinos de los Andes tienen sobre el cultivo de variedades de papa, maíz y hortalizas, de su vida cultural y de sus tradiciones.

“Entre los pueblos indígenas estas concepciones se expresan principalmente en conjuntos mitológicos, sistemas religiosos y chamánicos y un conjunto de regulaciones internas relativas, entre otras, al manejo del medio ambiente,

los sistemas de producción e intercambio y los sistemas que cada pueblo utiliza para procurarse la salud y prevenir las enfermedades”^[19].

14. En este orden de ideas, es claro que el derecho de los pueblos indígenas a tener su propia vida social, económica y cultural, así como a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma (Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), debe entenderse atado al derecho que tienen a poseer su propio territorio, sobre el cual puedan dichos pueblos edificar sus fundamentos étnicos. Es de notar que el territorio indígena y sus recursos, así como la tradición y el conocimiento, “*constituyen un legado que une -como un todo- la generación presente y a las generaciones del futuro*”^[20].

Se advierte entonces que la participación indígena encuentra un sustento que desborda la esfera netamente política del concepto, en la medida en que hace parte de una cosmogonía según la cual dicho valor está relacionado con el respeto a los seres vivos, el no tomar nunca más de lo que se necesita y el devolver siempre a la tierra cuando se toma algo de ella^[21].

En síntesis, de la concepción holística de territorio que ostentan los pueblos indígenas se puede concluir que la explotación de recursos naturales yacientes en territorios ancestrales hace parte de su esfera vital y de su forma de relacionarse directamente con la naturaleza, así como de su legado cultural y socioeconómico. De esta manera, el principio participativo consagrado en el artículo 2° de la Constitución Política adquiere matices más intensos en relación con las comunidades indígenas.

Finalmente, cabe afirmar que tratándose de asuntos mineros la anterior afirmación acusa mayores connotaciones, puesto que el proceso de la minería se concibe desde ese punto de vista como un ciclo de vida integral tendiente a satisfacer las necesidades de las presentes y futuras generaciones, y por sobre todo, respetuoso del desarrollo sostenible y la integridad étnica de los pueblos.

4.2 El mecanismo de consulta a los pueblos indígenas. - Reiteración de jurisprudencia

15. Además de los mecanismos de participación ciudadana de que son titulares todas las personas (C.P. Art. 2), la participación de los pueblos indígenas se concreta a través del derecho de consulta, tal como lo estipula el parágrafo del artículo 330 superior. Este derecho, ha sostenido la Corte, adquiere el carácter de fundamental en la medida en que constituye un importante medio

^[19] Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt. “*Protección del Conocimiento Tradicional, Elementos Conceptuales para una Propuesta de Reglamentación -El Caso de Colombia-*.” Op.cit. Pg. 36.

^[20] *Ibidem*. Pg. 55.

^[21] QUAILLE, Geoff, SMITH, Peggy “*Una Perspectiva Aborigen sobre el Progreso de Canadá en el Cumplimiento de sus Compromisos Nacionales para Mejorar la Participación Aborigen en la Ordenación Forestal Sostenible*” En: <http://www.fao.org/montes/foda>.

para garantizar el ejercicio de otro derecho de la misma stirpe, como es la preservación de la integridad étnica a que se refiere el citado canon constitucional^[22].

En el ámbito internacional diversos instrumentos consagran la especial protección de la participación indígena en la adopción de las decisiones que los afectan, reconociendo su invaluable aporte en materias como la preservación del medio ambiente y la armonía social^[23]. Por ejemplo, el principio 22 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Agenda 21), firmada en 1992, dispone que:

“Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible.”

A su vez, la Cláusula 26.1 de la misma declaración expresa:

“Teniendo en cuenta las interrelaciones entre el medio ambiente natural y su desarrollo sostenible y el bienestar cultural, social, económico y físico de la población indígena, los esfuerzos nacionales e internacionales para llevar a cabo un desarrollo ambientalmente favorable y sostenible deben reconocer, ajustar, promover y fortalecer el papel de los pueblos indígenas y sus comunidades”.

Con la misma orientación, el artículo 8-j de la Convención sobre la Diversidad Biológica estipula como uno de los deberes de cada Estado parte, el siguiente:

“Con dependencia de su legislación nacional, respetar, preservar y mantener los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que expresan los estilos de vida tradicionales adecuados para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promover su más extensa aplicación con la aprobación y participación de los que poseen tales conocimientos, innovaciones y prácticas y fomentar la participación equitativa de los beneficios procedentes de la utilización de tales conocimientos, innovaciones y prácticas”.

^[22] Sobre el carácter fundamental del derecho de consulta de los pueblos indígenas, pueden consultarse las sentencias SU-039/97, M.P. Antonio Barrera Carbonell y T-652/98, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

^[23] Sobre dicho reconocimiento, merece la pena recordar las palabras del antropólogo Gerardo Reichel-Dolmatoff: “No encontré al ‘buen salvaje’ ni tampoco al así llamado ‘primitivo’. No encontré a aquel indio degenerado y embrutecido, ni mucho menos aquel ser inferior por entonces descrito generalmente por gobernantes, misioneros, historiadores, políticos y literatos. Lo que sí encontré fue un mundo de una filosofía tan coherente, de una moral tan elevada, una organización social y política de gran complejidad, con un manejo acertado del medio ambiente con base en conocimientos bien fundados”.

16. Sin embargo, es en el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales de Países Independientes, aprobado por la Ley 21 de 1991, en donde el mecanismo de consulta indígena encuentra su más claro arraigo, siendo aquel un instrumento internacional que consagra la declaración de derechos mínimos a favor de dichos pueblos, entre los cuales está incluida la igualdad de derechos y oportunidades bajo las leyes nacionales, la participación en los beneficios sociales y económicos, la protección de los valores sociales, culturales, religiosos y espirituales, la participación en la toma de decisiones y la debida consideración de la legislación consuetudinaria.

En la sentencia C-418 de 2002, la Corte analizó detalladamente la jurisprudencia constitucional en relación con la figura jurídica comentada, manifestando a la luz del referido Convenio lo siguiente:

“La Corte, igualmente, ha estudiado en forma detenida lo relativo a las características, alcance y efectos de la proyección del derecho de participación como garantía de efectividad y realización del derecho fundamental a la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas cuando de la explotación de los recursos naturales se trata y ha establecido como rasgos especiales del mismo los siguientes:

–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.^[24]

–No se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental, sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades.^[25] (Subrayas fuera de texto).

–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 humanos^[26]. Ahora bien, corresponde a cada Estado señalar, ya sea

^[24] Entre otras sentencias las T- 188 de 1993 – M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz-, T 342 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell , SU 039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell, C-825 de 2001 M.P. Martha V. SÁCHICA MÉNDEZ, C-825 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

^[25] SU 039-97. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

^[26] 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:

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 estas que como ya se expresó configuran proyección de los intereses de la propia sociedad y del Estado. La Corte ha tenido ocasión de precisar los alcances de los artículos 6 y 7 del Convenio 169 OIT en los siguientes términos:

‘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 7º. 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 este 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 aquellas y las autoridades públicas, tendientes a buscar:

“De conformidad con el artículo 6º, numeral 1, literal a) del Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por Colombia a través de la Ley 21 de 1991, los Estados Partes tienen la obligación de consultar a los grupos étnicos que habiten en sus territorios, *“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”*. Asimismo, el artículo 7º del Convenio reconoce a tales colectividades *“el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte 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”*.”

De esta manera, existe, en principio, un compromiso internacional de gran amplitud, que obliga al Estado colombiano a efectuar el aludido proceso de consulta previa cada vez que se prevea una medida, legislativa o administrativa, que tenga la virtud de afectar en forma directa a las etnias que habitan en su territorio. Al mismo tiempo, el artículo 34 del mismo tratado estipula: *“La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país”*. Es decir, el instrumento otorga a los Estados Partes un importante margen de

“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 dé 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”.”

discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan; ello, por supuesto, en la medida en que las Partes hagan uso de dicha flexibilidad sin dejar de cumplir con el objeto esencial de sus obligaciones que, en este caso, consiste en asegurar la efectiva participación de los grupos étnicos en las decisiones que les conciernan: de lo contrario, se estaría dando al artículo 34 citado un alcance que riñe con las normas más elementales sobre interpretación de tratados, como la que consta en el artículo 31-1 de la Convención de Viena de 1969^[27], según la cual “*un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin*” (subraya fuera del texto).

Dada la configuración constitucional del Estado colombiano, los órganos indicados para determinar cuándo y cómo se habrá de cumplir con la citada obligación internacional son, en principio, el Constituyente y el Legislador, ya que son estos, por excelencia, los canales de expresión de la voluntad soberana del pueblo (art. 3, C.N.). En consecuencia, la Corte Constitucional, al momento de determinar cuándo resulta obligatorio efectuar la consulta previa a los grupos étnicos, debe estar sujeta a los lineamientos constitucionales y legales existentes, estos últimos en la medida en que no desvirtúen el objeto y finalidad del pluricitado Convenio, ni contraríen la plena vigencia de los derechos fundamentales de tales etnias^[28].

“En ese orden de ideas, la Corte, en la sentencia en cita, destacó que la Constitución sólo reconoce explícitamente la obligatoriedad de la consulta previa en el supuesto de hecho previsto por el parágrafo del artículo 330, a saber:

“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”.

- En armonía con la finalidad constitucional asignada al mecanismo de la consulta mediante el cual –constitucional y legalmente– se materializa la especial proyección del derecho de participación; en referencia la jurisprudencia constitucional ha puntualizado que:

“comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquellas 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)

^[27] Aprobada mediante Ley 67 de 1993.

^[28] Sentencia C-169 de 2001, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

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 dé 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.*

“La Corte también ha avanzado sobre el alcance de la Consulta y ha destacado 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 esta se manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconvinción con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica^[29].

17. Sumado a lo anterior, con un carácter puramente ilustrativo vale la pena traer a colación la “Guía para la Aplicación del Convenio 169” elaborada por la OIT y el Centro Internacional para los Derechos Humanos y el Desarrollo Democrático Montreal, que define la consulta como “*el proceso mediante el cual los gobiernos consultan a sus ciudadanos sobre propuestas de política o de otra índole. Sólo podrá considerarse tal, el proceso que dé a los que son consultados la oportunidad de manifestar sus puntos de vista e influenciar la toma de decisión*”.

A la pregunta de si el artículo 7º del citado Convenio implica que los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho a vetar las políticas de desarrollo, el documento ofrece la siguiente respuesta:

^[29] Sentencia SU-039 de 1997.

“No, ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecte a todo el país. Durante las discusiones encaminadas a la adopción del Convenio, algunos representantes indígenas afirmaban que esto permitiría a los gobiernos hacer lo que quisieran. La Conferencia no entendió de esta manera el contenido de este artículo del Convenio.

“El artículo 7º exige a los gobiernos realizar verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones. Lo anterior significa que los gobiernos tienen la obligación de crear las condiciones que permitan a estos pueblos contribuir activa y eficazmente en el proceso de desarrollo. En algunos casos, esto puede traducirse en acciones dirigidas a ayudar a los referidos pueblos a adquirir el conocimiento y las capacidades necesarias para comprender y decidir sobre las opciones de desarrollo existentes”.

Finalmente, respecto de la pregunta: ¿qué significa que las consultas deben realizarse de “buena fe” y por medio de “procedimientos apropiados”? La OIT puntualiza:

“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 de que cumplan con estos requisitos. En fin, el Convenio establece claramente cuándo las consultas son obligatorias”.

5. Verificación del proceso de consulta a los pueblos indígenas durante la elaboración del proyecto de ley que se convirtió en el Código de Minas

5.1 Justificación

18. Antes de acometer el análisis del proceso de consulta surtido durante la preparación del proyecto de ley que finalmente se convirtió en la Ley 685 de 2001, conviene hacer las siguientes precisiones:

En primer lugar, es pertinente aclarar que la demanda presentada no censura las disposiciones contenidas en la referida ley por vicios de procedimiento en su formación dentro del Congreso, hipótesis en la cual se impone al actor el deber de señalar en la demanda el trámite contemplado por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado (Decreto 2067/91 Art. 2-4).

Como puede verse, aquí la situación es diferente, pues si bien los cargos están ligados al proceso general de formación de la ley parcialmente acusada,

los mismos se circunscriben a la antesala de la iniciación formal de los debates que se surtieron en el Congreso, descartándose de plano cualquier alusión a vicios de forma en estricto sentido. Por el contrario, la demanda se sustenta ampliamente en la supuesta violación del derecho fundamental de consulta, ya que a juicio de la demandante se hizo nugatoria la participación de los pueblos indígenas en la discusión y preparación del proyecto de ley que dio origen al Código de Minas.

Por consiguiente, fuerza concluir que en definitiva la demandante impugna las señaladas disposiciones del referido ordenamiento por su contenido material como tal, mas no por vicios de forma (v. gr. número de debates requeridos en una y otra cámara legislativa, publicación del proyecto, etc.). De suerte que para dilucidar la eventual vulneración del derecho de consulta, la Sala verificará si en la correspondiente etapa de formación del proyecto de ley se ofrecieron a los pueblos indígenas suficientes canales participativos, en los términos expuestos en páginas anteriores.

En suma, la Corte efectuará dos exámenes en relación con las disposiciones impugnadas: uno, consistente en la verificación del proceso de consulta a las comunidades indígenas frente a la discusión del proyecto de ley; y otro, consistente en el juicio abstracto de confrontación de las normas acusadas y la Constitución Política.

5.2 Proceso de consulta

19. Luego de analizar las distintas pruebas que obran en el expediente, aportadas tanto por la demandante como por las entidades oficiales, la Sala encuentra que el proceso de consulta a los pueblos indígenas fracasó en el presente caso, toda vez que no se llegó a ningún acuerdo entre las entidades gubernamentales y las comunidades indígenas, pese a los múltiples intentos de las primeras por discutir a fondo con las segundas el articulado del proyecto de ley. En este sentido se observa que durante más de un año el Gobierno Nacional intentó someter a discusión el proyecto en el marco de talleres y mesas de concertación, sin que al respecto se llegara a arreglo alguno sobre el contenido del mismo.

Por lo tanto, la Corte estima que las entidades gubernamentales encargadas de la organización de los distintos escenarios de discusión del proyecto de ley cumplieron con su obligación constitucional de someter a consideración de las comunidades indígenas dicho proyecto, con la finalidad de que estas pudieran participar e intervenir en la redacción final de su articulado.

Para arribar a esta conclusión se tiene:

1. No es contrario a la Constitución que una entidad gubernamental elabore de manera autónoma un proyecto de ley sobre un asunto que milita en el ámbito de sus competencias, aun siendo del interés de los pueblos indígenas, pues tal actividad hace parte del ejercicio de sus funciones. Sin embargo es claro que, en ese caso, la entidad debe brindarle a las comunidades, en un momento previo a la radicación del proyecto en el

Congreso de la República, las debidas oportunidades para que ellas no sólo conozcan a fondo el proyecto sino, sobre todo, para que puedan participar activamente e intervenir en su modificación, si es preciso. No obstante lo anterior, puede presentarse el caso de que la composición inicial del proyecto sea producto del esfuerzo conjunto y concertado de entidades y comunidades, evento en el cual se evidenciaría con más veras el cumplimiento de la participación indígena.

2. De manera unilateral el Ministerio de Minas y Energía elaboró el proyecto de ley que daría origen al Código de Minas y, junto con el Ministerio del Interior, coordinó la celebración de talleres informativos previos al escenario de discusión del proyecto, esto es, la Mesa Nacional de Concertación con las comunidades indígenas.
3. El Ministerio de Minas asumió la carga de todos los recursos económicos y la logística necesaria para divulgar entre las comunidades indígenas el proyecto de ley, a efectos de brindarles suficientes elementos de juicio para discutir el fondo del asunto en un momento posterior.
4. Los ministerios de Minas y del Interior organizaron diversos talleres informativos sobre el proyecto de ley, los cuales, a juicio de la Corte, fueron adecuados a la finalidad perseguida, consistente en ofrecer un espacio de información y discusión preliminar en relación con el proyecto de ley. Ciertamente es que a través de dichos talleres se buscaba sentar las bases preparatorias a la discusión de fondo que se efectuaría en la Mesa Nacional de Concertación.
5. La Mesa Nacional de Concertación se llevó a cabo en dos oportunidades (septiembre de 1999 y febrero de 2000) sin poderse concretar acuerdo alguno respecto del fondo del asunto, dado que las reuniones se limitaron a la discusión sobre el procedimiento de la consulta a los pueblos indígenas y otros temas generales, tales como la seguridad de estos pueblos y las formas de discriminación de que eran objeto, lo cual no estaba previsto por las entidades del Gobierno, conforme al propósito de la discusión central, cual era el de concentrarse exclusivamente en la discusión del proyecto de ley relacionado con el Código de Minas.
6. En síntesis: antes de radicar el proyecto de ley en el Congreso de la República, a lo largo de un periodo de más de un año el Gobierno Nacional fomentó diversos mecanismos de participación que se desarrollaron en diversas etapas, así: (i) divulgación del proyecto de ley, enviado por correo a las distintas organizaciones indígenas; (ii) ilustración y exposición detallada del articulado del proyecto ante las comunidades y discusión preliminar entre las entidades gubernamentales y estas últimas, a través de los talleres informativos previos, diseñados como mecanismos preparatorios para la Mesa Nacional de Concertación; (iii) organización y celebración –en dos oportunidades– de la Mesa Nacional de Concertación, donde no se llegó a acuerdo alguno, pero por causas no imputables al Gobierno, pues este siempre demostró su

voluntad de realizar la consulta y la concertación en torno al proyecto de ley.

Da fe de lo anterior, entre otras pruebas, el hecho de que el Ministerio de Minas en acta firmada el 3 de septiembre de 1999 se comprometiera a no radicar el proyecto de ley en el Congreso de la República antes del 16 de septiembre, cuando se convocaría a una nueva reunión de concertación. Al punto de que el Ministerio no sólo obró conforme a su compromiso, sino que presentó el proyecto el día 13 de abril de 2000, luego de haber propiciado diversas oportunidades de participación indígena, en los cuales tampoco se pudo llegar a ningún acuerdo.

20. La circunstancia de no haberse llegado a un acuerdo con las comunidades indígenas y, a pesar de eso, haberse radicado el proyecto de ley en el Congreso, merece mayor atención por parte de esta Sala, teniendo en cuenta los lineamientos jurisprudenciales expuestos en páginas anteriores, tal como pasa a verse:

Se ha recabado en el hecho de que: (i) la participación indígena debe ser real y efectiva en relación con los asuntos que afectan a las comunidades, particularmente respecto de la explotación de recursos naturales yacientes en sus territorios; (ii) los mecanismos de participación no pueden limitarse a cumplir una simple función informativa; y (iii), dichos mecanismos, particularmente el derecho de consulta previa, deben desarrollarse de buena fe, de manera apropiada a las circunstancias y con miras a alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento de las comunidades indígenas acerca de las medidas legislativas propuestas.

Sin embargo, como ya se dijo, el derecho de consulta indígena no es absoluto, pues, si bien la Constitución ordena que se propicie la participación de las respectivas comunidades en los asuntos relacionados con la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas, de ninguna manera puede entenderse que deba necesariamente llegarse a un acuerdo como requisito *sine qua non* para radicar el proyecto del ley. A decir verdad, la irreductible exigencia de un tal acuerdo sólo haría nugatoria la iniciativa legislativa del Ejecutivo en la materia vista.

Conforme a lo anterior, por principio general el Gobierno está obligado a propiciar mecanismos efectivos y razonables de participación en los asuntos que afecten a las comunidades indígenas. Sin embargo, si no se llega a un acuerdo con estas últimas, no tiene por qué frenarse el proceso legislativo en asuntos que a la vez son de interés general, como ocurre en el caso minero. Al respecto resulta ilustrativo el criterio expuesto por la Organización de Estados Americanos y la Universidad de Harvard, al referirse al Convenio 169 y a la Guía que para su aplicación fue elaborada por la OIT:

“Según esta explicación [Guía para la Aplicación del Convenio 169 de la OIT], las disposiciones señaladas implican que los gobiernos, desde un inicio, deben llevar un proceso de consulta cuyo objetivo es la concertación

con los pueblos indígenas sobre las decisiones que los impactan directamente. Además, el proceso de consulta debe ser uno en el que los pueblos indígenas puedan participar y ejercer influencia en todas las fases de la toma de decisiones sobre proyectos relacionados con sus tierras, incluyendo las fases iniciales en las que se elaboran los proyectos. Según la Guía de la OIT, esto no quiere decir que los pueblos indígenas tienen el derecho a vetar las iniciativas de desarrollo impulsadas por el Estado, sino que el objetivo de la consulta deberá ser la concertación. Cuando la concertación no es posible, la decisión sobre el proyecto de desarrollo recae en el Estado; pero si el Estado decide ir en contra de la posición indígena, deberá justificar su decisión y establecer, entre otras cosas, que el proyecto no viole la integridad cultural indígena sino que, más bien, los beneficiará^[30].

21. Está demostrado que las entidades oficiales brindaron suficientes e idóneos canales de discusión a las comunidades indígenas en relación con los asuntos de fondo que atañen a la nueva legislación minera; sin embargo, nunca se concretó tal discusión, y no por voluntad del Gobierno, sino por circunstancias ajenas a este, como lo fue la permanente insistencia de los pueblos indígenas en discutir otros asuntos generales relacionados con distintas políticas que supuestamente se han erigido en su contra.

Sumado a lo anterior, luego de esclarecerse el fracaso de las reuniones y la imposibilidad de llegar a un acuerdo sustancial sobre el proyecto de ley, el Gobierno justificó en reiteradas oportunidades la necesidad de conservar en el nuevo Código Minero la legislación previa relacionada con grupos étnicos, dado su carácter garantista y el subsecuente beneficio que ella prodiga a los pueblos indígenas. Así se lo hizo saber a las organizaciones indígenas mediante varias comunicaciones y al Congreso de la República en la exposición de motivos del referido proyecto.

22. Respecto de los mecanismos propiciados por el Gobierno, tales como los talleres preparatorios y las mesas de concertación, la Corte los encuentra apropiados al fin perseguido, esto es, llevar a ley de la República un proyecto que armonizara con los intereses de los pueblos indígenas, a la par que fuera respetuoso del principio de participación que a ellos cobija. Amén de que en el acervo probatorio no se advierte asomo alguno de mala fe por parte de las entidades gubernamentales sino, por el contrario, un reiterado interés por alcanzar un acuerdo con los representantes de las comunidades indígenas.
23. Por otra parte, debe señalarse que el escenario previo a la radicación del proyecto no es el único espacio deliberativo en el que los pueblos indígenas pueden participar durante el proceso tendiente a la expedición de normas que los afectan, toda vez que en el Congreso de la República dicho proceso

^[30] Organización de Estados Americanos/Universidad de Harvard - Proyectos en Colombia. “Observaciones y Recomendaciones sobre el caso del Bloque Samoré” Informe elaborado por Theodore Macdonald y Yadira Soto. Washington, 1997. Pg. 13.

participativo no se interrumpe. Justamente es también este un escenario de discusión y participación que campea en el marco de un Estado democrático, como el colombiano, en el que los pueblos indígenas pueden canalizar sus propuestas a través de los congresistas elegidos.

No sobra recordar que en nuestro órgano legislativo, por mandato del inciso segundo del artículo 171 de la Constitución, los indígenas tienen dos senadores que participan en la creación de la ley antes de su expedición, haciendo oír su voz.

24. Consecuentemente, la Corte no encuentra ningún reproche constitucional que admitir frente al proceso de consulta que se surtió en relación con la expedición de la ley parcialmente demandada, por cuanto los canales de participación indígena fueron razonables y suficientes, a pesar de no haberse podido llegar a un acuerdo entre los interlocutores. Vale decir, se respetó cabalmente el principio de participación y el derecho fundamental de consulta que tienen los pueblos indígenas respecto de la explotación de recursos mineros yacientes en sus territorios.

La Corte advierte que esta consulta previa a la ley, es adicional a la participación que se les debe dar a los pueblos indígenas a partir de su entrada en vigencia, esto es, con posterioridad a la expedición de la respectiva ley; destacándose el especial cuidado que deben observar las autoridades que tienen a su cargo el desarrollo administrativo de la misma, particularmente en lo tocante a la adopción de las medidas administrativas susceptibles de afectar directamente los intereses de tales pueblos.

6. Examen de constitucionalidad de las normas demandadas

25. Luego de verificar que en el proceso general surtido para la composición y expedición del Código de Minas se respetó la participación indígena, procede la Corte a analizar la constitucionalidad de las normas impugnadas, las cuales se agruparán en ciertos casos de acuerdo con la unidad temática que comparten en relación con los cargos de la demanda.

6.1 Artículos 2, 3 (parcial) y 11 (parcial) de la Ley 685 de 2001

26. Alega la demandante que las normas acusadas permiten que el Código de Minas, a pesar de ser una normatividad de inferior jerarquía, se aplique de manera preferente e incluso con prescindencia de las normas constitucionales que propenden por el respeto de los derechos de los pueblos indígenas, particularmente la participación de estos últimos en los asuntos que los afecta, así como del Convenio 169 de la OIT, que hace parte del bloque de constitucionalidad.
27. Al respecto, la Corte considera que, tal como sucede en cualquier ordenamiento de codificación normativa en el que se regule de manera completa, ordenada y armónica una materia, el artículo 2 del Código Minero se limita a señalar su ámbito material, manifestando que este *“regula las relaciones jurídicas entre el Estado con los particulares y las de estos entre*

sí, por causa de los trabajos y obras de la industria minera en sus fases de prospección, exploración, construcción y montaje, explotación, beneficio, transformación, transporte y promoción de los minerales que se encuentren en el suelo o el subsuelo, ya sean de propiedad nacional o de propiedad privada. Se excluyen la exploración y explotación de hidrocarburos líquidos y gaseosos que se registrarán por las disposiciones especiales sobre la materia.”

28. En concordancia con la norma antes transcrita, el artículo 3° se refiere a las disposiciones constitucionales desarrolladas por el Código de Minas, consagrando que entre estas últimas se encuentran los artículos 25, 80, párrafo del artículo 330 (siendo la inclusión de este precepto lo que se demanda), 332, 334, 360 y 361 de la Carta Política. A su vez, establece ciertas reglas relacionadas con la aplicación sistemática y armónica del Código frente a otras disposiciones, teniendo en cuenta el carácter especial y preferente de dicho ordenamiento.
29. Por su parte, el inciso demandado del artículo 11 establece que *“el otorgamiento, vigencia y ejercicio del derecho a explorar y explotar los materiales de construcción de que trata este artículo, se regulan íntegramente por este Código y son de la competencia exclusiva de la autoridad minera”*.
30. Esta Corte ya se ha pronunciado sobre el asunto planteado, al decidir sobre una demanda de inconstitucionalidad contra la expresión *“y de aplicación preferente”* contenida en el artículo 3° de la Ley 685 de 2001. En esa oportunidad, el demandante alegaba que dicha norma otorgaba una preponderancia desmedida al Código de Minas sobre todas las demás disposiciones, incluyendo la Constitución, permitiendo así que se desconocieran los preceptos superiores en materia de protección ambiental. Por ello, resultan plenamente aplicables las consideraciones allí expuestas, *mutatis mutandis*, en lo referente a la protección de los pueblos indígenas y su participación frente a la explotación de recursos mineros:

*“El artículo 3 solamente establece el criterio de especialidad como una regla de aplicación dirigida a las autoridades judiciales y administrativas, para dirimir las posibles antinomias que se susciten con otras normas, además de las de carácter civil o comercial. En tal sentido el criterio *lex specialis* en la norma bajo estudio, establece que frente a conflictos jurídicos que se presenten entre el Estado y los particulares, o entre los particulares entre sí, dentro de las materias reguladas por la ley 685 de 2001 (artículo 2), se debe realizar una interpretación restrictiva de las normas generales provenientes de otros cuerpos normativos, inclusive el ambiental, a favor de las normas del Código de Minas (Ley 685 de 2001). Es un presupuesto equivocado el mencionado por el demandante y los intervinientes, de creer que las normas legales ambientales se respetan per se, aunque exista una norma posterior que derogue o inaplique las normas legales sobre medio ambiente.*

Las leyes sobre medio ambiente se encuentran en la misma condición que la Ley 685 de 2001. El criterio establecido en el artículo 3° únicamente traduce

la exigencia de justicia contenida en el predicado suum cuique tribuere, que supone dar un tratamiento distinto (especial y preferente) a una categoría distinta (especial y preferente) de sujetos, en razón de las diferencias que presentan con respecto a la categoría general. El reconocimiento expreso de este principio en nada atenta contra normas de superior jerarquía como la Constitución, pues, precisamente, el párrafo del artículo 3º demandado permite acudir a normas de integración del derecho y a los principios orientadores de la Constitución para resolver aquellas controversias que no puedan resolverse por el criterio de especialidad ante posibles deficiencias en la Ley 685 de 2001.

El principio de especialidad se aplica entre normas de igual jerarquía, en este caso entre leyes y es claro que no se aplica a normas de distinta jerarquía, esto es, entre la Constitución y la Ley ya que en este evento se aplica la norma constitucional. Desde este punto de vista, la interpretación restrictiva o la inaplicación de normas ambientales en razón al criterio temporal y de especialidad que efectúa el Código de Minas, debe enmarcarse en las normas constitucionales protectoras del medio ambiente. Es decir, que si el constituyente de 1991 decidió que fuera el legislador el encargado de dictar disposiciones que regulan las relaciones que nacen de la actividad minera, también queda a cargo de este el establecimiento de las normas que regulen la problemática ambiental en el campo de la minería, que en la Ley 685 de 2001 se encuentra en el capítulo XX (artículos 194 a 216)»^[31].

31. El hecho de que las normas demandadas no indiquen de manera expresa que las disposiciones constitucionales –incluyendo los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como es el caso del Convenio 169 de la OIT– se deben respetar en tratándose de asuntos mineros y de explotación de recursos naturales yacientes en territorios indígenas, en nada contradice la Carta Política, toda vez que la prevalencia del ordenamiento superior no requiere del reconocimiento legal expreso.

Lo contrario conduciría al absurdo de sostener que en cada norma de rango legal debe incorporarse expresamente el artículo 4º de la Carta Política, según el cual en caso de incompatibilidad entre esta última y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, también llamado principio de eficacia directa de la Constitución. Lo anterior no sólo contradice la lógica jurídica sino los más elementales principios de técnica legislativa.

32. No obstante lo dicho, para la Corte es indispensable advertir que el inciso tercero del artículo 11 de la Ley 685 de 2001 sólo podrá ostentar arraigo constitucional en el entendido de que el otorgamiento, vigencia y ejercicio del derecho a explorar y explotar los materiales de construcción de que trata este artículo, se regulan íntegramente por el Código de Minas, en armonía con las disposiciones vigentes sobre derecho ambiental y sobre protección de los grupos étnicos, lo cual comporta la intangibilidad de las competencias asignadas a otras autoridades, incluida la ambiental.

^[31] Sentencia C-339 de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería.

Así pues, los artículos citados, en la forma vista, no vulneran la Constitución ni el Convenio 169 de la OIT, ya que no contradicen el principio según el cual en asuntos mineros se deben respetar no sólo la participación y la protección de los pueblos indígenas, sino todos los demás preceptos que integran el ordenamiento constitucional, dada la superioridad de estas últimas sobre las normas de rango ordinario.

33. Sumado a lo anterior, la demandante afirma que la expresión “*del párrafo del artículo 330*” contenida en el artículo 3° de la Ley 685 de 2001 es inconstitucional pues con su inclusión el legislador pretendió suplir la falta de participación que sufrió el proceso de expedición el Código de Minas, siendo así una disposición puramente retórica.

Para rebatir este cargo, basta señalar que una norma que incorpora en su texto la aplicación de una disposición constitucional, si bien puede juzgarse como innecesaria, -lo cual no es competencia de la Corte hacerlo, pues constituye un juicio de conveniencia- en nada contradice la Carta Política sino, por el contrario, confirma su talante constitucional. En este caso, la norma demandada consagra que el Código de Minas desarrolla, entre otras disposiciones, el párrafo del artículo 330 de la Constitución, lo cual significa que uno de los objetivos del Código es garantizar el respeto de los derechos de los pueblos indígenas, particularmente su derecho fundamental de participar en los asuntos que los afecta, como es la explotación de recursos naturales yacientes en sus territorios. Además, como ya se dijo, las disposiciones constitucionales prevalecen sobre todas las demás normas de rango inferior sin que sea necesaria su consagración expresa, pues el carácter prevalente de la Carta Política no encuentra su fuente en el reconocimiento legal sino en el mismo texto constitucional (Art. 4).

34. Ahora bien, afirmar que dicha expresión normativa es inconstitucional por cuanto el legislador la incluyó como una forma de suplir una falencia en el proceso de expedición de la ley, es un juicio eminentemente político que impide ejercer el control de constitucionalidad de las leyes por parte de la Corte, siendo este un examen que se fundamenta en la contradicción entre las normas legales impugnadas y la Carta Política, con prescindencia de parámetros que no sean estrictamente jurídicos.

Así las cosas, la Corte declarará exequibles los artículos 2°, 3° (parcial) y 11 (parcial), con el condicionamiento establecido para este, solamente por las razones aquí expuestas.

6.2 Artículo 5. Propiedad de los recursos mineros

35. Aduce la demandante que el artículo 5° del nuevo Código de Minas desconoce los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales yacientes en sus territorios, al establecer que la propiedad de estos últimos es exclusivamente del Estado, “*sin lugar a considerar que se surta el proceso de consulta y lograr el consentimiento de los pueblos indígenas afectados, antes de implementar proyectos mineros que los afecten*”.

36. La norma acusada hace alusión a la propiedad de los recursos mineros, señalando que estos últimos pertenecen de manera exclusiva al Estado, sin importar su clase, ubicación o estado físico natural y, sobre todo, sin consideración a que la propiedad, posesión o tenencia de los correspondientes terrenos sean de otras entidades públicas, de particulares, de comunidades o grupos.

Sin embargo, conviene advertir que el hecho de que los minerales sean propiedad del Estado no puede considerarse en perjuicio de los derechos de que gozan los sujetos a los que se refiere la norma (otras entidades públicas, particulares, comunidades o grupos) sobre los terrenos en donde yacen dichos recursos naturales. Es de notarse que entre los referidos sujetos se encuentran, aunque tácitamente, los pueblos indígenas, por lo que fácil es concluir que la norma acusada es garante del ejercicio de los derechos indígenas sobre sus territorios, destacándose entre ellos el derecho de consulta.

Así las cosas, la Corte encuentra ajustada a la Constitución dicha norma, toda vez que desarrolla el artículo 332 superior, según el cual *“el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes”*. así como del artículo 58 ibídem, que protege los derechos adquiridos con arreglo a la ley. En efecto, además de garantizar el respeto de los derechos de propiedad, tenencia y posesión de otras entidades públicas, particulares, comunidades o grupos sobre los territorios, el segundo inciso de la disposición demandada consagra que *“quedan a salvo las situaciones jurídicas individuales, subjetivas y concretas provenientes de títulos de propiedad privada de minas perfeccionadas con arreglo a las leyes preexistentes”*.

37. En síntesis, la disposición acusada nada dice sobre los proyectos de minería a desarrollar en territorios indígenas, en cuyo caso, como se ha insistido, siempre se deberá respetar el derecho de participación de dichos pueblos. Es decir, a pesar de que los recursos minerales sean de propiedad del Estado, la norma acusada no excluye de ninguna manera la cabal aplicación del mandato contenido en el párrafo del artículo 330 de la Constitución, así como el numeral 2 del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, que es del siguiente tenor:

“En caso de que pertenezcan 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”.

Por el contrario, la disposición impugnada hace referencia a la regla general contenida en el artículo 332 de la Carta, que consagra la propiedad del subsuelo y de los recursos naturales no renovables en cabeza del Estado pero respetando los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes, cuya protección encuentra asidero en el mismo canon constitucional y en el artículo 58 *ibídem*.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, el artículo 5° de la Ley 685 de 2001 será declarado exequible, toda vez que se adecua a los artículos 58 y 332 de la Constitución.

6.3 Artículo 6. Inalienabilidad e imprescriptibilidad

38. A juicio de la demandante, de conformidad con el artículo 6° del Código de Minas, el derecho a explorar y explotar los recursos naturales no renovables únicamente es posible si se suscribe un contrato de concesión, el cual se concede por parte del Estado sin consideración a la posesión milenaria de los recursos en cabeza de los indígenas, lo cual implica que no sea necesaria la consulta, sino simplemente formalizar el referido contrato, vulnerando así el derecho de participación de dichos pueblos.
39. La Corte observa que, así como lo hace el artículo 5° antes revisado, la norma acusada desarrolla el principio general según el cual la propiedad de los recursos naturales no renovables radica exclusivamente en el Estado, agregando que dicha propiedad es inalienable e imprescriptible. Ahora bien, la Corte encuentra que el carácter exclusivo, inalienable e imprescriptible de la propiedad estatal sobre los recursos mineros corresponde a la prevalencia del interés general allí comprometido, por ser la minería una actividad de utilidad pública e interés social (Código de Minas, artículo 13), así como a un claro mandato constitucional (art. 332), por lo cual la disposición impugnada no vulnera la Carta Política sino, como ya se expuso, la desarrolla.
40. En segundo lugar, en nada contradice la Constitución el hecho de que el legislador establezca ciertos requisitos para que otros sujetos distintos al Estado puedan ejercer el derecho a explorar y explotar dichos recursos naturales. En efecto, la norma dispone que el ejercicio de tales derechos está sujeta al otorgamiento de los títulos mineros a que alude el artículo 14 del Código^[32], y establece además una clara regla proteccionista a favor de quienes pretenden adquirir dicho título, en el sentido de que ninguna actividad de prospección, exploración o explotación o de posesión material de recursos

^[32] “Artículo 14. Título minero. A partir de la vigencia de este Código, únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal, mediante el contrato de concesión minera, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional.

Lo dispuesto en el presente artículo deja a salvo los derechos provenientes de las licencias de exploración, permisos o licencias de explotación, contratos de explotación y contratos celebrados sobre áreas de aporte, vigentes al entrar a regir este Código. Igualmente quedan a salvo las situaciones jurídicas individuales, subjetivas y concretas provenientes de títulos de propiedad privada de minas perfeccionadas antes de la vigencia del presente estatuto”.

mineros, sea cual fuere su antigüedad, duración o características, conferirá derecho o prelación alguna para adquirir el título o para oponerse a propuestas de terceros.

En suma, el derecho a ejercer una actividad minera está sujeto a ciertas restricciones, en este caso la adquisición de un título minero, lo cual en principio se ajusta al ordenamiento constitucional, siempre y cuando se trate de una restricción razonable y proporcionada y con ella no se vulnere ningún otro derecho constitucional. Con todo, dicho requisito no es objeto de acusación, por lo cual la Corte se abstendrá de pronunciarse sobre la constitucionalidad del mismo.

41. No le asiste razón a la demandante, entonces, cuando afirma que la disposición acusada abre la posibilidad de que el derecho a explorar y explotar recursos mineros se ejerza con prescindencia de la participación indígena, por cuanto la norma simplemente se refiere al requisito de obtener un título minero para poder desarrollar legalmente tales actividades. De ahí que no puede sostenerse, con razón, que la suscripción del contrato de concesión sea óbice para desconocer los derechos de los pueblos indígenas, particularmente su participación en materia de exploración y explotación de recursos yacientes en sus territorios, como se verá en su momento al analizar las normas relativas a la figura jurídica de la concesión minera aquí demandadas.

Por lo anterior, la norma acusada será declarada exequible, solamente por las razones aquí expuestas.

6.4 Literales f) y h) del artículo 35. Zonas mineras indígenas y mixtas

42. Según la demandante, la disposición parcialmente acusada vulnera el derecho de participación de los pueblos indígenas en la medida en que, haciendo una interpretación de los literales f) y h) del citado artículo, puede concluirse que los territorios indígenas que opten por obtener un título minero no se consideran zonas de minería restringida; en tal sentido, por el hecho de haber obtenido un título minero podrían libremente ser objeto de concesiones mineras, sin requerir que se surta la consulta en caso de existir otros proyectos en sus territorios.
43. En primer término conviene señalar que el ejercicio de la minería, como el de cualquier otra actividad en el marco de un Estado social de derecho, no es absoluto, ya que está limitado por otros derechos y principios constitucionales, lo cual explica que el legislador pueda establecer en desarrollo de la cláusula general de competencia diversos requisitos para llevar a cabo tal actividad de manera restringida. Así pues, no sólo es constitucional que se condicione la ejecución de trabajos mineros al otorgamiento de autorizaciones y licencias por parte de las autoridades competentes, sino también bajo ciertos métodos de ejecución (vgr. la extracción de minerales sin afectar los aprovechamientos económicos de la superficie) o en determinadas zonas que, por su valor arqueológico, histórico,

cultural, social, étnico, biológico, etc., merecen una protección especial que justifica garantizar el ejercicio restringido de la minería.

44. Desde el punto de vista ambiental, por ejemplo, la Corte sostuvo que el “*artículo 35 objeto de análisis es una norma general permisiva, que permite (sic) la exploración y explotación minera pero con limitaciones o restricciones. Pretende recoger las normas constitucionales explicadas en la primera parte de esta sentencia, que limitan la actividad minera al bien común, al plan de desarrollo, al derecho a un medio ambiente sano y la protección de biodiversidad en general*”^[33].

Tales consideraciones son aplicables en materia de protección a los grupos étnicos, en cuyos territorios la ley permite la realización de trabajos de exploración y explotación de minas pero con las restricciones que se analizarán posteriormente.

En este sentido es necesario recordar que, de conformidad con el artículo 122 de la Ley 685 de 2001, la autoridad minera es competente para señalar y delimitar las zonas mineras indígenas, disposición que la Corte consideró exequible mediante sentencia C-418 de 2002, “*bajo el entendido que (sic) en el procedimiento de señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas se deberá dar cumplimiento al parágrafo del artículo 330 de la Constitución y al artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991*”.

45. Por su parte, el artículo parcialmente demandado permite que se desarrollen trabajos y obras de exploración y explotación de minas en las zonas constituidas como *zonas mineras indígenas* (literal f) o *zonas mineras mixtas* (literal h), compuestas por comunidades negras e indígenas, siempre y cuando se verifique la siguiente condición: que las correspondientes autoridades comunitarias, en uno y otro caso, no hubieren ejercitado, dentro del plazo que se les señale, su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar, con arreglo a lo dispuesto por el Capítulo XIV del Código de Minas.

Es decir, con especial referencia a los artículos 124 (derecho de prelación de grupos indígenas) y 275 (comunicación de la propuesta) del Código Minero, las autoridades mineras deberán cumplir los parámetros establecidos en torno a la consulta previa, esto es, dándole a los grupos étnicos las respectivas oportunidades para conocer, revisar, debatir y decidir sobre el tema puesto a su consideración, pudiendo al efecto resolver autónomamente sobre el ejercicio de su derecho de preferencia. Donde, en el evento de invocar a su favor el ejercicio efectivo de esta prerrogativa, el Estado debe realizar las correspondientes acciones positivas, incluidas las económicas, para hacer realidad la explotación minera por parte de los propios grupos indígenas en los casos previstos por la ley. Así, los literales f) y h) del artículo 35 demandado deberán entenderse bajo el anterior condicionamiento.

^[33] Sentencia C-339 de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería.

46. Con fundamento en todo lo anterior, la Corte no encuentra vulneración a la Constitución en la opción de explorar y explotar recursos en las llamadas zonas mineras indígenas y mixtas, pues, tal como se precisó en la sentencia C-418/02, deben armonizarse los intereses generales del Estado, titular del subsuelo y propietario de los recursos que se encuentren en él, con los intereses de las comunidades indígenas, que también son generales en la medida en que la Constitución reconoce y protege el multiculturalismo, como expresión del pluralismo étnico. Por ello, para resolver la tensión entre ambos intereses genuinamente protegidos por la Constitución, es necesario que se permita ejecutar dichas labores de exploración y explotación minera por parte de sujetos ajenos a las comunidades indígenas, negras o mixtas, pero respetando ciertas restricciones que garanticen la integridad cultural, social y económica de las comunidades y, particularmente, su derecho a participar en tales procesos de explotación de recursos mineros en sus territorios.

El criterio antes expuesto se constata en la disposición acusada, en la forma vista, pues si bien está permitido efectuar trabajos de exploración y explotación en zonas mineras indígenas y mixtas, las respectivas comunidades gozan de un derecho preferencial para hacerlo, previa obtención del título minero correspondiente dentro de un plazo señalado, que en todo caso deber ser razonable y debe atender a las circunstancias específicas en que se encuentran las diversas comunidades. Lo anterior significa que prevalece su derecho a explorar y explotar minas, si así lo desean, en la zona delimitada por la autoridad minera (delimitación que, como se vio, obedece a un proceso previo en el que se debe garantizar la participación de las comunidades indígenas).

47. Sin embargo, ¿qué sucede cuando las autoridades comunitarias, ya sea en el marco de las zonas mineras indígenas o las mixtas, deciden no ejercer su derecho preferencial o lo hacen por fuera del término estipulado? Para responder el anterior interrogante, siendo que la norma guarda silencio al respecto, se debe tener presente el objetivo de garantizar el derecho de los grupos étnicos a ejercer y preservar su autonomía e integridad, toda vez que la efectividad de ese derecho no puede estar supeditada a que dichos pueblos posean o no un título minero.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte considera que las normas acusadas no son contrarias al principio según el cual se debe permitir la exploración y explotación a quien legítimamente ostente el título minero, pero sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de los grupos étnicos, en especial garantizando la participación de dichos pueblos durante la etapa previa, la ejecución y seguimiento de tales actividades.

48. En conclusión, por las razones aquí planteadas se declarará la exequibilidad de la expresión “*siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar,*

con arreglo a lo dispuesto por el Capítulo XIV de este Código” contenida en el literal f) y el literal h) del artículo 35 de la Ley 685 de 2001, en el entendido de que las autoridades mineras deberán cumplir los parámetros establecidos en torno a la consulta previa, esto es, dándole a los grupos étnicos las respectivas oportunidades para conocer, revisar, debatir y decidir sobre el tema puesto a su consideración, pudiendo al efecto resolver autónomamente sobre el ejercicio de su derecho de preferencia.

6.5 Artículo 37. Prohibición legal

49. La demandante sostiene que este precepto es inconstitucional ya que impide que las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas puedan establecer que sus territorios o parte de estos sean excluidos de la actividad minera, vulnerando el carácter pluricultural de la Nación colombiana y la autonomía de dichas autoridades.

La norma acusada es del siguiente tenor:

“Con excepción de las facultades de las autoridades nacionales y regionales que se señalan en los artículos 34 y 35 anteriores, ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería”.

De conformidad con el citado texto legal, la decisión de establecer zonas excluidas de la minería compete exclusivamente a las autoridades ambiental y minera (artículos 34 y 35, en concordancia con el artículo 122 del Código)^[34], labor esta que se enmarca en el ámbito de sus funciones constitucionales y legales. Al respecto, ya la Corte se pronunció en la sentencia C-418/02 sobre la constitucionalidad del artículo 122 ibídem, según el cual es la autoridad minera la encargada de señalar y delimitar, dentro de los territorios indígenas, las zonas mineras indígenas, en la inteligencia de que se deberá respetar la participación de las comunidades en dicha labor de identificación de las respectivas zonas.

50. Así pues, es claro que las autoridades indígenas no están privadas del derecho a intervenir en una decisión para ellos trascendental, como es la de definir las zonas mineras indígenas, tal como se puntualizó en la referida sentencia. Además, al hacer una lectura sistemática del Código de Minas se encuentra que las **autoridades indígenas** son competentes para señalar, *“dentro de la zona minera indígena, los lugares que no pueden ser objeto de exploraciones o explotaciones mineras por tener especial significado cultural, social y económico para la comunidad o grupo aborigen, de acuerdo con sus creencias, usos y costumbres,”* según lo dispone el artículo 127 de dicho ordenamiento. La anterior prerrogativa halla su justificación en el arraigado vínculo existente entre los pueblos indígenas y sus territorios, del cual se deriva consecuentemente la autonomía de que gozan en relación con tales asuntos.

^[34] En la sentencia C-339 de 2002, la Corte se refirió a la delimitación de zonas excluibles de la minería, en particular el deber de colaboración armónica entre las entidades competentes y la necesidad de respetar el principio de precaución ambiental al ejercer dicha función.

Son suficientes estas consideraciones para declarar la constitucionalidad del artículo 37 de la Ley 685 de 2001, interpretado en armonía con los preceptos constitucionales relacionados con la especial protección de que gozan los pueblos indígenas en tratándose de la explotación de recursos naturales yacientes en sus territorios, así como con la protección al medio ambiente, y respetando la intervención de las autoridades que cuidan de estos intereses.

6.6 Artículo 39. Prospección de minas

51. Manifiesta la demandante que el artículo 39 del Código de Minas vulnera los derechos de participación -en general- y de consulta -en particular- de los pueblos indígenas, por cuanto sus territorios podrían llegar a considerarse, al tenor de la norma acusada, “*terrenos de propiedad particular, donde la prospección es libre y sólo se requiere dar aviso previo al dueño*”, sin necesidad de intentar llegar a un acuerdo con dichos pueblos.
52. La Corte considera que la demandante deduce equivocadamente que los territorios indígenas que no hayan sido definidos como zonas de minería indígena pueden llegar a considerarse como terrenos de propiedad particular, sobre los cuales la prospección es totalmente libre (por cuanto sólo se exige el aviso previo al dueño), pudiéndose evitar de esa forma la consulta a los pueblos indígenas. Sin embargo, no encuentra mayor fundamento tal razonamiento pues la norma acusada garantiza el respeto de los derechos de los pueblos indígenas en materia de prospección de minas, ya que cuando el interesado pretenda desarrollar obras de prospección sobre los referidos terrenos, deberá consultar previamente a las comunidades indígenas, que no simplemente avisarles, con el objetivo de llegar a un acuerdo o lograr su consentimiento al respecto.

En efecto, la norma se refiere al libre ejercicio de la prospección, salvo en los “*territorios definidos para minorías étnicas tal y como lo contempla el Capítulo XIV de este Código*”. Es decir, no alude de manera restringida a las *zonas mineras indígenas* de que trata el artículo 122 ibídem, como parece entenderlo la demandante, sino al concepto amplio de territorios indígenas consagrado en el artículo 123, el cual abarca a las primeras. Para confirmar lo anterior, vale la pena citar este último precepto: “*Para los efectos previstos en el artículo anterior, se entienden por territorios indígenas las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 21 de 1991 y demás leyes que la modifiquen, amplíen o constituyan*”.

53. Una simple lectura de la disposición demandada permite deducir que esta busca preservar la integridad étnica de los pueblos indígenas cuando se desarrollan trabajos de prospección de minas en el territorio nacional. Al disponer que “*la prospección de minas es libre, excepto en los territorios definidos para minorías étnicas, tal como lo contempla el Capítulo XIV de este Código (...)*”, la norma acusada armoniza con la especial protección de que gozan los pueblos indígenas en la Constitución de 1991 y con la

autonomía que ostentan en relación con sus territorios. Se colige de lo anterior que no merece ningún reproche constitucional la disposición bajo estudio cuando limita el libre ejercicio de la prospección de minas en el sentido expuesto, ya que constituye una restricción adecuada al fin constitucional perseguido, cual es el de proteger los territorios indígenas y, por tanto, la integridad cultural, social y económica de los referidos pueblos.

En este orden de ideas, la norma acusada es claramente constitucional, en tanto exige que la prospección de minas sobre territorios definidos para minorías étnicas se encuentra restringida, toda vez que ello significa que en esos terrenos se deben reivindicar de manera especial los derechos de los pueblos indígenas, particularmente el de participar en materia de explotación de recursos naturales.

Por todo lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad del artículo 39 de la Ley 685 de 2001, solamente por las razones aquí señaladas.

6.7 Artículos 48, 58 y 59. Contratos de concesión minera

54. Afirma la demandante que las disposiciones acusadas, que hacen referencia a los contratos de concesión minera, vulneran el derecho de consulta de los pueblos indígenas, así: el artículo 48, por cuanto *“el concesionario de minas no requiere para adelantar sus trabajos sino de los requisitos, autorizaciones y permisos señalados expresamente en el Código de Minas, sin necesidad de consultar a los pueblos indígenas;”* el artículo 58, toda vez que faculta al concesionario para *“adelantar estudios, trabajos y obras necesarias para establecer la existencia de minerales, sin necesidad de consultar de forma previa a los pueblos indígenas”*, cuando los derechos de concesión recaen sobre territorios indígenas; y el artículo 59, ya que si las autoridades no solicitan *“requisitos adicionales a los señalados en el Código Minero que condicionen, demoren o hagan más gravoso su cumplimiento, estas tendrían que proceder de forma sumaria, sin surtir el proceso de consulta de los pueblos indígenas cuando la concesión se adelante en sus territorios”*.

55. Las normas demandadas están contenidas en el Capítulo V de la Ley 685 de 2001, que regula lo atinente al contrato de concesión minera, instrumento jurídico necesario para poder constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal, al tenor del artículo 14 ibídem.

Para rebatir el cargo elevado contra las disposiciones objeto de revisión, basta realizar una lectura sistemática del Código Minero, de la cual se concluye que se garantiza plenamente el derecho de consulta a los pueblos indígenas cuando se celebra y ejecuta un contrato de concesión minera. En efecto, el artículo 121 del mismo código propende por la protección de la integridad cultural de los pueblos indígenas mientras se ejecuta el referido contrato, al precisar que *“(t)odo explorador o explotador de minas está en la obligación de realizar sus actividades de manera que no vayan en desmedro de los valores culturales, sociales y económicos de las comunidades y grupos étnicos ocupantes real y tradicionalmente del área objeto de las concesiones o de títulos de propiedad privada del subsuelo”*.

Por su parte, el inciso 2° del artículo 122 *ibídem*, al referirse de manera particular a las zonas mineras indígenas, consagra que “*Toda propuesta de particulares para explorar y explotar minerales dentro de las zonas mineras indígenas será resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas y sin perjuicio del derecho de prelación que se consagra en el artículo 124 de este Código*”.

Así pues, si bien el artículo 48 contempla un beneficio a favor del concesionario de minas, según el cual “*para proyectar, preparar y ejecutar sus estudios, trabajos y obras, no requerirá licencias, permisos o autorizaciones distintas de las relacionadas en este Código o en las disposiciones legales a que este haga remisión expresa, sin perjuicio de la competencia de la autoridad ambiental*”, no significa que pueda hacerlo en desmedro de la consulta previa y obligatoria a los pueblos indígenas que debe surtirse antes de celebrar el contrato, así como durante su fase de ejecución y seguimiento, de conformidad con lo estipulado en el párrafo del artículo 330 de la Constitución y los artículos 6°, 7° y 15 del Convenio 169 de la OIT.

56. El hecho de que la disposición acusada guarde silencio sobre dicho requisito constitucional, no constituye argumento suficiente para declarar su inconstitucionalidad pues, como se dijo, debe interpretarse tal precepto en concordancia con los artículos 121 y 122 del mismo ordenamiento. Además, como se ha insistido en páginas anteriores, un precepto constitucional, como los antes reseñados, no requieren de reconocimiento legal para gozar de aplicabilidad prevalente frente a las demás normas de inferior jerarquía.
57. Estas consideraciones son igualmente aplicables en relación con el artículo 58, pues los derechos de que goza el concesionario se conceden a través del respectivo contrato sin perjuicio del respeto por los derechos constitucional y legalmente reconocidos a favor de los pueblos indígenas, entre los cuales se incluye la consulta previa. De este modo, los derechos de exploración y explotación a que alude la norma implican el correlativo respeto a la integridad cultural, económica y social de los pueblos indígenas, sin necesidad de que la norma así lo estipule, en razón de la fuerza vinculante de las reglas constitucionales.
58. Por último, el artículo 59 impone al concesionario cumplir con las obligaciones de carácter legal, técnico, operativo y ambiental en el ejercicio de su derecho concesionario. Al igual que las anteriores disposiciones, esta guarda silencio sobre el deber de consultar a las comunidades indígenas al ejercer los derechos derivados del contrato de concesión. Sin embargo, para la Corte es clara su adecuación a las normas superiores, por las siguientes razones: (i) el requisito de consultar a los pueblos indígenas se entiende incorporado dentro de la categoría “*legales*” a que se refiere la norma; (ii) este precepto debe interpretarse en armonía con los artículos 121 y 122 del Código que, como se vio, destacan el respeto por los derechos de los pueblos indígenas, incluido el de consulta; y (iii) el requisito constitucional de efectuar la consulta no debe consignarse en todas y cada una de las normas legales que

versen de manera directa o indirecta sobre la explotación de recursos naturales yacientes en los territorios indígenas, salvo que su no inclusión conduzca indefectiblemente a la conclusión de que la norma legal vulnera el parágrafo del artículo 330 u otro canon constitucional, tal como lo precisó la Corte en sentencia C-418 de 2002 al declarar la exequibilidad condicionada del primer inciso del artículo 122 del Código de Minas.

Sostener lo contrario, en relación con la última de estas razones, conduciría al absurdo de que se tuviera que incluir en los diversos ordenamientos legales, sin importar su materia, la lista de mandatos constitucionales aplicables en cada caso concreto (v.gr. acatar la Constitución y la ley, respetar y obedecer a las autoridades, proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación, respetar la vida ajena, no discriminar a ninguna persona, ceñir sus actuaciones a los postulados de la buena fe, etc.) Por supuesto, tal interpretación desvirtúa los más claros principios de la hermenéutica, la teoría jurídica y la técnica legislativa, entre otros.

59. Asimismo debe observarse que los artículos 48, 58 y 59 del Código Minero se refieren al contrato de concesión minera sin hacer alusión expresa a los territorios donde existen grupos étnicos, pues debe entenderse que si estos existen se debe adicionalmente tener en cuenta las condiciones y requisitos establecidos en las normas que integran el capítulo XIV *ibídem*, en armonía con la interpretación que de las mismas ha hecho esta Corporación.

Por todo lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad de las normas acusadas, por las razones aquí señaladas.

6.8. Artículos 121 a 128. Grupos étnicos

60. Bajo el acápite de derecho al debido proceso la actora demanda los artículos que más adelante se relacionan, afirmando primeramente que no es suficiente con que el nuevo Código Minero conserve el capítulo relacionado con los indígenas del anterior Estatuto, ya que su inclusión en el nuevo ordenamiento minero debió hacerse respetando el derecho fundamental de consulta de los pueblos indígenas. Donde al respecto aparece claro que los ministerios de Minas y del Interior desconocieron ese derecho, el cual debe concretarse en forma previa, de buena fe y garantizando el derecho a la participación real de las comunidades indígenas.

En su orden registra y acusa la demandante las siguientes disposiciones del nuevo Código Minero:

“CAPÍTULO XIV Grupos étnicos

“Artículo 121. Integridad Cultural. *Todo explorador o explotador de minas está en la obligación de realizar sus actividades de manera que no vayan en desmedro de los valores culturales, sociales y económicos de las comunidades y grupos étnicos ocupantes real y tradicionalmente del área objeto de las concesiones o de títulos de propiedad privada del subsuelo*”.

“Artículo 122. Zonas Mineras Indígenas. *La autoridad minera señalará y delimitará, con base en estudios técnicos y sociales, dentro de los territorios indígenas, zonas mineras indígenas en las cuales la exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros deberán ajustarse a las disposiciones especiales del presente Capítulo sobre protección y participación de las comunidades y grupos indígenas asentados en dichos territorios.*

“*Toda propuesta de particulares para explorar y explotar minerales dentro de las zonas mineras indígenas será resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas y sin perjuicio del derecho de prelación que se consagra en el artículo 124 de este Código*”.

“Artículo 123. Territorio y Comunidad Indígenas. *Para los efectos previstos en el artículo anterior, se entienden por territorios indígenas las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena de conformidad con lo dispuesto en la Ley 21 de 1991 y demás leyes que la modifiquen, amplíen o constituyan*”.

“Artículo 124. Derecho de prelación de grupos indígenas. *Las comunidades y grupos indígenas tendrán prelación para que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera indígena. Este contrato podrá comprender uno o varios minerales*”.

“Artículo 125. Concesión. *La concesión se otorgará a solicitud de la comunidad o grupo indígena y en favor de esta y no de las personas que la integran. La forma como estas participen en los trabajos mineros y en sus productos y rendimientos y las condiciones como puedan ser sustituidas en dichos trabajos dentro de la misma comunidad, se establecerán por la autoridad indígena que los gobierne. Esta concesión no será transferible en ningún caso*”.

“Artículo 126. Acuerdos con terceros. *Las comunidades o grupos indígenas que gocen de una concesión dentro de la zona minera indígena, podrán contratar la totalidad o parte de las obras y trabajos correspondientes, con personas ajenas a ellos*”.

“Artículo 127. Áreas indígenas restringidas. *La autoridad indígena señalará, dentro de la zona minera indígena, los lugares que no pueden ser objeto de exploraciones o explotaciones mineras por tener especial significado cultural, social y económico para la comunidad o grupo aborígen, de acuerdo con sus creencias, usos y costumbres*”.

“Artículo 128. Títulos de terceros. *En caso de que personas ajenas a la comunidad o grupo indígena obtengan título para explorar y explotar dentro de las zonas mineras indígenas delimitadas conforme al artículo 122, deberán vincular preferentemente a dicha comunidad o grupo, a sus trabajos y obras y capacitar a sus miembros para hacer efectiva esa preferencia*”.

61. Las anteriores normas sobresalen precisamente por su carácter garantista y protector de los valores culturales, sociales y económicos de las comunidades

y grupos étnicos que ocupen real y tradicionalmente las zonas mineras indígenas, destacándose nítidamente la previa participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas frente a todas las propuestas de particulares para explorar y explotar minerales dentro de las mencionadas zonas, sin perjuicio de la prelación que tales comunidades y grupos indígenas tienen para que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en la respectiva zona minera indígena. Concesión que con especial sentido teleológico se debe otorgar a solicitud de la comunidad o grupo indígena y a favor de esta y no de las personas que la integran, es decir, con un indiscutible carácter colectivo. Respetándose al efecto la autonomía que la autoridad indígena regente ejerza sobre la forma en que los individuos participen en los trabajos mineros y en sus productos y rendimientos y las condiciones para su sustitución dentro de la misma comunidad, con la sana advertencia de que dicha concesión no será transferible en ningún caso.

Conviene resaltar que se reivindica el derecho al trabajo de las comunidades indígenas al amparo del artículo 128, según el cual, en caso de que personas ajenas a la comunidad o grupo indígena obtengan título para explorar y explotar dentro de las zonas mineras legalmente delimitadas, deberán vincular preferentemente a dicha comunidad o grupo a sus trabajos y obras, dándole a sus miembros la capacitación para hacer efectiva esa preferencia.

62. Pues bien, al amparo de las anteriores consideraciones las prenotadas disposiciones legales no ofrecen duda alguna en torno a su constitucionalidad, máxime si se recuerda que el proceso de concertación previa al nuevo Código Minero se vio frustrado por razones ajenas a la voluntad del Gobierno Nacional. Es un hecho que el Gobierno actuó con especial vocación de cumplimiento hacia el parágrafo del artículo 330 superior, y por tanto, hacia la materialización del debido proceso que reclama la actora. Más aún, en gracia de discusión convendría preguntarse: ¿qué nivel de disenso podrían esgrimir los pueblos indígenas para con unas normas, que como las vistas, tienden básicamente hacia la salvaguarda de sus propios intereses y derechos? Igualmente, ¿qué favor se le haría a los pueblos indígenas declarando la inexecutable -que no cabe- de los anteriores artículos, dejando jurídicamente inermes sus valores culturales, sociales y económicos en la órbita de la exploración y explotación de minas? El principio constitucional de la prevalencia de lo sustancial sobre las ritualidades debe aquí salir por sus fueros en provecho de las comunidades y grupos indígenas asentados en los territorios mineros, así como de los grupos indígenas que moran dentro de un territorio aun cuando su hábitat implique un desplazamiento permanente dentro de la zona minera.

Es de registrar, además, que la redacción de las disposiciones antes revisadas no difieren en lo sustancial de aquellas que regían al amparo del Código Minero derogado, las cuales fueron elaboradas conjuntamente entre el Gobierno y las comunidades indígenas durante el proceso de expedición del mencionado ordenamiento, en el marco del llamado “*Acuerdo de Melgar*”.

Por todo lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad de los artículos 121, 122, 123, 124, 125, 126 y 128 de la Ley 685 de 2001, solamente por las razones aquí expuestas.

63. Ahora bien, resulta necesario consignar unas apreciaciones en relación con el artículo 127 objeto de censura, según el cual, dado el especial significado cultural, social y económico que para la comunidad puedan tener algunos lugares comprendidos dentro de las zonas mineras indígenas, la autoridad indígena podrá señalar, dentro de las mismas, las áreas que no pueden ser objeto de exploraciones o explotaciones mineras.

Cierto es que debe armonizarse el interés general implícito en la actividad minera con el interés de la comunidad indígena en que sean sus propias autoridades las que señalen las áreas que deben comprenderse restringidas a la minería, siendo esto último también de interés general como manifestación del pluralismo étnico que protege la Constitución. Así, a fin de resolver la posible tensión entre ambos intereses, la Corte considera que las autoridades indígenas pueden señalar las mencionadas áreas restringidas a más tardar en el momento en que la autoridad minera delimita la zona minera indígena que, como se ha visto, se desarrolla en el marco de un proceso de consulta. Al respecto cabe recordar que al tenor del artículo 122 de la Ley 685 de 2001, la autoridad minera es competente para señalar y delimitar las zonas mineras indígenas pero para en el cumplimiento de dicha función debe dar cumplimiento al parágrafo del artículo 330 de la Constitución y al artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, en términos de la sentencia C-418 de 2002.

Por tanto, se declarará la exequibilidad del artículo 127 de la Ley 685 de 2001, en el entendido de que el señalamiento de que trata este artículo deberá hacerse a más tardar dentro del proceso de consulta establecido en el artículo 122 de esta ley, en términos de la sentencia C-418 de 2002.

6.9 Artículo 261. Procedimiento sumario

64. Considera la demandante que al estatuir un procedimiento sumario en materia minera, la disposición acusada impide la consulta a las comunidades indígenas mediante procedimientos apropiados que se efectúen a través de sus instituciones representativas, de forma previa e informada, teniendo en cuenta una duración adecuada para que puedan llevar a cabo sus procesos de participación y decisión efectiva.
65. El artículo 261 del Código de Minas está contenido en el Título Séptimo del mismo, referente a “*aspectos procedimentales*” y regula lo atinente al procedimiento gubernativo previo a la celebración del contrato de concesión minera. Aquella disposición es del siguiente tenor:

“El procedimiento gubernativo se forma por el acopio ordenado y consecutivo de las peticiones, documentos y diligencias estrictamente necesarias para sustentar y motivar las resoluciones que hayan de tomarse. No habrá más notificaciones y comunicaciones que las expresamente

previstas en las leyes. Se rechazarán y devolverán de plano las piezas impertinentes o inocuas, que presenten el interesado o terceros”.

Al establecer un procedimiento gubernativo sumario, el legislador busca conferir cierto grado de celeridad, eficacia e informalidad a los trámites y requisitos exigidos para ejercer la actividad minera, sin que lo anterior implique *per se* una forma de violación a los derechos de los pueblos indígenas o de cualquier otro sujeto que se considere afectado con un eventual proceso de exploración y explotación minera.

Por el contrario, el que sea sumario se ajusta a los principios que rigen el ejercicio de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución, toda vez que impone a las autoridades competentes, especialmente a la minera, el deber de adecuar sus actuaciones a dichos principios, sin perjuicio de que se requiera consultar a los pueblos indígenas, con sujeción a los criterios ampliamente expuestos a lo largo de esta sentencia.

Cabe recordar el alcance de los principios constitucionales que rigen la función administrativa, tema sobre el cual la Corte ha manifestado:

*“El artículo 209 de la Constitución declara que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y que se desarrolla con fundamento en varios principios, de los cuales cabe ahora destacar los de **igualdad, eficacia y celeridad**. El primero implica la exigencia constitucional de que la gestión de la Administración Pública no establezca distinciones injustificadas entre los administrados y obre respecto de ellos y de sus intereses guardando equilibrio, de modo que garantice a todos, en condiciones adecuadas a sus circunstancias, el acceso a ella y a sus funcionarios y la misma importancia en cuanto al disfrute de los beneficios que genera la actividad estatal. El segundo impone el logro de resultados mínimos en relación con las responsabilidades confiadas a los organismos estatales, con miras a la efectividad de los derechos colectivos e individuales. El tercero comporta la indispensable agilidad en el cumplimiento de las tareas a cargo de entidades y servidores públicos para lograr que alcancen sus cometidos básicos con prontitud, asegurando que el efecto de su gestión se proyecte oportunamente en la atención de las necesidades y aspiraciones de sus destinatarios”^[35]. (Subrayado fuera del texto).*

66. Además, se debe tener en cuenta que el mismo Código, en diversas disposiciones consagra mecanismos que permiten la intervención de los pueblos indígenas y demás sujetos que se consideren afectados con los contratos de concesión minera, tal como ocurre con el artículo 259 del Código, que expresa:

“En los casos en que dentro del procedimiento que antecede al contrato de concesión deba oírse previamente a terceros, a representantes de la

^[35] Sentencia T-731 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández.

comunidad y a grupos o estamentos sociales, se buscará que estos reciban real y efectivamente, por los medios apropiados, el llamamiento o comunicación de comparecencia dentro de los términos señalados en la ley”.

La demandante confunde el carácter sumario del procedimiento gubernativo con un inexistente carácter sumario de la consulta, lo cual es contrario al sentido obvio de la disposición acusada, siendo que lo primero no es excluyente de que se efectúe la consulta a los pueblos indígenas bajo los criterios expuestos en esta sentencia, según los cuales esta debe ser previa e informada y desarrollarse de buena fe, de manera apropiada a las circunstancias y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento con los referidos pueblos.

67. Por último, conviene recalcar que si en la práctica se llegan a presentar casos en que se prescinda de la consulta indígena o se vulnere algún derecho de los pueblos indígenas por parte de las autoridades competentes o los particulares, no es la demanda de inconstitucionalidad la vía expedita para buscar la protección de tales derechos, como pretende la demandante, pues para el efecto cuentan con otros mecanismos de defensa. Al respecto esta Corporación ha reiterado que *“el control de constitucionalidad de las leyes que ejerce la Corte es un juicio abstracto mediante el cual se confronta la norma demandada con la Constitución Política, razón por la cual desborda las funciones de esta Corporación retirar una disposición del ordenamiento positivo con fundamento en una mera hipótesis de aplicación de la misma”*^[36].

En conclusión, la existencia de un procedimiento administrativo sumario en asuntos mineros no necesariamente contraría los preceptos constitucionales que propenden por el respeto de los derechos indígenas, especialmente la consulta previa que debe surtirse, por lo cual se declarará su exequibilidad.

6.10 Artículo 267

68. La demandante no expuso en qué medida el artículo 267 de la Ley 685 de 2001 vulnera algún canon constitucional, limitándose a incluir esta norma entre el listado de disposiciones acusadas, razón por la cual la Corte se abstiene de pronunciarse sobre su constitucionalidad, y así lo declarará en la parte resolutive del fallo.

6.11 Artículos 271, 275 y 332

69. Retomando los argumentos ya expuestos en relación con los artículos 121 a 128 del Código Minero, prosigue la actora impugnando los artículos 271, 275 y 332 *ibídem*. Enfatizando que, en su opinión, estas normas aluden a los grupos étnicos y comunidades con prescindencia de la consulta a los mismos.

^[36] Sentencia C-201 de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería.

70. El artículo 271 establece:

“Requisitos de la propuesta. *La propuesta para contratar, además del nombre, identidad y domicilio del interesado, contendrá:*

“a) *El señalamiento del municipio, departamento y de la autoridad ambiental de ubicación del área o trayecto solicitado;*

“b) *La descripción del área objeto del contrato, y de su extensión;*

“c) *La indicación del mineral o minerales objeto del contrato;*

“d) *La mención de los grupos étnicos **con asentamiento permanente** en el área o trayecto solicitados y, si fuere del caso, el hallarse total o parcialmente dentro de zona minera indígena, de comunidades negras o mixtas;*

“e) *Si el área abarca, en todo o en parte, lugares o zonas restringidas para cuya exploración y explotación se requiera autorización o concepto de otras autoridades, deberán agregarse a la propuesta de acuerdo con el artículo 35;*

“f) *El señalamiento de los términos de referencia y guías mineras que se aplicarán en los trabajos de exploración y el estimativo de la inversión económica resultante de la aplicación de tales términos y guías;*

“g) *A la propuesta se acompañará un plano que tendrá las características y especificaciones establecidas en los artículos 66 y 67 de este Código.*

“*La propuesta deberá verterse en el modelo estandarizado adoptado por la entidad concedente*”.

La demandante puntualiza su censura contra el segmento subrayado, alegando que con tal disposición se desconoce el derecho de consulta y la oportunidad procesal que para controvertir le corresponde a los pueblos desplazados, a los nómadas y a los que por cualquier circunstancia se considere que no tienen un asentamiento permanente.

71. El literal d) del artículo 271 –dentro del cual se halla la locución glosada– le exige a quien presenta la propuesta para contratar, hacer mención expresa de los grupos étnicos con asentamiento permanente en el área o trayecto solicitados y, si fuere del caso, el hallarse total o parcialmente dentro de zona minera indígena, de comunidades negras o mixtas. Lo cual indica claramente que el legislador quiso justamente proteger los asentamientos permanentes de los grupos étnicos, protección que se hace extensiva a los grupos indígenas que vivan dentro de un territorio aun cuando su hábitat implique un desplazamiento permanente dentro de la zona minera. Ciertamente, no pueden quedar excluidos de la aplicación de este precepto aquellas comunidades que, dentro de un mismo territorio, se desplazan temporalmente con el objeto de permitir a la tierra de cultivo recuperarse, a la cual retornarán una vez esto haya sucedido.

72. Por lo mismo, para efectos del literal en comento la expresión “**con asentamiento permanente**” debe entenderse con un sentido sociológico;

esto es, comprendiendo tanto a los grupos étnicos que históricamente han tenido y tienen arraigo físico en un lugar determinado, como a los grupos étnicos que tuvieron dicho arraigo, pero que actualmente, y por diferentes motivos, son víctimas del desplazamiento forzado y excluyente. Siendo evidente que en estas dos hipótesis se trata de grupos humanos íntimamente ligados a la tierra donde viven o vivieron, donde nacieron y quieren enterrar sus muertos, de la cual emana su razón de ser cultural, espiritual y de supervivencia misma, en fin, donde dormita el germen de toda su materialidad y espiritualidad humanística. Por ende, es esta la inteligencia con que debe asumirse el literal d) del artículo 271 del Código Minero, en orden al reconocimiento de su constitucionalidad, tal como en efecto se declarará en la parte dispositiva del fallo.

73. El artículo 275 del Estatuto Minero prescribe:

“Comunicación de la propuesta. Si la propuesta no ha sido objetada por la autoridad minera, en un término que no supere los quince días contados a partir de la presentación de la misma, dentro de los cinco (5) días siguientes, se comunicará, por intermedio del Ministerio del Interior, a los representantes de los grupos étnicos ocupantes del área. La comunicación a los grupos étnicos tendrá por objeto notificarlos con el fin de que comparezcan para hacer valer su preferencia en el término de treinta (30) días contados a partir de la notificación, si el área estuviere ubicada en zonas mineras indígenas, de comunidades negras o mixtas”.

Frente a este artículo la actora aduce que en ninguna de sus partes se plantea la posibilidad de que los pueblos indígenas expresen su decisión en relación con la ejecución o no ejecución de proyectos de explotación minera, soslayándose también la circunstancia de que hay reconocimiento legal sobre la propiedad colectiva de los territorios indígenas en cabeza de las comunidades indígenas. Que además se omite la obligación de realizar la consulta previa, limitando la participación a la simple información para hacer uso del derecho de preferencia, con violación del Convenio 169 de la OIT, y por tanto de los artículos 7°, 8°, 93 y 330 parágrafo de la Constitución. Asimismo arguye la demandante que en lo atinente a propuestas sobre contratos mineros en trámite se estableció un término muy corto para la notificación a los indígenas y para la subsiguiente oportunidad de respuesta por parte de estos en torno a la eventual explotación de recursos naturales enclavados en sus tierras, desestimando al propio tiempo el hecho de que los pueblos “*ocupantes del área*” habitan zonas de difícil acceso, a las que se llega tras varios días o semanas de caminar atravesando selvas, ríos, montañas, con el fin de comunicarle a las autoridades tradicionales que sus pueblos tienen la oportunidad de acoger el modelo de desarrollo blanco, so pena de que el Estado colombiano conceda un contrato al que efectuó la propuesta de contrato minero.

74. Al respecto la Sala observa que de entrada la demandante desconoce abiertamente las diligencias que el Gobierno Nacional realizó para proveer

a la consulta previa que asiste a los pueblos indígenas en torno a la legislación que los pueda afectar, y que para el caso del nuevo Código de Minas, si bien se vio frustrada la pretendida concertación, no fue precisamente por motivos atribuibles al Ejecutivo. Asimismo, la actora olvida que el artículo 275 del Código de Minas no se puede interpretar ni aplicar de manera aislada, dado que, en términos de los artículos 122, 124 y 127 *ibídem*, en tratándose de la exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros, el señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas por parte de las autoridades mineras debe ajustarse a las disposiciones sobre protección y participación de las comunidades y grupos indígenas asentados en dichos territorios. Siendo imperativo también que toda propuesta de particulares para explorar y explotar minerales dentro de las zonas mineras indígenas será resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas, sin perjuicio de la prelación que obra a su favor para que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera indígena. A lo cual se suma la especial competencia que tiene **la autoridad indígena** para señalar:

“(...) dentro de la zona minera indígena, los lugares que no pueden ser objeto de exploraciones o explotaciones mineras por tener especial significado cultural, social y económico para la comunidad o grupo aborígen, de acuerdo con sus creencias, usos y costumbres”. (art. 127 *ejúsdem*).

75. Es decir, la intervención de los grupos y comunidades indígenas en las decisiones que los afectan dentro de la esfera minera, ha quedado bien guarnecida al tenor de los precitados artículos, que según se aprecia, no le hacen la menor concesión a las decisiones discrecionales de las autoridades mineras. Mejor aún, nótese cómo dentro de una preceptiva reglada se le reconoce a las autoridades indígenas la competencia para establecer de manera autónoma áreas indígenas restringidas, esto es, espacios geográficos que a pesar de constituir parte integral de una zona minera indígena, se estiman excluidos de exploraciones o explotaciones mineras en virtud de la voluntad indígena expresada a través de su autoridad representativa. Y claro, bajo los supuestos que el mismo artículo 127 prevé. Advirtiéndose a la vez que la propiedad colectiva de los indígenas sobre sus territorios debe ajustarse a lo dispuesto en el artículo 332 superior, que reza:

“El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes”.

76. Ahora bien, el carácter publicista del artículo 275 precisamente está salvaguardándole a los grupos étnicos la opción de invocar y hacer valer el derecho de preferencia que les asiste con apoyo en el artículo 124 *ibídem*, previo el cumplimiento de las prerrogativas y derechos indígenas, condiciones, requisitos y trámites contemplados en los artículos 121 a 129 del mismo Código. Siendo entendido que el Ministerio del Interior deberá

agotar todos los medios legales pertinentes para notificarle efectivamente a los representantes de los grupos étnicos la propuesta de contrato de concesión, en orden a que estos tengan la oportunidad real de pronunciarse sobre el susodicho derecho de preferencia.

Pero hay más: antes de que comiencen a correr los 30 días de que trata el artículo 275, el Gobierno deberá entregarle a los grupos étnicos información satisfactoria sobre la propuesta de contrato de concesión, a fin de que estos puedan debatir y decidir sobre el asunto. A su vez el Gobierno debe explicarles la forma en que pueden participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos, advirtiéndoles sobre las alternativas de explotación que tienen las comunidades étnicas, las cuales implican una acción positiva del Estado, incluso de carácter económico (v.gr. créditos de fomento, asistencia técnica, capacitación administrativa y de mercadeo), con el objeto de hacer efectivo el derecho de preferencia de los grupos étnicos. Por tanto, sólo bajo este condicionamiento la Corte encuentra constitucional el precepto acusado.

Ha de resaltarse que, de conformidad con el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT:

“1. Los derechos de los pueblos interesados a (sic) 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 pertenezcan 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”.

77. En lo que hace al artículo 332 del Código de Minas se lee:

“Artículo 332. Actos sujetos a registro. Únicamente se inscribirán en el Registro Minero los siguientes actos:

a) Contratos de concesión:

b) Contrato de exploración y explotación celebrados sobre zonas de reserva, zonas mineras indígenas, zonas mineras de comunidades negras y zonas mixtas;

c) Títulos de propiedad privada del subsuelo minero;

d) Cesión de títulos mineros;

- e) *Gravámenes de cualquier clase que afecten el derecho a explorar y explotar o la producción futura de los minerales “in situ”;*
- f) *Embargos sobre el derecho a explorar y explotar emanado de títulos mineros;*
- g) *Zonas de reserva provisional y de seguridad nacional;*
- h) *Autorizaciones temporales para vías públicas;*
- i) ***Zonas mineras indígenas, de comunidades negras y mixtas***”.

78. La naturaleza ulterior y meramente instrumental de la actividad contemplada en este artículo, no admite el menor asomo de duda frente a su utilidad administrativa y a su linaje constitucional. En efecto, con el objeto de hacerlos oponible ante terceros, la norma señala taxativamente los únicos actos susceptibles de inscripción en el Registro Minero, contándose entre los mismos: a) los contratos de concesión e, i) las zonas mineras indígenas, de comunidades negras y mixtas. Que en opinión de la actora resultan contrarios al orden constitucional, en tanto se ha omitido cualquier alusión a la consulta previa que se debe hacer a las comunidades indígenas.

Dada la reiteración expositiva que ostenta el cargo, sea del caso retomar los argumentos ya expuestos en torno a la problemática de la consulta previa para declarar, como en efecto se hará, la constitucionalidad de los literales a) e i) del artículo 332 del Código Minero, por las razones aquí expuestas.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 2 de la Ley 685 de 2001, solamente por los cargos analizados en esta sentencia.

SEGUNDO. Declarar **EXEQUIBLE** la expresión “*del párrafo del artículo 330*”, contenida en el artículo 3° de la Ley 685 de 2001, solamente por los cargos analizados en esta sentencia.

TERCERO. Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 5° de la Ley 685 de 2001, solamente por los cargos analizados en esta sentencia.

CUARTO. Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 6° de la Ley 685 de 2001, solamente por los cargos analizados en esta sentencia.

QUINTO. Declarar **EXEQUIBLE** el inciso tercero del artículo 11 de la Ley 685 de 2001, solamente por los cargos analizados en esta sentencia, en el entendido de que sus reglas se aplican en armonía con las disposiciones vigentes sobre derecho ambiental y sobre protección de los grupos étnicos.

SEXTO. Declarar **EXEQUIBLES**, únicamente por los cargos analizados en esta sentencia, la expresión “*siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar, con arreglo a lo dispuesto por el Capítulo XIV de este Código*” contenida en el literal f) y el literal h) del artículo 35 de la Ley 685 de 2001, en el entendido de que las autoridades mineras deberán cumplir los parámetros establecidos en torno a la consulta previa, esto es, dándole a los grupos étnicos las respectivas oportunidades para conocer, revisar, debatir y decidir sobre el tema puesto a su consideración, pudiendo al efecto resolver autónomamente sobre el ejercicio de su derecho de preferencia.

SÉPTIMO. Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 37 de la Ley 685 de 2001, solamente por los cargos analizados en esta sentencia.

OCTAVO. Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 39 de la Ley 685 de 2001, solamente por los cargos analizados en esta sentencia.

NOVENO. Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 48 de la Ley 685 de 2001, solamente por los cargos analizados en esta sentencia.

DÉCIMO. Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 58 de la Ley 685 de 2001, solamente por los cargos analizados en esta sentencia.

DÉCIMO PRIMERO. Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 59 de la Ley 685 de 2001, solamente por los cargos analizados en esta sentencia.

DÉCIMO SEGUNDO. Declarar **EXEQUIBLES** los artículos 121, 122, 123, 124, 125, 126 y 128 de la Ley 685 de 2001, solamente por los cargos analizados en esta sentencia.

DÉCIMO TERCERO. Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 127 de la Ley 685 de 2001, en el entendido de que el señalamiento de que trata este artículo deberá hacerse a más tardar dentro del proceso de consulta establecido en el artículo 122 de esta ley, en términos de la sentencia C-418 de 2002.

DÉCIMO CUARTO. Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 261 de la Ley 685 de 2001, solamente por los cargos analizados en esta sentencia.

DÉCIMO QUINTO. Declararse **INHIBIDA** para emitir concepto de fondo respecto de la constitucionalidad del artículo 267 de la Ley 685 de 2001, por las razones expuestas en esta sentencia.

DÉCIMO SEXTO. Declarar **EXEQUIBLE** la expresión “*con asentamiento permanente*” contenida en el literal d) del artículo 271 de la Ley 685 de 2001, en el entendido de que comprende tanto a los grupos étnicos que históricamente han tenido y tienen arraigo físico en un lugar determinado, como a los grupos étnicos que tuvieron dicho arraigo, pero que actualmente, y por diferentes motivos, son víctimas del desplazamiento forzado y excluyente, así como a los grupos indígenas que vivan dentro de un territorio aun cuando su hábitat implique un desplazamiento permanente dentro de la zona minera, en los términos señalados en los numerales 71 y 72 de esta sentencia.

DÉCIMO SÉPTIMO. Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 275 de la Ley 685 de 2001, solamente por los cargos aquí analizados, y bajo el condicionamiento señalado en la parte motiva de esta sentencia.

DÉCIMO OCTAVO. Declarar **EXEQUIBLES** los literales a) e i) del artículo 332 de la Ley 685 de 2001, solamente por los cargos analizados en esta sentencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

4. SENTENCIA SU-383 DE 2003 (“Caso Cultivos Ilícitos”)

SENTENCIA DE MAYO 13 DE 2003

Ref.: expediente T-517583

Peticionario: Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana OPIAC.

Magistrado Ponente: Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS
Bogotá, D. C., trece (13) de mayo de dos mil tres (2003).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las decisiones tomadas por el Juez Quince Civil del Circuito y por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana OPIAC contra la Presidencia de la República, el Ministerio del Interior y de Justicia, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el Consejo Nacional de Estupefacientes y cada uno de sus integrantes, la Dirección Nacional de Estupefacientes, y el Director de la Policía Nacional³⁸.

I. ANTECEDENTES

La Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana OPIAC demanda la protección transitoria de sus derechos fundamentales a la vida, existencia comunitaria, medio ambiente sano, libre desarrollo de la personalidad, debido proceso y derecho a la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que los afectan, que estarían siendo quebrantados por los accionados al ordenar y autorizar la fumigación de cultivos ilegales en sus territorios.

1. Hechos

De las pruebas aportadas se pueden tener como ciertos los siguientes hechos:

³⁸ Sobre la conformación de los Ministerios del Interior y de Justicia, y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial consultar la Ley 790 de 27 de diciembre de 2002.

- La Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana OPIAC es una entidad sin ánimo de lucro, con personería jurídica reconocida por la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior y de Justicia, y domicilio en la ciudad de Bogotá, constituida para “*desarrollar actividades relacionadas con los pueblos indígenas de la Amazonía Colombiana*”³⁹.
- El 20 de junio de 1984 con el fin de (i) “*determinar una dosis de litros por hectárea del producto comercial ROUNDUP (glifosato)*”⁴⁰ de acuerdo a los diferentes estados de desarrollo vegetativo de los cultivos *Canabis sp*, (ii)

³⁹ Son fines y objetivos de la OPIAC, entre otros, a) promover, desarrollar e impulsar los mecanismos necesarios para la interacción de los pueblos y organizaciones indígenas miembros de la organización, b) defender las reivindicaciones territoriales, la autodeterminación y el respeto de los derechos humanos de sus integrantes, c) coordinar con sus miembros las acciones de las diferentes instancias gubernamentales y no gubernamentales del nivel nacional e internacional las diferentes acciones dentro de la cuenca amazónica colombiana.

“(…). *A partir de la constitución de resguardos muchas comunidades indígenas atendiendo a la ley 89 de 1890* –Por medio de la cual se determina cómo deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada–, *iniciaron la organización de cabildos indígenas y organizaciones regionales de segundo grado que posteriormente se afiliaron a las organizaciones nacionales como la Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC y posteriormente a la organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana OPIAC*”. –Ministerio del Interior- Dirección de Asuntos Indígenas, Cuaderno 8, pruebas en trámite de Revisión–.

Según el anterior informe, 86 pueblos indígenas ocupan actualmente la Amazonía Colombiana repartidos así: 16 en el departamento del Amazonas, 24 en el departamento del Caquetá, 17 en el departamento del Guainía, 18 en el departamento del Guaviare y 15 en el departamento del Putumayo. Ocupación que data de más de doce mil años, aunque algunos de los pueblos indígenas que hoy ocupan los departamentos del Caquetá y el Putumayo –Quillansingas, Pijaos, Yanaconas y Awa, Nasas, Embera Catío y Embera Chami– se ubicaron en la región desde mediados del siglo pasado, procedentes del interior del país –*idem*–.

⁴⁰ El Glifosato –nombre comercial Round up y Rodeo, nombre químico N(fosforometil) glicina– es un herbicida no selectivo, polivalente y de amplio espectro en cultivos y en áreas sin cosechas. Actúa sobre el follaje inhibiendo la síntesis esencial de aminoácidos y destruyendo los pigmentos clorofílicos, de manera que a los pocos días de aplicación las plantas se marchitan por absorción foliar.

De acuerdo al informe de Ecoforest Ltda., anexo al expediente, la acción del compuesto en mención en los organismos del suelo no es precisa, pero se conoce que es ligeramente tóxico en peces –en concentraciones mayores de 10 ppm–, y en aves. Respecto de los mamíferos la consultoría en cita advierte que se ha detectado una ligera toxicidad por inhalación, e irritación de los ojos, y que no se conoce si altera la reproducción, si es cancerígeno, o si muta genes. En cuanto a su degradación estos estudios indican que el Glifosato es degradable por los organismos del suelo, degradado por los microorganismos del agua y volatizable en el aire –Ecoforest Ltda. Pruebas 1, 2 y cuaderno 5.

La Evaluación del riesgo para humanos del herbicida, realizado por Gary M. Williams del Departamento de Patología de la Escuela Médica de New York, y otros, en diciembre de 1999, dictaminó: “*Las revisiones de seguridad del glifosato y del herbicida Roundup, conducidas por varias agencias reguladoras e instituciones científicas en todo el mundo han llegado a la conclusión de que nada indica preocupación para la salud humana. Sin embargo, periódicamente, surgen preguntas sobre su seguridad. Se hizo esta revisión para obtener una evaluación completa y actualizada de la seguridad y riesgo para humanos. Incluye evaluaciones del glifosato, su principal metabolito (ácido aminometilfosfónico (AMPA) y sus formulaciones Roundup y el surfactante predominante (amina sebosa polietoxilada POEA) que se usan en la formulación de Roundup en todo el mundo. (...) La absorción original del glifosato y AMPA es baja y ambos materiales se*

evaluar las aplicaciones del producto con equipos de aspersión instalados en helicópteros, y (iii) determinar los efectos del producto en la vegetación circundante, se inició la fase experimental de la aplicación del herbicida en mención en la Sierra Nevada de Santa Marta –previo “ensayo” realizado en marzo del mismo año en Acacías (Meta)–, fase que concluyó con la recomendación de aplicar el herbicida, bajo determinadas condiciones, como lo indica el siguiente aparte del informe presentado por el Instituto Colombiano Agropecuario, ICA.

eliminan esencialmente sin metabolizar. Los estudios de Penetración dérmica del Roundup demostraron muy poca absorción. La evidencia experimental ha demostrado que el glifosato y el AMPA no son bioacumulables en ningún tejido animal. No se presentó toxicidad significativa en estudios de toxicidad aguda, subcrónica y crónica. La exposición ocular directa a la formulación concentrada de Roundup puede causar irritación transitoria, mientras que el rociado del producto diluido causa, como máximo, sólo efectos mínimos. (...) No se obtuvo evidencia convincente de daño directo al ADN in vitro o in vivo y se llegó a la conclusión de que Roundup y sus componentes no significan un riesgo de mutaciones hereditarias o somáticas en humanos. Con múltiples estudios de alimentación durante toda la vida no se ha podido demostrar ningún potencial tumorigénico del glifosato. De igual manera se llegó a la conclusión que el glifosato no es carcinogénico. El glifosato, AMPA y POEA no fueron teratogénicos ni tóxicos en el desarrollo. No se observaron efectos sobre los parámetros de fertilidad o reproducción. De igual manera no hubo efectos adversos sobre los tejidos reproductivos de animales tratados con glifosato, AMPA o POEA, en estudios crónicos o subcrónicos. Los resultados de los estudios normales con estos materiales tampoco demostraron efectos que indicaran modulación endocrina. Por lo tanto se concluye que el uso del herbicida Roundup no tiene efectos adversos para el desarrollo, la reproducción o los sistemas endocrinos de los humanos y otros mamíferos. (...) –Prueba 4 folios 292 a 331–.

“[E]n el suelo que contiene materia orgánica el glifosato puede alterar la producción de carbono y nitrógeno. Las plantas pueden metabolizarlo para dar CO₂ y productos orgánicos naturales. Cabe anotar que el aumento de bacterias nitrificantes lo que a su vez conduce a un aumento de los nitritos en el suelo. Esto provoca que los alimentos también contengan mayor concentración de nitritos, los que combinados con aminas producen los nitrosaminas, definidas como agentes cancerígenos. Por otra parte los nitritos en altas concentraciones pueden producir metahemoglobinemia en animales y humanos –información sobre glifosato uso y toxicología. Boletín N.1. Ministerio de Salud. Subdirección de Control de Factores de Riesgo del Ambiente. División de Sustancias Potencialmente Tóxicas. Instituto Nacional de Salud. Febrero de 1992, Citado por la Defensoría del Pueblo, cuaderno 6 folio 22.

“Contrariamente a la información de que el glifosato es prácticamente inocuo como afirma Monsanto, empresa que produce el Roundup, numerosa información ha saltado a las páginas de los periódicos denunciando sus efectos contra la salud por lo que esta empresa fue forzada por una corte de Nueva York a retirar la afirmación de que el producto era “sano, no tóxico e inofensivo” (London Observer) (...) otros informes reportan que el glifosato es el tercer plaguicida que provoca más problemas en la salud entre los trabajadores rurales de California: “su aplicación produce fitoestrógenos en las verduras, que actúan como hormonas en los mamíferos y podrían causar graves alteraciones en el aparato reproductivo” (Hoy, Quito, 24/JUL/00) -Reporte de la Investigación de los Impactos de las Fumigaciones en la Frontera Ecuatoriana, Defensoría del Pueblo, cuaderno 6, folio 114.

“[L]a exposición al glifosato causa irritación de las mucosas, alteración de la sangre, disminuye el contenido de oxígeno y produce cambios neurológicos que impiden la contracción de los músculos. Además “tiene la capacidad de aumentar la concentración de CO₂ en el suelo, lo que a su vez, origina el aumento de las bacterias nitrificantes que transforman los nitritos a nitratos. Esos nitratos generan nitrosaminas, sustancias cancerígenas que tienen la primera probabilidad de producir cáncer gástrico” Dr. Marco Álvarez Ministerio de Salud Pública, Hoy, Quito, 13 de septiembre de

“6.1 El herbicida Glifosato y el equipo empleado para su aplicación, es efectivo para erradicar los cultivos de Cannabis sp en cualquiera de sus estados de desarrollo vegetativo.

2000, Reporte de la Investigación de los Impactos de las Fumigaciones en la Frontera Ecuatoriana, ya citado.

“La toxicidad del glifosato comercial a la concentración del 48% presenta una dosis letal media (mínima cantidad requerida, en una sola dosis, para matar a la mitad de los individuos en experimentación de un grupo homogéneo), por vía oral de 4.900 a 5.000 mgrs, por kilogramo de peso vivo en ratas hembras, Categoría IV de toxicidad asignada por la FEDERAL, INSECTICIDE, FUNGICIDE AND RODENTICIDE ACT, FIFRA, Categoría III para toxicidad inhalatoria, y Categoría IV para la toxicidad dérmica. La Environmental Protection Agency, EPA, según criterios de la FIFRA y en igualdad de condiciones, le asignó Categoría II por el efecto ocular irritante y la opacidad corneal en conejos, efectos, estos últimos que según el fabricante son originados por la seboamina etoxilada que se utiliza como surfactante y que también tiene la capacidad de causar irritación gastrointestinal, náuseas, vómito y diarrea (...).

Estudios a 7, 14, 21 y 90 días, para toxicidad aguda en bovinos, ratas, conejos y ratones revelan lo siguiente: 1. Muerte por dificultad respiratoria y subsecuente neumonía en una novilla, disminución de la ingesta de alimento y cambio en los parámetros hemáticos en las demás. 2. Lesiones en las glándulas salivares de las ratas. 3. Eritema, edema, fisuración y exudación en piel abrasionada de los conejos. 4. Reducción de la ganancia ponderal, incrementos en el peso relativo de hígado, riñones y testículos, disminución del peso del timo, incrementos en el hematocrito, en el recuento de células sanguíneas, en la actividad de fosfatasa alcalina (su aumento se interpreta como índice de daño en la función hepática) y aminotransferasa de alanina, disminución en el recuento de espermatozoides. Alteración citoplasmática de las glándulas salivares parótidas y submaxilares por cambios basófilos de las células acinares que se revela por histopatología”. (USDA (1.987^a, The acute oral toxicity of the herbicide Roundup (MON-2139) in young cattle (Study NO. 82001. United States Department of Agriculture, College Station, Texas, Veterinary Toxicology and Entomology Research Laboratory, Veterinary Research Unit (Unpublished report submitted by Monsanto Ltd. to the LPCS, Monsanto Study N. VT-82-001).

“(…) En junio de 1991, la División de Efectos en Salud, HED de Estados Unidos, reunió un Comité para evaluar la evidencia para glifosato con particular énfasis en su potencial cancerígeno. Este comité concluyó que el glifosato debía ser clasificado en el grupo E (evidencia de no carcinogénesis para humanos) con la advertencia de que “la designación de un agente en el Grupo E se basa en la evidencia disponible hasta el momento de la evaluación y no debe ser interpretada como una conclusión definitiva de que el agente no será cancerígeno bajo ninguna circunstancia” (EPA, 1991). Sin embargo, en el Informe del Ministerio de Salud de 1991 se presentan otros estudios en ratas, en los que se ha constatado la presencia de células malignas en páncreas, tiroides, testículos, riñones e hígado.

(…) En el Boletín del Ministerio de Salud, en 1992, (EPA,1991) se hace referencia (...) a informes sobre “efectos nocivos en estudios de linfocitos humanos, los que mostraron que el Glifosato produce cambios en el DNA de cromátides hermanas”.

(...) *En el informe de ARECI se describen hallazgos similares a los descritos en el Boletín del Ministerio de Salud, sin embargo, allí se concluye que el glifosato es poco tóxico para humanos y animales, de la siguiente manera: “comparativamente es menos tóxico que la sal común, la aspirina y hasta la vitamina A”. Se acepta, igualmente, que de esta toxicidad se excluye el grado tóxico de los solventes y demás componentes de las formulaciones comerciales del herbicida, desconociendo que el surfactante hace parte del herbicida en un 59%, de acuerdo con lo descrito en la página 10 del mencionado informe.”* Defensoría del Pueblo, Informe Evaluativo No. 3010-04, cuaderno 6, folios 18 a 31.

6.2 Hasta la fecha no se han observado daños que pueda ocasionar el Glifosato en la vegetación de cobertura natural a la zona de impacto, ni muerte de insectos, aves, ni animales en general.

7. Recomendaciones

7.1 De los resultados obtenidos se recomienda la aplicación de Glifosato por vía aérea para erradicar los cultivos de marihuana, utilizando dosis que estén entre 2.5 a 3.0 litros por hectárea y siempre teniendo en cuenta los parámetros previamente establecidos (numeral 5.2.12)”⁴¹ (...).

Sobre el impacto en la vegetación circundante el informe advierte:

“Como complemento se viene evaluando la vegetación arbustiva y árboles que rodean los lotes de Cannabis sp que han recibido la acción de Glifosato, y aún no se observan daños aparentes de fitotoxicidad, lo cual está estrechamente

(...) el tiempo de degradación del glifosato en el suelo depende de las características de este último, del clima y del relieve, y que en el país no existen estudios científicos ni técnicos que permitan establecer los efectos causados por su uso” –Tomas Leon Sicard –Agrólogo con maestría en ciencias ambientales, doctorado en tecnología agroambiental, profesor de la Universidad Nacional –citado por Consejo de Estado–, providencia de febrero 28 de 2002, M.P. Germán Rodríguez Villamizar, en Acción Popular de Claudia Sanpedro y Otros contra Ministerio del Medio Ambiente y Otros, cuaderno 8 folio 42.

(...) señaló, que mediante evaluaciones de campo ha determinado que el glifosato no causa ningún daño en el suelo desde el punto de vista agronómico, y en relación a las afecciones a la salud humana que posiblemente produce, dijo que actualmente existen dos estudios elaborados por la Clínica Uribe Cualla en donde se evalúan casos concretos en las poblaciones de San Pablo (Nariño) y el Putumayo, pero sin exponer los resultados obtenidos).

Según su experiencia, recalco que en suelos tropicales, la molécula del glifosato se biodegrada rápidamente especialmente por la acción bacteriana y se fija en las partículas del suelo inhibiendo su acción herbicida; y que mediante acciones de campo ha logrado establecer que las zonas que fueron asperjadas y posteriormente abandonadas, en donde cesó toda actividad antrópica, se recuperan satisfactoriamente quedando las tierras aptas para cultivos lícitos –idem, declaración rendida por Jairo Ernesto Pérez –Ingeniero forestal, Auditor Ambiental del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos– el 21 de agosto de 2001.

“Afirmó, que el contacto con el glifosato produce ciertos efectos nocivos, tales como irritación en la piel y ojos, como resultado del contacto directo por el uso en aspersión; y por la exposición crónica, es decir exposición durante varios años en bajas dosis, el efecto puede ser cáncer, pero este sólo se observa 20 ó 30 años después de la aplicación de la sustancia. Lo anterior teniendo en cuenta que el glifosato tiene compuestos nitrogenados los cuales según estudios de toxicidad, son cancerígenos y además, porque dentro de los componentes agregados a este se encuentra el POEA, sustancia de la que se sospecha el mismo efecto.

Comentó, que como no existe certeza sobre los efectos cancerígenos del glifosato y no existen estudios al respecto en Colombia, se debe suspender su uso para realizar nuevos experimentos, ya que actualmente la fórmula química que se emplea para su composición, es distinta a la que se usaba cuando realizó los primeros estudios en 1992”. María Elena Arroyave –médica con maestría en toxicología, epidemiología y bioestadística, Subdirectora de investigación y desarrollo del Instituto Nacional de Salud, ibidem declaración rendida el 27 de agosto de 2001, folios 43 y 44.

⁴¹ El informe del ICA –relacionado en el acápite de pruebas– al que se hace referencia resume en el punto 5.2.12 los parámetros de aplicación del producto, entre otros, horas de aplicación, altura, densidad, tamaño de la gota, dosis, etc.

relacionado con el grado de precisión con que el piloto abre y cierra las boquillas de aspersión para evitar que el producto caiga en área no objeto de aplicación”.

–Ante la necesidad de aplicar el herbicida glifosato para destruir los cultivos ilícitos existentes en el municipio de Corinto (Cauca), debido a su proliferación, el INDERENA recomendó al Consejo Nacional de Estupefacientes obtener una “*declaración de efecto ambiental*” por parte de la firma ECOFOREST LTDA., consultoría esta que fue realizada en tres fases y adelantada por ocho expertos.

A continuación se hace referencia a los aspectos de cada una de las fases de la asesoría que se reseña, por su particular relevancia:

Fase I –31 de agosto a 9 de septiembre de 1988–.

En esta primera etapa la firma consultora efectuó un diagnóstico general de la zona, a fin de establecer “*el estado inicial de referencia ambiental o línea de base*”, valoración que le permitió clasificar los cultivos de marihuana existentes en la zona –municipio de Corinto y áreas adyacentes– en cuatro tipos así:

Tipo I: Área entre 0.25 y 0.5 ha, valles en v y media ladera, asociados a cultivos de pancoger, bosques de galería y relictos boscosos.

Tipo II: Área entre 0.5 y 1.5 ha, media ladera y planicies de colina, asociados a rastrojos, pastos y cultivos de pancoger.

Tipo III: Área entre 1.5 y 3.0 ha, media ladera o planicie y colina, asociada a relictos boscosos, rastrojos o pastos.

Tipo IV: Área mayor de 3 ha, planicie, asociados a rastrojo y pastos.

Según el informe, el valor estimado de la producción de marihuana en el lugar objeto de estudio durante 1988 ascendió a \$16.800.000.000.00 (2 cosechas por año), 50% distribuido entre los cultivadores (en una alta proporción del Tipo I y II, con ingresos aproximados de \$2.500.000.00 anuales, por cultivo), el 5.18% fue destinado, por los cultivadores, al pago de la protección que les brindaron los grupos alzados en armas, y el 44.82% restante, aunque no lo pudo establecer con precisión, indica el informe que “presumiblemente” también benefició a los grupos armados al margen de la ley.

El estudio analizó las diversas alternativas de erradicación de los cultivos ilícitos existentes en la zona señalando las operaciones manual, mecánica, por control biológico, por empleo de sustancias moderadoras, y por aplicación de herbicidas.

Esta última alternativa, a su vez, fue subdividida en dos métodos, uno de aplicación dirigida (equipo portátil o con una sola boquilla desde camión o helicóptero), y otro de aplicación generalizada (aspersión aérea con aeronaves de alas fijas, con helicópteros o con equipo terrestre pesado).

La asesoría descarta la aplicación de herbicidas con aeronaves de alas fijas, en la región objeto del estudio, esto es avionetas y aviones tipo turbo, “*por la considerable magnitud de la deriva de las sustancias asperjadas*”, con los consiguientes daños a los cultivos asociados y a las zonas adyacentes a los mismos.

Conforme a las anteriores alternativas el estudio recomendó erradicar los cultivos ilícitos Tipos I y II, existentes en la región, utilizando los métodos manual y mecánico –destrucción de la mata por corte y desbrozado, con equipos de motor a gasolina, o control químico con herbicidas de operación terrestre–, como quiera que el método manual fue considerado 100% selectivo, no contaminante y de bajo costo, y el procedimiento mecánico fue evaluado como más eficiente que el anterior, aunque de mayor cuidado en su aplicación debido a que podría significar la contaminación accidental de los operarios y de las fuentes de agua.

Para la erradicación de los cultivos Tipo III se recomendó el método de herbicidas con operación terrestre y, eventualmente, el de aplicación aérea con helicóptero acondicionado de equipo aspersor para aplicaciones dirigidas.

La fumigación aérea, utilizando helicópteros acondicionados con aquilón y boquillas convencionales, fue recomendada únicamente para la erradicación de cultivos Tipo IV.

El estudio formuló varias recomendaciones, para ser tenidas en cuenta en la fumigación aérea de los cultivos de los dos Tipos, en cuanto i) la zona debía ser previa y detalladamente reconocida para preservar del efecto del herbicida áreas sensitivas ambientales, ii) la aplicación debía adelantarse en áreas alejadas de espacios habitacionales, en condiciones ambientales apropiadas y con personal calificado, iii) se requería mantener una asesoría permanente en el uso de herbicidas, y iv) la operación debía contar con bases a distancias no mayores de 10 a 15 kilómetros.

Para aplicaciones terrestres de herbicidas fueron recomendados, en su orden, el Glifosato, el 2,4-D, el Banvel D, el Tordon 101, el Dalapón, y el Atrazina, para aplicaciones aéreas únicamente el primero.

Fase II –17 de noviembre de 1988 a 17 de abril de 1989–

La Fase II del estudio complementó la anterior en lo relativo al estado inicial de la referencia ambiental de base, además describió la actividad de erradicación adelantada en la región entre el 13 de octubre y el 7 de noviembre de 1988 por la Policía Antinarcóticos, denominada Operación Puracé, realizó la evaluación ambiental sistemática de la actividad, formuló recomendaciones con el objeto de mitigar o aminorar el impacto ambiental y diseñó un Plan de Seguridad o Monitoreo.

Para adelantar la Fase II la C.V.C. expidió la Resolución No. 233 del 29 de septiembre de 1988, avalada por el INDERENA, mediante la cual se autorizó la erradicación de los cultivos ilícitos ubicados en el municipio de Corinto, de acuerdo con las recomendaciones y observaciones del estudio elaborado por ECOFOREST LTDA., en la primera Fase del estudio adelantado al respecto.

Previamente a la operación fue realizado un reconocimiento general que permitió establecer 5 zonas por densidad de concentración del cultivo de marihuana, posteriormente se adelantó una operación de erradicación manual que incluyó el uso del machete, guadañadora y fumigadora de mochila y espalda y se concluyó con la aspersión durante un día de herbicidas por vía aérea, en un área agrupada de 30 hectáreas, y en cultivos Tipo IV.

El informe se refiere así al impacto ambiental, biofísico y socioeconómico detectado:

- “b. El impacto ambiental de la erradicación sobre el componente bio - físico (sic) puede considerarse de muy escasa significación, por razón de que durante la operación Puracé se cumplieron cuidadosamente las normas técnicas y salvaguardias ambientales propuestas por la Consultoría en el instructivo correspondiente presentado en la FASE I.*
- c. Aparentemente, el impacto de la erradicación sobre el campo socioeconómico y en particular sobre los indicadores vinculados a la actividad económica (P. I: B., ingresos familiares y generación de empleo) fue significativo para la región y dio origen a una masiva movilización campesina y de otros gremios económicos (...).”*

Y para mitigar los efectos anotados fueron formuladas varias recomendaciones relativas a los procedimientos de erradicación, y la sustitución de cultivos, por ser la marihuana una fuente importante de ingresos para los pobladores de la región. Tal como lo indica el siguiente aparte del estudio:

“Es necesario advertir que el programa de sustitución de la marihuana por otras alternativas de producción agropecuaria lícita de alta rentabilidad, propuesto por la consultoría⁴², debe ser complementado con otras acciones de presencia del Estado dirigidas a una atención integral del problema. Es el caso del mejoramiento de la infraestructura física, los servicios públicos y los servicios sociales de salud y educación, principalmente⁴³.

El propio programa de sustitución recomendado conlleva una integración de la transferencia tecnológica, el crédito la supervisión técnica y los indispensables mecanismos de comercialización de la producción.

En consecuencia, el fundamento de la mitigación de los impactos desfavorables causados por la destrucción de los cultivos de marihuana y los cuales han afectado preponderantemente al ambiente socioeconómico de la zona, deberá

⁴² En la última parte de la Fase II se programa la sustitución de cultivos ilícitos para la zona, con un requerimiento total de \$3.820,5 millones –Cuaderno 5, páginas 112 y siguientes–.

⁴³ *“La principal actividad económica de la zona es la de producción agropecuaria, seguida de la actividad comercial. Dentro de la primera predomina la agricultura sobre la ganadería –página 31 informe en cita–.*

Con anterioridad a la erradicación de los cultivos ilícitos el renglón económico de mayor importancia en la zona era el cultivo y comercialización de la marihuana (...) en la zona no hay actividades industriales –página 32 –ídem–.

“En cuanto a la distribución de la tierra en Corinto predomina la pequeña propiedad, especialmente en el piso térmico correspondiente al clima medio (...) el 48.69% de los propietarios son dueños de solo el 3.39% de la superficie total. Corresponde al minifundio y representa 878 fincas menores de 3.0 hectáreas –página 34–.

El 13% de las viviendas se califican como de hacinamiento crítico. El 30% de la población corresponde al segmento que vive en la miseria, así como el 22% de las viviendas. El 28% habita en viviendas independientes. El índice de calidad de vida es de 41.90 el de calidad de vivienda de 58.19 y el nivel educativo de 41.97” –página 42–.

ser la atención integral de todos los problemas, carencias e insuficiencias que han coadyuvado, así ello sea injustificable a la luz de consideraciones éticas y legales, a la elección de medios ilícitos para la subsistencia.” –páginas 91 y 92–.

Sobre la erradicación de cultivos por aspersión aérea, se recomendó considerar.

“Aunque la aspersión de Glifosato con aeronaves fue mínima en las áreas donde se desarrolló la Operación Puracé, las experiencias de aspersiones similares en otras áreas de cultivos tratados y la naturaleza misma de las aspersiones con aeronaves de alas fijas y helicópteros permiten identificar con bastante precisión, el origen y probable magnitud de los impactos atribuibles a la fracción de las aspersiones del herbicida que, por varias razones, incluyendo defectos propios de las aspersiones con aeronaves tales como la “deriva” hacen que esas fracciones sobrepasen las áreas previstas para tratamientos y causen daños y contaminaciones indebidas en cultivos y áreas ecológicas que no debían ser blanco de los impactos perjudiciales de las moléculas del Glifosato”. –página 93–.

Además la consultoría estableció las condiciones en que la operación podía realizarse haciendo uso de helicópteros, proscribió la aspersión de herbicidas en zonas de minifundio utilizando avionetas y aviones de alas fijas, y no recomendó el uso de helicópteros en dichas zonas, como lo denota el siguiente aparte:

“Las especificaciones técnicas de operación de asperjar herbicidas químicos con aeronaves, tal como se presentaron en los anexos respectivos, permiten deducir, con sobradas razones, que si bien los aviones tipo Turbo - Prop proporcionan una relativa ventaja y seguridad, cuando se operan en superficies grandes con monocultivos de marihuana, ese sistema no es recomendable en áreas de minifundio y sobre cultivos de marihuana entremezclados con especies vegetales alimenticias, en áreas cruzadas por ríos o corrientes de agua utilizados para consumo humano o animal. (sic) o en localidades aledañas a bosques, parques y reservas naturales, así los perjuicios resulten de naturaleza temporal y de magnitud reducida.

Los helicópteros podrían reducir sustancialmente la magnitud de la “deriva”, pero tampoco son recomendables en áreas de minifundio y con cultivos asociados. Esto se constató en las aplicaciones de campo y en las mediciones que se hicieron sobre el potencial de la “deriva” en las pruebas de calibración de equipos y en las aspersiones de ensayo, empleando agua con sustancias colorantes, sobre espacios previamente acotados.

Las experiencias derivadas de las aspersiones de prueba con aviones y helicópteros, además de haber demostrado la necesidad de prohibir categóricamente el empleo de avionetas y de restringir severamente la utilización de helicópteros a un número muy reducido de áreas ecológicas y a condiciones de que las operaciones se realicen con viento en calma (velocidad cero del viento) lo cual es muy difícil de lograr, también demostraron que, además del viento, la humedad relativa del aire y la temperatura, hay otras variables capaces de originar, en cualquier momento, condiciones que

incrementan la magnitud de la “deriva” y obligan a descartar, igualmente las operaciones con helicóptero” –páginas 93 a 95–.

Por último los expertos consultados recomendaron la aspersión terrestre de herbicidas y la destrucción manual y mecánica de los cultivos, en razón de que pudieron comprobar, no obstante la deriva del producto, que la magnitud del impacto fue considerablemente menor, y más fácilmente controlable que la producida por la aspersión aérea.

Y calificaron de convenientes las destrucciones manual y mecánica para erradicar cultivos en zonas de difícil acceso y de extensión reducida, por ser procedimientos limpios y efectivos, sin perjuicio de las dificultades que implicaban tales destrucciones por tratarse de operaciones dispendiosas y lentas.

En cuanto a la elección del plaguicida para erradicación química, el informe ratifica su preferencia por el glifosato, por ser el herbicida de mejor aplicación tanto en las operaciones aéreas como terrestres, a la dosis de 860 a 1.000 gramos de ingrediente activo por hectárea –2.0-2.3 litros de formulación comercial–, diluido a la menor cantidad de agua posible, atendiendo a los requerimientos de los equipos de aspersión disponibles.

Fase III

La Fase III del estudio *“propone, fundamentalmente, un modelo ambiental para la erradicación de cultivos ilícitos en Colombia –marihuana y coca, principalmente–, con base en los resultados y conclusiones de las fases precedentes, una amplia revisión bibliográfica y el trabajo multidisciplinario de los consultores participantes”*; combinando aspectos de salvaguardia ambiental con criterios de eficiencia.

En ese sentido el estudio recomienda tener en cuenta: i) que la operación debía ser previa y debidamente planeada mediante localización del área, la determinación de su perímetro, la identificación del cultivo, y las vías de acceso; ii) que el cultivo debía ser caracterizado por sus condiciones agroecológicas y socioeconómicas; iii) que el método de erradicación –manual, mecánico, químico o sistemas combinados– requería ser seleccionado cuidadosamente, atendiendo a las características de la zona y a la tipología del cultivo, y iv) que se debía iniciar de inmediato el programa de sustitución de cultivos, acompañado de una fuerte presencia institucional, con el objeto de mitigar los aspectos desfavorables o negativos de las operaciones que debían adelantarse.

Además el informe: i) descarta la aplicación del método de destrucción manual por lento y costoso, y no recomienda el empleo de aviones de ala fija para aspersión de herbicidas, recomendación que hace extensiva a todas las zonas del país, debido a la imposibilidad técnica de reducir la “deriva”; ii) condiciona el uso de helicópteros a la posible minimización de este riesgo, es decir atendiendo a la tipología del terreno, la extensión del cultivo, y las condiciones de aplicación; iii) posibilita recurrir a métodos combinados, y iv) ratifica la preferencia por el glifosato, entre los herbicidas existentes en el mercado, para la destrucción por fumigación, cualquiera fuese el método elegido.

Para finalizar la consultoría recomendó realizar un plan permanente de monitoreo y de seguimiento del programa.

- El 31 de enero de 1992 el Consejo Nacional de Estupefacientes en ejercicio de la competencia que le asignó la Ley 30 de 1986⁴⁴, comunicó a la opinión pública la iniciación del programa de erradicación del cultivo ilícito de amapola mediante “(...) una estrategia de acción basada en: reconocimiento previo de las áreas de cultivo, la selección de métodos y áreas de erradicación y el planeamiento operacional. En relación con este último aspecto el comunicado establece que se debe realizar una fijación de normas específicas y técnicas prioritarias a observar en el procedimiento policial⁴⁵”.
- A su vez la Policía Antinarcoóticos, al iniciar el proceso de fumigación en el Departamento del Huila, estableció las normas que se debían tener en cuenta para la aspersión aérea de herbicidas, entre las que se destacan la no aplicación del procedimiento en zonas pobladas, criaderos, áreas de manejo especial, y en sitios cercanos a cursos o fuentes de agua. Asimismo dispuso que no se sobrevolarían “acueductos, escuelas y demás lugares que representan peligro para la salud humana”.
- Además el INDERENA, en comunicación dirigida a los Ministros de Defensa y Justicia, el 5 de febrero de 1992, observó la necesidad de contar con una Auditoría Ambiental para la supervisión y control ambiental del proceso de erradicación de cultivos ilícitos, y recordó la necesidad de tener en cuenta las competencias de las Corporaciones Regionales, y la suya propia según el proceso que se adelante en jurisdicción de las primeras o en los Parques Naturales, respectivamente.
- Adicionalmente el Ministerio de Salud –hoy de Protección Social–, presentó al Consejo Nacional de Estupefacientes un “Plan de Salud basado en los principios de vigilancia epidemiológica” en asocio con la auditoría ambiental, con el objeto de proteger el derecho a la salud, por razón del procedimiento de erradicación

⁴⁴ El artículo 91, literal g, de la Ley 30 de 1986, entre las funciones del Consejo Nacional de Estupefacientes, relaciona: “Disponer la destrucción de cultivos de marihuana, coca y demás plantaciones de las cuales se pueda extraer sustancias que produzcan dependencia, utilizando los medios más adecuados, previo concepto favorable de los organismos encargados de velar por la salud de la población y por la preservación y equilibrio del ecosistema del país”.

En ese sentido dice el artículo 375 de la Ley 599 de 2000: “Conservación o financiación de plantaciones. El que sin permiso de autoridad competente, cultive, conserve o financie plantaciones de marihuana o de cualquier otra planta de las que pueda producirse cocaína, morfina, heroína o cualquier otra droga que produzca dependencia, o más de un kilogramo de semillas de dichas plantas, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y en multa de doscientos (200) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de plantas de que trata este artículo excediere de veinte (20) sin sobrepasar de cien (100) la pena será de cuatro (4) a seis (6) años de prisión y multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

⁴⁵ Folios 134 a 138 cuaderno 3.

de cultivos ilícitos, por el método de aspersión aérea de herbicidas, al que se viene haciendo referencia⁴⁶.

- El Instituto Colombiano Agropecuario, ICA, “*Con referencia a las pruebas adelantadas durante la semana del 20 al 24 de abril de 1992*”, para la erradicación de cultivos de amapola mayores de 2 hectáreas, ubicados a alturas superiores a 8.500 pies, alejados de núcleos poblacionales y de otras explotaciones agrícolas y pecuarias, recomendó a la Dirección Nacional de Estupefacientes el uso de aviones AYRES TURBO THRUSH COMMANDER, siempre que no se trate de cultivos “*pequeños que exigen precisión para su tratamiento*”⁴⁷.
- La comisión adelantada entre el 15 y el 18 de septiembre de 1992, del Instituto Colombiano Agropecuario, designada para evaluar los daños ambientales que hubieren podido ocasionar las aplicaciones con Glifosato realizadas por la Policía Antinarcóticos sobre una amplia zona de la Cordillera Oriental, comprendida entre los departamentos del Huila y del Caquetá, informó:

“En todas las observaciones hechas desde el helicóptero de seguridad no se notaron anomalías relacionadas con las aplicaciones y los pases de aspersiones que por casos accidentales de fuerza mayor como producción de “deriva” depositada sobre las copas de los árboles circundantes a los lotes de amapola, son muy mínimas (sic), las cuales se consideran no alcanzan a causar daños fitotóxicos manifiestos, como bien lo demuestran lotes de amapola secos por el tratamiento con aplicaciones de hace más de 10 días y su vegetación de árboles circundantes al mismo, sin síntomas visibles de daño.

*Durante los 4 días observados, las aplicaciones siempre se hicieron bajo los parámetros recomendados (...)*⁴⁸”.

⁴⁶ La Dra. María Elena Arroyave –médica de la Universidad del Cauca, con maestrías en toxicología de la Universidad Surrey de Inglaterra, y en epidemiología y bioestadística de la Universidad McGill de Canadá, actualmente Subdirectora de Investigación y Desarrollo del Instituto Nacional de Salud-en declaración rendida ante la Subsección B, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 27 de agosto de 2001, sostuvo que “[p]or solicitud del Ministerio de Salud, participó a comienzos de 1980 en las evaluaciones que se hicieron sobre toxicidad del glifosato para el control de marihuana y coca; y en 1992, año en que se desempeñó como asesora del despacho del Ministro de Salud, realizó estudios para poder otorgar al Consejo Nacional de Estupefacientes la autorización pertinente para el control de amapola.

En los estudios que realizó en el año de 1992, logró demostrar que el glifosato era un producto de toxicidad aguda, pero no pudo establecer con certeza si tenía o no efectos cancerígenos. Por este motivo, el ministro de salud (sic) de aquel entonces, no aprobó su uso para erradicar cultivos ilícitos”. –Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, providencia de 28 de febrero de 2002, M.P. Germán Rodríguez Villamizar, cuaderno 8, folios 43 y 44, nota 2–.

⁴⁷ Las condiciones de la operación recomendadas por el ICA en el informe en mención fueron: Óptimas condiciones ambientales, aplicación durante las primeras horas de la mañana, con humedad relativa superior a 75%, temperatura inferior a 20°C, vientos en calma menores a 2 M.P.H., operación de apertura y cierre de las boquillas a alturas inferiores de 10 metros –folio 4, cuaderno 3–.

⁴⁸ Cuaderno 3 folios 5 a 8.

- El 28 de junio de 1993, la Policía Nacional Dirección Antinarcóticos, solicitó al Consejo Nacional de Estupefacientes autorización para “*fumigar con herbicidas los cultivos ilícitos de coca y marihuana en todo el país*”, para el efecto presentó el estudio denominado “*Erradicación Cultivos de Marihuana*”; no obstante el Ministerio de Salud y el INDERENA se abstuvieron de emitir un pronunciamiento nuevo al respecto, en cuanto consideraron que debían tenerse en cuenta las autorizaciones, recomendaciones y previsiones emitidas con anterioridad –folios 134 a 138 cuaderno 3–.
- Mediante la Resolución No. 0001 del 11 de febrero de 1994 el Consejo Nacional de Estupefacientes, previos conceptos del Ministerio de Salud y del INDERENA –condicionados al reconocimiento preliminar del cultivo, la selección del método de aplicación y el planeamiento de los operativos– resolvió extender y precisar las autorizaciones que habían sido concedidas para la erradicación de cultivos ilícitos en el país, a través de “*aspersión aérea controlada (...) en extensiones amplias de terreno, que excedan las dos hectáreas, y el cultivo ilícito sea único, tomando en cuenta consideraciones topográficas y la cercanía de asentamientos humanos (...)*”⁴⁹.
- El Gobierno Nacional mediante el Decreto reglamentario 1753 del 3 de agosto de 1994⁵⁰ dispuso que los proyectos obras o actividades iniciados con anterioridad a la vigencia de la Ley 99 de 1993 no requerían licencia ambiental, aunque autorizó a las autoridades ambientales exigir que tales proyectos, obras o actividades se ejecuten con planes de manejo, de recuperación, o de restauración ambiental⁵¹.

⁴⁹ La Resolución 0001 de 1994, condicionó la procedencia de la operación de aspersión aérea a la necesidad de elaborar un plan que tuviese en cuenta las condiciones de los cultivos y de la operación, dispuso que la operación se adelantaría en coordinación con las autoridades locales, estableció la presencia cívico-policial en las regiones objeto de los operativos, destacó la evaluación periódica de los resultados, determinó la contratación de una auditoría ambiental y previó la iniciación de programas de rehabilitación social, económica y ecológica en las zonas afectadas con la erradicación.

⁵⁰ El Decreto 1753 de 1994 reglamentó parcialmente los Títulos VIII y XII de la Ley 99 de 1983 sobre licencias ambientales.

⁵¹ “*Estando debidamente establecido que la erradicación de cultivos ilícitos es una actividad asignada al Consejo Nacional de Estupefacientes desde el año de 1986, que la ejecuta a través de la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional y que la inició con anterioridad a la expedición de la Ley 99 de 1993 y de su decreto reglamentario, tal como lo demuestran los conceptos de las autoridades de salud y del medio ambiente a que se ha hecho referencia, se llega a la conclusión de que a dicha actividad se le aplica el régimen de transición que fue consagrado en la misma ley y desarrollado en su decreto reglamentario, según el cual no se requiere la licencia ambiental y puede seguirse desarrollando, sin perjuicio de que las autoridades ambientales que lo consideren necesario puedan intervenir, para que se cumplan las normas que regulan el medio ambiente con el fin de conservarlo sano, de recuperarlo o de restaurarlo, según el caso. Así lo consideró la Ministra del Medio Ambiente, en comunicación del 20 de diciembre de 1994, dirigida al señor Ministro de Justicia y del Derecho, que obra a folio 119 del expediente, en el cual le manifiesta que: ‘Es necesario advertir que el concepto emitido por el Inderena conserva su validez jurídica, toda vez que era la entidad competente en materia ambiental antes de la entrada en vigor de la Ley 99 de 1993 y dio aplicación a la normatividad vigente en ese momento. Debe agregarse que la fumigación obedece a una política de control de orden público, por lo tanto no tiene solución de continuidad, motivo por el cual la situación*”

- El 24 de agosto de 1994, la Dirección Nacional de Estupefacientes adelantó las pruebas de evaluación del equipo aspersor disponible -avión Turbo Thrush T65-, para la erradicación de los cultivos de coca ubicados en la Amazonía Colombiana, adelantado en la Base de Operaciones de la Policía Antinarcóticos de San José del Guaviare, con el siguiente resultado:

“e) La prueba No 3 evidencia resultados muy buenos y, si se compara el efecto de la dosis del Tratamiento A, en las Pruebas 2 y 3, se puede ver que la adición del Vinagre si parece incrementar el efecto herbicida del Glifosato. Si se compara con la dosis más alta de la Prueba No 1 se puede ver que es muy similar en efectividad.

Las muestras tomadas de plantas, de estos tratamientos evidenciaron efectos iniciales y continuos de necrosis vascular, a partir de la parte superior de las ramas.

f) Las malezas presentes en el suelo de las tres pruebas fueron afectadas en forma total, o al menos en grado muy notorio, en la totalidad de las dosis. Igualmente, después de 15 días de la aplicación se observa abundante rebrote de malezas o vegetación menor.

*g) Los daños atribuibles a la deriva del material aplicado, en los árboles circundantes del lote, no son significativos y no parecen afectar letalmente a las especies arbóreas”.*⁵²

- El 14 de noviembre de 1995, el embajador de los Estados Unidos de América en Colombia, señor Myles R.R. Frechette, dirigió una comunicación al entonces Presidente de la República, Ernesto Samper Pizano, en la que manifiesta su preocupación porque *“algunos periodistas insisten –al informar acerca del tema del glifosato - en caer en incongruencias e irregularidades”*, y sostiene sentirse *“obligado a dar a conocer”* investigaciones serias adelantadas en su país al respecto.

*Afirma que el glifosato “ (...) es utilizado en Estados Unidos en más de 60 cultivos agrícolas y sistemas de cultivos (...) destruye las matas al bloquear una enzima en el sendero de ácido siquímico de la planta, el cual produce los aminoácidos del crecimiento. Los animales, incluyendo el hombre, carecen del sendero de ácido siquímicos, por lo tanto no son afectados (...) [e]s menos tóxico que la sal común, la aspirina, la nicotina, etc.”*⁵³

de las fumigaciones cabe perfectamente dentro del régimen de transición’.–Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 1º de agosto de 1995, Expediente N° AC - 2820, Consejera Ponente, doctora Consuelo Sarria Olcos” –citado por Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 27 de octubre de 1995, C. P. Nubia González Cerón, radicación número 3454.

⁵² El informe final de la *“Pruebas Sistemáticas para la erradicación de Cultivos Ilícitos de Coca en la Región Biogeográfica de la Amazonía Colombiana”* presentado por la Dirección Nacional de Estupefacientes, señala las condiciones técnicas y ambientales en las que se deben adelantar las operaciones (folios 34 a 52 cuaderno 3).

⁵³ Folio 52ª, cuaderno 3.

- Mediante el Auto Núm. 558 A, proferido el 13 de agosto de 1996⁵⁴, el Ministerio del Medio Ambiente –hoy de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial– definió los términos de referencia que debían ser cumplidos por la Dirección Nacional de Estupefacientes para la presentación del Plan de Manejo Ambiental para la erradicación de cultivos ilícitos⁵⁵.
- El 12 de marzo de 1997, la Contraloría General de la República puso a consideración del Consejo y de la Dirección Nacional de Estupefacientes un documento que contiene el informe de la auditoría ambiental que les fuera practicada a las entidades en mención, entre otros, al programa denominado “*erradicación de cultivos ilícitos con la utilización del herbicida glifosato*”.

El informe advierte, para concluir, que en este, como en otros de los programas estudiados las entidades auditadas no valoran el impacto ambiental de las operaciones que realizan:

*“Como resultado del análisis de la documentación que se pudo obtener durante la auditoría, se determinó que las técnicas de destrucción de incautaciones y decomisos atentan violentamente contra el medio ambiente, sin que se haya hecho hasta el momento una valoración de los costos de contaminación de suelos, agua, aire, fauna y flora. También se pudo determinar que el uso del Glifosato por vía aérea y de manera masiva puede ocasionar graves daños en los ecosistemas nativos y efectos indeseables en los seres humanos”*⁵⁶.

- En marzo de 1998 se celebró el Primer Congreso Cofán Colombo-Ecuatoriano, con el fin de fortalecer la integración del pueblo del mismo nombre, y como resultado del evento fue conformada la Mesa Permanente de Trabajo del Pueblo Cofán, que serviría de interlocutora entre este, el Estado y las demás instituciones, con la asesoría de la Fundación ZIO A 1 –Unión de Sabiduría.
- Luego de varias reuniones de concertación con organismos del Estado la Mesa Permanente antes nombrada formuló el “*Plan de Vida del Pueblo Cofán y Cabildos Indígenas del Valle de Guamuez y Putumayo*”, con el objeto de orientar la solución de los principales problemas de sus comunidades. Y en diciembre de 2000 el Comité Técnico del Plante aprobó el proyecto “*Programa para el Desarrollo del Componente de Economía y Producción(...)*”, con el objeto de financiarlo y permitir su ejecución en el año 2001.
- En mayo de 1998, el Plante adelantó estudios sobre las comunidades indígenas asentadas en el departamento del Putumayo, y debido a la urgencia de atención que demostró el estudio, inició actividades de desarrollo alternativo en cinco comunidades de la región, concentradas en los municipios de Puerto Asís, Orito

⁵⁴ El auto 558 A de 1996, fue dictado por el Ministerio del Medio Ambiente con fundamento en el Concepto Técnico No. 0150 del 12 de julio de 1996.

⁵⁵ Ministerio del Medio Ambiente, folios 191 a 198, cuaderno 1.

⁵⁶ Contraloría General de la República “*Control Valoración Costos Ambientales Consejo y Dirección Nacional de Estupefacientes*” Bogotá, 12 de marzo de 1997.

y Valle del Guamez. Y en 1999 el programa se extendió a 23 comunidades más, asentadas en el Medio y en el Bajo Putumayo⁵⁷.

- El 31 de julio de 1998 la Dirección Nacional de Estupefacientes presentó al Ministerio del Medio Ambiente un Plan de Manejo Ambiental para la aplicación del herbicida a base de Glifosato, el que fue rechazado por dicho Ministerio el 13 de noviembre siguiente, porque el documento no incluía el Capítulo VII correspondiente a la “*identificación y Evaluación de Impactos Ambientales*”, Capítulo que fue presentado por tal Dirección en diciembre de 1998⁵⁸.
- El 17 de agosto de 1999, el Ministro del Medio Ambiente, la Directora del Instituto Sinchi, y la Presidente de la Organización accionante –OPIAC– adquirieron el compromiso de implementar, coordinar y aunar esfuerzos para la consecución de recursos económicos, dentro de un marco de respeto mutuo, en todas las acciones que se adelanten en la Amazonía Colombiana, con miras a construir la Agenda para la Región Siglo XXI.

Con tal fin las entidades representantes de los pueblos indígenas de la región y el Ministerio del Interior se comprometieron respectivamente a “*socializar y ayudar a implementar el proceso*” ya iniciado, y a prestar “*el apoyo y la asesoría necesaria*”, en todas las etapas del proceso, con miras a hacer realidad la construcción acordada⁵⁹.

- El 3 de septiembre de 1999, en la Mesa de Concertación con los Pueblos Indígenas y Organizaciones Indígenas, convocadas por el Ministerio del Interior, con la asistencia de este Ministerio, el de Minas y Energía, la Defensoría del Pueblo, la Conferencia Episcopal Colombiana, Delegados de las Organizaciones Indígenas, AICO, OIA, ONIC y OPIAC y el señor Lorenzo Muelas –ex constituyente–, los Ministerios asistentes aceptaron como “*principios y fases de la consulta previa*” la “*información, la consulta y la concertación*” con los pueblos indígenas, en concordancia con el Convenio 169 de 1989 de la OIT.

Y, en consecuencia el Ministerio de Minas se comprometió a no radicar en el Congreso de la República el proyecto de Ley que reformaría el Código de Minas antes de la reunión de la Mesa de Concertación, como quiera que la Defensoría del Pueblo y el Ministerio del Interior ratificaron la obligatoriedad de la consulta previa, en la materia.

- El 23 de diciembre de 1999 el Ministerio del Medio Ambiente, con base en el concepto técnico No. 419-99 del 21 del mismo mes y año, emitido por la Subdirección de Licencias Ambientales, profirió el auto número 599, mediante el cual solicitó a la Dirección Nacional de Estupefacientes “*(...) información complementaria en relación con el análisis y determinación de las condiciones de exposición, tipo de exposición directa o indirecta y los posibles impactos acumulativos; lo anterior con el fin de replantear la evaluación de riesgo*”

⁵⁷ Defensoría del Pueblo, *páginas* 188 y siguientes.

⁵⁸ Cuaderno 1, folio 192.

⁵⁹ Cuaderno 2, folio 8.

ambiental de las actividades de fumigación y redimensionar el Plan de Manejo Ambiental del Programa de Erradicación con Glifosato”.

- La Dirección Nacional de Estupefacientes recurrió la providencia que se reseña, y, en consecuencia, el Ministerio del Medio Ambiente, aunque mantuvo la decisión, le concedió a la Dirección obligada un plazo de tres meses para que anexe la documentación exigida, decisión que, luego de haber sido nuevamente recurrida, fue confirmada mediante Auto 275 del 6 de junio de 2000⁶⁰.
- En mayo de 2000, la Organización Indígena del Putumayo OZIP, que agrupa aproximadamente 22.000 personas pertenecientes a 12 etnias, organizadas en 120 cabildos indígenas, presentó al Gobierno Nacional la propuesta que denominó “*Iniciativa Indígena Raíz por Raíz*”, dirigida a desarrollar programas integrales de desarrollo alternativo, entre estos el de erradicación manual de cultivos ilícitos.
- Durante los meses de junio y julio de 2000 se realizaron operaciones de fumigación de los cultivos de amapola existentes en el corregimiento de Aponte –resguardo indígena del mismo nombre– ubicado en el municipio de El Tablón de Gómez, en el departamento de Nariño; en los meses de agosto y octubre del mismo año tal operación se adelantó en varios municipios de los departamentos de Cauca, Nariño y Huila; y en el mes de noviembre siguiente, el programa se repitió en la población primeramente nombrada, habiendo sido fumigadas, esta vez, 346.9 hectáreas de amapola.
- Entre el 6 y el 19 de julio de 2000, ante los reportes de afecciones patológicas asociadas con la aspersión aérea de Glifosato en el departamento de Nariño⁶¹, el Instituto Departamental de Salud de dicho departamento integró una comisión conformada por un Ingeniero Agrónomo, un Técnico en Planeación, un Médico Epidemiólogo y dos Técnicos en Saneamiento, que se desplazaron a los municipios de Buesaco, El Tablón de Gómez y San José de Albán para visitar, además de las cabeceras municipales, los corregimientos de Santafé y Aponte, y la vereda Guarangal.

No obstante su desplazamiento a los lugares mencionados, la comisión designada no “*pudo obtener suficientes elementos de juicio para determinar con criterio técnico, si los posibles efecto presentados en la comunidad, se originan en la exposición al glifosato por aspersión aérea.*”, como quiera que i) “*no se cuenta con suficientes parámetros clínicos ni de laboratorio que permitan hacer un diagnóstico acertado para orientar el tratamiento y seguimiento adecuado de los efectos del químico*”, ii) “*en Nariño no existen métodos o pruebas*

⁶⁰ Cuaderno 1, folio 192.

⁶¹ El 10 de junio de 2000 el Director del Centro de Salud del municipio de Buesaco reportó un caso de intoxicación por glifosato en un paciente de 29 años, el facultativo informó que el paciente presentó dolor de garganta, adormecimiento en los miembros superiores e inferiores e inyección conjuntival. También el Centro de Salud del municipio de San José de Albán reportó afecciones del sistema gastrointestinal, alteraciones del sistema respiratorio, mareos, sudoración, visión borrosa y conjuntivitis en general en la población sin individualizar casos ni pacientes –prueba 7, folios 137 a 139–.

confirmatorias de la presencia de residuos de glifosato en agua y alimentos”, iii) “no se ha encontrado bibliografía oficial sobre el efecto toxicodinámico y toxicocinético del glifosato en el organismo humano que permita comprender la fisiopatología, tratamiento y seguimiento de los casos expuestos”, y iv) “está pendiente el análisis descriptivo de la incidencia de morbilidad asociado con la exposición al químico, sujeto de esta investigación”⁶².

- Los días 3 y el 4 de agosto de 2000, funcionarios de la división de insumos agrícolas del Instituto Colombiano agropecuario realizaron la “*Calibración de Aviones de Fumigación utilizados en el Plan de erradicación de Cultivos de Coca*”. Para el efecto aplicaron “*10.4 litros por hectárea de ROUNDUP, 13.0 litros por hectárea de agua y 0.25 por hectárea de coadyuvante*”, con el siguiente resultado:

“TABLA DE PRUEBA DE DESCARGA Y DERIVA DEL AVION T-65 A 20 METROS DE ALTURA:

(..)

El coeficiente de variación (33.50%) es aceptable para aplicación de herbicidas. Además, el tamaño de gota promedio de 970 micras indica un tamaño de gota grande que nos garantiza que la deriva y las pérdidas por evaporación se minimicen. En este tipo de prueba el resultado de 10.92 gotas por cm² es aceptable teniendo en cuenta el tamaño grande de cada gota.

TABLA DE PRUEBA DE DESCARGA Y DERIVA DEL AVION T-65 A 30 METROS DE ALTURA:

(..)

El coeficiente de variación (18.47%) es aceptable para aplicación de herbicidas. Además, el tamaño de gota promedio de 947 micras indica un tamaño de gota grande que nos garantiza que la deriva y las pérdidas por evaporación se minimicen. En este tipo de prueba el resultado de 11.46 gotas por cm² es aceptable teniendo en cuenta el tamaño grande de cada gota”.

- Mediante Resolución 0005 del 11 de agosto de 2000 el Consejo Nacional de Estupefacientes, considerando, entre otros aspectos, que “*a través de detecciones aéreas, información satelital, reconocimientos aéreos e informes de inteligencia, realizados por los Organismos de Defensa y Seguridad del Estado, se han encontrado nuevas estrategias por parte de los cultivadores de plantaciones ilícitas, con el fin de evadir la aplicación del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante aspersión aérea con glifosato, por medio de fraccionamiento, parcelación y/o mezcla, con cultivos lícitos y semovientes, acomodando varios tipos de infraestructura física para procesar la materia*

⁶² “*Informe de la Comisión de Observación a los Municipios de Buesaco y Tablón de Gómez con relación al Problema de la Fumigación*” –Instituto Departamental de Salud de Nariño, Prueba 7, folios 141 a 144–.

prima derivada de los cultivos lícitos”, resolvió, entre otros aspectos, modificar la Resolución número 0001 del 11 de febrero de 1994, en los numerales del 1° a 9°, como sigue:

- a) Asignó a la Policía Nacional Dirección Antinarcóticos, con la coordinación de la Dirección Nacional de Estupefacientes y la colaboración de entidades nacionales, departamentales y municipales y organismos no gubernamentales, la ubicación y caracterización de los cultivos ilícitos, y la determinación de los riesgos que para la salud, el medio ambiente y las actividades agropecuarias, representa la aspersión aérea de glifosato.
 - b) Definió las extensiones de terreno que excedieran de dos (2) hectáreas, con cultivo ilícito único, y las “*áreas de cultivos ilícitos donde se compruebe los cultivos: fraccionados y/o mezclados*”⁶³ con cultivos ilícitos, formas de cultivo utilizadas para evadir las acciones del programa de erradicación con el herbicida”, como áreas a asperjar, tomando en consideración las condiciones topográficas, y la cercanía de asentamientos humanos.
 - c) Responsabilizó del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos a la Policía Nacional, a través de la Dirección Antinarcóticos.
 - d) Creó el Comité Técnico Interinstitucional, que se encargaría de asesorar a la Dirección Nacional de Estupefacientes para el desarrollo del Programa en mención.
 - e) Dispuso la contratación de una Auditoría Técnica, la que contaría con una interventoría y sería la encargada de realizar el seguimiento del Programa en los aspectos técnicos, operacionales, de impacto ambiental, en la salud humana, y en las actividades agropecuarias.
 - f) Designó al Instituto Colombiano Agropecuario, ICA, como aval de los parámetros técnicos y operacionales utilizados en las operaciones.
- El 13 de septiembre de 2000 la Dirección Nacional de Estupefacientes entregó al Ministerio del Medio Ambiente el documento denominado “*Complementación del Plan de Manejo Ambiental para la aplicación del Herbicida Glifosato en la Erradicación de Cultivos Ilícitos*”, y el 17 de octubre del mismo año entregó al mismo Ministerio información adicional relativa al asunto.
 - El 20 de diciembre siguiente el Ministerio del Medio Ambiente emitió el Concepto Técnico 589, donde indica que la información a que se hace referencia en el punto anterior no cumple con los términos de referencia señalados en el Auto 558 A de 1996, y en consecuencia convoca a la Dirección obligada a una reunión para el efecto.

En la reunión aludida la Dirección Nacional de Estupefacientes “*se comprometió a entregar un documento con mayor detalle en su caracterización y orientando*

⁶³ La Resolución 005 de 2000 define como área de cultivo fraccionado aquella que se divide mediante barreras vivas y/o artificiales, secuencia de plantaciones lícitas, cultivos de pancoger o bosque nativo con cultivos ilícitos, y denomina área de cultivo mezclado a la plantación que comprende dentro de la misma área de siembra plantas lícitas e ilícitas.

*la evaluación de los impactos al análisis de riesgos, de acuerdo a lo solicitado en los términos de referencia (...)*⁶⁴.

- El 16 de enero de 2001 la Coordinadora de Redepaz Nariño envió al Departamento de Epidemiología del Instituto Departamental de Salud del departamento en mención, las fotografías tomadas en el corregimiento de Aponte a finales de noviembre de 2000 *“en las cuales se muestran las infecciones en la piel y la irritación de los ojos que afectan principalmente a niños y niñas de esta población, con el objeto de que se adelante un estudio contundente sobre sus causas”*⁶⁵.
- El 22 de enero de 2001, el Jefe de la Sección Epidemiológica del Instituto Departamental de Nariño presidió una comisión que visitó el municipio de El Tablón de Gómez con el objeto de confirmar las informaciones relacionadas con los efectos sobre la salud de los habitantes del municipio, debido a los efectos *“secundarios a fumigaciones de cultivos ilícitos”*.

Durante la visita, a la que se hace referencia, la comisión en mención recibió el informe del médico rural del lugar quien relacionó 29 casos de dermatopatías registradas *“durante los últimos meses con lesiones que podrían asociarse a la fumigación de cultivos ilícitos”* principalmente en niños, puesto que el 89% de los casos tratados, según lo demuestran las estadísticas, se presentaron en la población entre 0 y 15 años.

No obstante la comisión no pudo establecer la causalidad real entre las patologías referidas y la aspersión aérea de Glifosato en la región, habida cuenta de que *“por una parte escapa a nuestras posibilidades técnicas que implican análisis químicos o biológicos detallados y por otra, requiere de mayores datos, entre ellos el producto utilizado, sus propiedades, efectos secundarios, efectos adversos, la dosis empleada, las zonas de aspersión, etc., información que no disponemos”*⁶⁶.

- El 30 de enero de 2001 la Dirección Nacional de Estupefacientes entregó al Ministerio del Medio Ambiente el *“Plan de Manejo Ambiental para la erradicación de cultivos ilícitos, a partir de la evaluación potencial de la operación del programa de aspersión en el departamento del Putumayo”*, el que fue rechazado por dicho Ministerio mediante la Resolución 341 del 4 de mayo de 2001, como quiera que i) el documento presenta una caracterización que no permite definir de manera real la localización de los ecosistemas y recursos naturales del área, ii) los análisis no fueron sustentados desde un punto de vista

⁶⁴ Cuaderno 1 folio 192. Defensoría del Pueblo, cuaderno 6, folio 12.

⁶⁵ Prueba 7, folio 135.

⁶⁶ La información que el Jefe de Sección Epidemiológica del Instituto Departamental de Nariño echa de menos le fue suministrada por el Director General de Salud Pública del Ministerio el 7 de febrero siguiente, pero en la comunicación se destaca que desde enero de 1992 el Consejo Nacional de Estupefacientes ha autorizado la aspersión aérea con glifosato para la erradicación de cultivos ilícitos, y que las características del producto se pueden consultar en el Boletín No. 1 de 1992, del Ministerio de Salud titulado *“Información sobre Glifosato, uso y toxicología”*, Prueba 7, folios 148 a 150.

técnico o científico, iii) no se ha presentado una evaluación de la oferta y vulnerabilidad de los ecosistemas y recursos contenidos dentro de las zonas objeto del programa, como tampoco de las áreas que deben ser excluidas⁶⁷, iv) no se han generado parámetros de valoración de los impactos y efectos ambientales generados por el Programa de Erradicación con Glifosato, v) los programas y las acciones concretas de manejo ambiental dirigidos a prevenir, mitigar, compensar y corregir los posibles impactos y efectos causados por el programa, no han sido diseñados, vi) no se han propuesto medidas especiales destinadas a conservar la diversidad biológica y cultural, tal como lo establece la Resolución 0005 de 2000, vii) no se proponen acciones concretas de seguimiento y monitoreo de las medidas de manejo ambiental, viii) no se han puesto en práctica los artículos 2° y 8° de la Resolución 0005 de 2000, relativos a la caracterización previa y recomendaciones por parte del Comité Técnico Interinstitucional.

En consecuencia, habida cuenta de que el Plan de Manejo Ambiental “no cumplió su objetivo” y en razón de que “este Ministerio ha requerido a la Dirección Nacional de Estupefacientes –DNE, información complementaria que conduzcan (sic) a lograr la formulación de un Plan de Manejo Ambiental (...) sin que los documentos entregados hayan cumplido con el objetivo previsto”, el Ministerio en cita resolvió:

“ARTÍCULO PRIMERO.- No aceptar el Plan de Manejo Ambiental presentado por la Dirección Nacional de Estupefacientes -DNE para la actividad de erradicación de cultivos ilícitos mediante la aspersión aérea con Glifosato, y en su defecto establecer como medidas preventivas las acciones que se determinan a partir del artículo siguiente.

PARÁGRAFO: Con base en los resultados de las medidas preventivas establecidas en la presente providencia, este Ministerio impondrá a la Dirección Nacional de Estupefacientes -DNE el Plan de Manejo Ambiental definitivo que garantice el adecuado desempeño ambiental de esta actividad.

ARTÍCULO SEGUNDO.- La Dirección Nacional de Estupefacientes, deberá desarrollar dentro de un término de hasta seis (6) meses, sobre las áreas objeto de aspersión de Glifosato para la erradicación de cultivos ilícitos, evaluaciones de impacto ambiental, conducentes a establecer la naturaleza y características de los posibles impactos ambientales generados por dicha actividad en los cuatro (4) meses anteriores a la fecha de notificación del presente acto administrativo, prospeccionar los potenciales efectos ambientales

⁶⁷ Respecto de los instrumentos con que la Dirección Nacional de Estupefacientes cuenta para adelantar los estudios técnicos exigidos, el Ministerio del Medio Ambiente destaca: “imágenes de satélite (SPOT y LANDSAT), actualizadas, software de registro y análisis de interpretación de imágenes de sensores remotos, software de registro de campo, cartografía base del IGAC y DMA, comprobaciones aéreas y de campo, con las cuales se puede efectuar una caracterización adecuada del entorno físico-biótico y social de las áreas con cultivos ilícitos a nivel de semidetalle (aprox: 1:25:000 (...))” –cuaderno 1 folio 194–.

en función de los hallazgos y proponer las medidas necesarias para mitigarlos y/o compensarlos.

ARTÍCULO TERCERO. *La Dirección Nacional de Estupefacientes deberá cumplir con lo establecido por el Consejo Nacional de Estupefacientes en el artículo undécimo de la Resolución 0005/2000.*

ARTÍCULO CUARTO. *Para el caso de áreas pobladas, áreas con infraestructura social y/o áreas de abastecimiento de acueductos, la Dirección Nacional de Estupefacientes -DNE, definirá e implementará de manera inmediata, medidas alternativas para erradicar los cultivos ilícitos, de tal forma que se garanticen la protección del entorno ambiental y social, las cuales tendrán inmediata aplicación.*

ARTÍCULO QUINTO. *Para adelantar la planificación de las actividades de aspersión, en concordancia con lo establecido en la Resolución 0005/2000 y sus desarrollos, la Dirección Nacional de Estupefacientes -DNE, debe realizar y poner en práctica de forma inmediata, y hasta por un término de seis (6) meses, las siguientes medidas:*

- a) Caracterizar ambiental y socioeconómicamente las áreas nucleadas de cultivos ilícitos objeto del programa de erradicación, basada en cartografía especializada con niveles de resolución de 1:25.000*
- b) Identificar, caracterizar y especializar a escala 1: 25.000, las áreas de exclusión, que de acuerdo a sus características ecológicas, ambientales y sociales deben ser objeto de medidas especiales por parte del Programa.*
- c) Implementar el Programa de Comunicación Educativa dirigido a las comunidades, propuesto por la DNE, previo concepto de las entidades competentes.*
- d) Proponer e implementar las franjas de seguridad de acuerdo con los criterios propios de aspersión aérea y condiciones particulares del sitio, con el fin de minimizar riesgos potenciales de afectación a ecosistemas sensibles circundantes a las áreas que resulten objeto de la aspersión aérea. Para tal efecto, la Dirección Nacional de Estupefacientes presentará al MMA las propuestas respectivas para su aprobación.*
- e) Coordinar y armonizar la planificación de las acciones del Programa de Erradicación de cultivos ilícitos con Glifosato, con los programas y proyectos de gestión social y ambiental desarrollados por las otras entidades participantes en el Plan Nacional de Lucha Contra las Drogas.*

PARÁGRAFO: *La Dirección Nacional de Estupefacientes deberá presentar al Ministerio del Medio Ambiente trimestralmente, informes de avance sobre las obligaciones establecidas en el presente artículo.*

ARTÍCULO SEXTO. *La Dirección Nacional de Estupefacientes debe adoptar de manera inmediata y eficiente, las siguientes medidas de mitigación, compensación y control ambiental sin perjuicio de la competencia del*

Ministerio del Medio Ambiente para hacer seguimiento al cumplimiento de las mismas:

- a) *Plan de contingencia para la atención y control de eventos potenciales indeseados, que puedan ocurrir en las diferentes actividades que comprenden la ejecución del Programa, en especial en la actividad de aspersión del herbicida, conducentes a garantizar que las acciones que se acometan con ocasión de emergencia o eventos de naturaleza incierta, no generen daños irreparables a la salud humana y el medio ambiente, y así mismo permitan la atención y recuperación de las áreas afectadas.*
- b) *Programa de Inspección, Verificación y Control cuyo objetivo fundamental esté orientado a:*
 - *Verificar en sitio, la efectividad de la aplicación de medidas de manejo ambiental durante la operación del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos.*
 - *Evaluar previo diseño para tal fin, mediante indicadores de eficiencia y efectividad, la aplicación de medidas de manejo ambiental del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos.*
 - *Evaluar la eficiencia en la adopción de medidas de acción correctiva, en caso de que se establezcan la existencia de daños derivados de las actividades de erradicación.*
 - *Un programa de compensación dirigido a responder por posibles daños e impactos ambientales generados en ejercicio de la aplicación del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos a través de la aspersión aérea con Glifosato.*

ARTÍCULO SÉPTIMO. *La Dirección Nacional de Estupefacientes deberá iniciar dentro de los tres (3) meses siguientes a la notificación del presente acto administrativo, los siguientes programas de investigación:*

- *Estudio de la regeneración y dinámica ecológica de zonas asperjadas, mediante parcelas demostrativas y representativas de los núcleos de mayor concentración de cultivos ilícitos, obtenidos en el censo de 2000.*
- *Determinar la residualidad de Glifosato en el suelo y su afectación en las propiedades físico-químico y biológicas de los mismos, utilizando las mismas parcelas demostrativas enunciadas anteriormente.*

PARÁGRAFO: *La Dirección Nacional de Estupefacientes deberá reportar trimestralmente al Ministerio del Medio Ambiente sobre los avances de las investigaciones previstas en el presente artículo.*

ARTÍCULO OCTAVO. *La Dirección Nacional de Estupefacientes deberá contratar una auditoría técnica externa e independiente, cuyo objeto, alcance, estructura funcional, funciones y actividades a desarrollar, así como los productos a entregar y los resultados esperados de la misma, deberán estar conforme a los términos de referencia aprobados en el Comité Técnico Interinstitucional de que trata la resolución No.005 de 2000.*

ARTÍCULO NOVENO. La Dirección Nacional de Estupefacientes deberá diseñar y operar un sistema de información al público respecto del desarrollo del programa de aspersión, las actividades y los informes de la Auditoría ordenada en la presente providencia y el cumplimiento de la misma.

ARTÍCULO DÉCIMO. La Dirección Nacional de Estupefacientes deberá solicitar el apoyo del Instituto Colombiano Agropecuario -ICA y del Ministerio de Salud o a quien este último designe, para que evalúen las dosis de la formulación de Glifosato más eficaz en función de la minimización del riesgo para la salud humana y el medio ambiente.

ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO. La presente resolución deberá ser notificada al Director Nacional de Estupefacientes, al Defensor del Pueblo y al representante legal de FUNDEPÚBLICO

ARTÍCULO DÉCIMO SEGUNDO. La Dirección Nacional de estupefacientes deberá cancelar a este Ministerio, por concepto de seguimiento, la suma que en su oportunidad se determine.

ARTÍCULO DÉCIMO TERCERO. Contra la presente resolución no procede recurso alguno”.

- El 7 de mayo de 2001, el Instituto Departamental de Salud de Nariño remitió a la Clínica de Toxicología Uribe Cualla, de la ciudad de Bogotá, Historias Clínicas –101 folios–, 4 videos y varios testimonios –un casete– sobre las fumigaciones adelantadas en el corregimiento de Aponte en octubre y noviembre de 2000⁶⁸.
- De acuerdo con el informe final del “*Estudio Tóxico-Epidemiológico sobre los Efectos en la Salud del Glifosato en aspersión aérea para erradicación de cultivos ilícitos, en el Departamento de Nariño, Municipio El Tablón de Gómez, mayo 3 y 4 de 2001*” realizado por la Clínica Uribe Cualla⁶⁹ i) las estadísticas indican que durante los meses de junio y noviembre de 2000, período en que ocurrieron las fumigaciones, disminuyó la Enfermedad Diarreica Aguda –EDA– y la Infección Respiratoria Aguda –IRA–, en un 34 y 56% aproximadamente, ii) a pesar de que las dermatopatías se incrementaron durante el mismo período en el 252%, aproximadamente, “*ya se demostró, con base en las historias clínicas registradas en el Corregimiento de Aponte, que no existe nexo de causalidad entre las fumigaciones de la Policía Antinarcóticos y las patologías reportadas*”⁷⁰. iii) no se reportan casos de conjuntivitis en las historias registradas.

⁶⁸ Prueba 7, folio 136.

⁶⁹ Según lo informa la Defensoría del Pueblo, el estudio adelantado por la Clínica de Toxicología Uribe Cualla sobre los efectos de toxicidad de la aspersión aérea de glifosato en el departamento de Nariño, fue contratado por la Embajada de los Estados Unidos en Colombia, Defensoría del Pueblo Cuaderno 6, página 76.

⁷⁰ Respecto de las patologías dermatológicas, el Informe Final presentado por el Centro de Asesoramiento Toxicológico de la Clínica Uribe Cualla dictaminó: “(...) *Se evidencia que las lesiones encontradas en piel en la población estudiada corresponden más al producto del medio en el cual se desenvuelven, ya que sus necesidades básicas se encuentran insatisfechas. Los diagnósticos realizados por los médicos de la región corresponden a este tipo de patologías como la Escabiosis, Impétigo, Piodermitis,*

“Sin embargo, en la literatura científica revisada, se evidencia que la exposición ocular directa a glifosato y POEA, puros y diluidos, puede producir irritación de la conjuntiva. Por lo tanto, el incremento del 223%, aproximadamente, no es relacionable, en este caso en particular, con las aspersiones aéreas realizadas por la Policía Antinarcóticos”.

Con relación a los pacientes que habrían fallecido, presumiblemente por patologías asociadas con la aspersión, el informe señala:

“En cuanto a los dos casos referidos por la auxiliar de enfermería⁷¹ de pacientes remitidos al Hospital Departamental De (sic) Pasto, revisamos las historias clínicas del centro de Salud de Aponte y tenemos los siguientes: (Se anexan copias de Historias Clínicas).

- 1. Wilber Orelly Mollana Muñoz.** Historia Clínica No. 4944. No hay reporte en la Historia Clínica de alguna consulta por infección respiratoria aguda, ya que en el puesto de salud de Aponte no lo atendió ningún médico y al

etc., las cuales son producidas por un nivel socioeconómico bajo”. –páginas 24 y 25–. “En todas las clínicas hay un grupo de 20-30 alérgenos que han sido elegidos por un grupo de expertos, son los que más frecuentemente aparecen en esa comunidad y constituyen la batería estándar que se parchea en todos los pacientes. Además de ello hay series o baterías de sustancias que se agrupan por profesiones o actividades o incluso por localizaciones del EAC y que se parchean a la vez.” –páginas 28 y 29–. “El 81% de todos los pacientes son niños menores de 14 años, en condiciones de bajo peso, desnutrición y los motivos de consulta (...) se encuentran dentro de las cinco causas de morbilidad en la región analizadas por los investigadores durante los años 1998, 1999, y 2000. En las 21 historias clínicas reportadas y revisadas, en ningún momento el Doctor Tordecilla hace referencia a que estos cuadros clínicos estén relacionados con las fumigaciones, ni tampoco en los diagnósticos que el registrado que alguno de ellos presentara “intoxicación por Glifosato”. (...) Por todo lo anterior se concluye, desde el punto de vista científico y médico, que no existe evidencia alguna en las historias clínicas de relación causa-efecto por la exposición dérmica a las fumigaciones aéreas con glifosato y las enfermedades consultadas.” –página 41 y 42– Prueba 7, folios 11 a 52.

⁷¹ Gloria Villota, auxiliar de enfermería del Centro de Salud del Municipio de El Tablón en entrevista realizada por la comisión que visitó el municipio el 22 de enero de 2001, a la pregunta *¿Cuál fue la experiencia en cuanto a los pacientes que han venido a pedir auxilio a los centros de salud?* Respondió: *“Tuve la oportunidad de estar en una fumigación en Pompeya. Me encontraba allá cuando ocurrió esto, llegaron al puesto de salud como unos tres o cuatro pacientes que se quejaban de ardor en los ojos, dolor de cabeza y mareo. En eso llegaba un señor con un niño en sus brazos, de mas (sic) o menos 8 meses, quien presentaba una infección respiratoria aguda (IRA), el cual tenía problemas, se le remitió al centro de Salud de El Tablón porque el médico de Aponte en ese momento no se encontraba. El médico que lo atendió en esa época el Doctor Rafael Gómez dice que el niño ya había llegado muerto acá. Los padres no aceptaron que al niño se le hiciera autopsia, por lo cual después se lo llevaron para la casa. También un paciente se encontraba que ya 15 días antes había estado en el momento de las fumigaciones en una huerta que estaba preparando, y lo cogió directamente la fumigación. El señor dice que en el momento que yo lo miré presentaba edema de los miembros inferiores, hematuria, disuria y tenía cansancio físico. También el paciente fue traído ese día acá al Centro de Salud de El Tablón, el cual el médico le envió algunos exámenes de laboratorio y luego fue remitido al hospital departamental de Pasto (sic). En este centro de salud se han atendido muchos casos de dermatitis, cefaleas, problemas de dolor abdominal, náuseas, vómito, entre otras. La gente dice que tiene mucho que ver con las fumigaciones. A nosotros realmente no nos consta, pero sí en esta época se presentaron más casos de EDA, IRA, y problemas de la piel. Nosotros les prestamos el servicio”.* Prueba 7, folio 35.

parecer llegó muerto al centro de salud de El Tablón. No hay datos de Historia Clínica ni de autopsia, por lo cual no hay conceptos conclusivos.

2. **Olmes Martínez Bolaños.** Historia Clínica 2200. Consulta el 24 de febrero de 2000, por un cuadro de cuatro días de evolución de odinofagia, malestar general, disuria orina color coca-cola. Aunque el diagnóstico final del médico fue Amigdalitis Aguda, por encontrar en el examen físico focos hiperémicos en amígdalas, el cuadro clínico correspondería a una infección de vías urinarias altas. La historia no refiere en ninguna parte si fue remitido o no. Evidentemente estos cuadros de origen infeccioso no tiene (sic) ninguna relación con la exposición a glifosato.” –destaca el texto–.⁷²

- Entre diciembre de 2000 y febrero de 2001 en el departamento del Putumayo fueron fumigadas entre 25.000 y 29.000 hectáreas de coca y amapola, localizadas en los municipios de San Miguel y Valle del Guamuez, en una operación calificada por la embajada de los Estados Unidos como la de mayor eficiencia, entre las del mismo tipo, realizada por la Policía Nacional⁷³.

Se desconoce la proporción de mezcla de herbicidas asperjada en esta operación, pero Elsa Nivia, Directora Ejecutiva de la Red de Acción en Plaguicidas y Alternativas –para América Latina–, infiere, de una manera preliminar⁷⁴, que fueron utilizados:

“Glifosato en forma de sal isopropilamina (IPA) se metabolizará en el suelo en AMPA, y formaldehído y con la saliva en N-nitroso glifosato, los tres con la característica de ser cancerígenos. Es altamente irritante de los ojos, pero no de la piel.

POEA (surfactante) que produce daño gastrointestinal, alteraciones del Sistema Nervioso Central (SNC), problemas respiratorios, destrucción de los glóbulos rojos, daños al hígado y riñones, corrosivo de ojos y fuertemente irritante de la piel. Además es cancerígeno y puede aumentar entre 7 y 22 veces la toxicidad del glifosato en ratas.

COSMO FLUX 444F (surfactante)⁷⁵ sin que se hayan hecho estudios sobre sus posibles efectos, ha sido aprobado su uso en Colombia. No forma parte de la formulación comercial, pero se le añade para aumentar el nivel de acción del herbicida. Se ha demostrado que aumenta en 4 veces el efecto Roundup al incrementar el poder de penetración del glifosato”.

⁷² Prueba 7, folio 37.

⁷³ Bernardo Pérez Salazar – Experto en Planificación y Salud Ambiental. Defensoría del Pueblo, cuaderno 6.

⁷⁴ El informe de la ingeniera agrónoma Elsa Nivia se titula “Las fumigaciones aéreas sobre los cultivos ilícitos sí son peligrosas –algunas aproximaciones–” fue presentado dentro de la Conferencia “La Guerra en Colombia: Drogas, Armas y Petróleo”. Instituto Hemisférico de las Américas. Universidad de California, Davis, mayo 17- 19 de 2001

⁷⁵ “El COADYUVANTE COSMO-FLUX 411 F, de la entidad COSMOAGRO LTDA. puede ser utilizado en el territorio nacional para USO AGRÍCOLA, siempre que se cumplan las Disposiciones establecidas y se adopten los requisitos necesarios para evitar perjuicios en la salud de acuerdo a

Y, sobre la acción de los herbicidas la profesional en cita concluye:

“Por tanto las conclusiones basadas en resultados de estudios realizados en “condiciones normales recomendadas de uso” no tienen base científica, porque en Colombia se está aplicando el glifosato sobre los cultivos ilícitos y todo lo que lo circunde, por vía aérea en una concentración 26 veces mayor” negrilla y comillas en el texto⁷⁶.

- Las personerías de los municipios del departamento del Putumayo, afectados con la operación, recibieron durante los meses de enero y febrero de 2001, 1.443 quejas, 80% de las cuales hacían referencia a daños a la salud –alergias, fiebre, dolor de cabeza, gripa, diarrea, vómito, dolor abdominal, mareos, malestar general, angustia, tos, dolor del cuerpo, conjuntivitis y otros–⁷⁷.

la CATEGORÍA IV. LIGERAMENTE TÓXICO” –Ministerio de Salud, 6 de agosto de 1993 –Prueba 4 folios 461 y 462–.

“El coadyuvante Cosmo- Flux-411 F de la firma COSMOAGRO, fue autorizado por el ICA en el año 1993 y se le dio el registro de venta N° 2186. En ese momento el sustento de pruebas de eficacia presentadas por la empresa, incluía ensayos hechos en mezclas de Cosmo- flux con herbicidas, insecticidas y funguicidas. Aunque no se presentan pruebas de compatibilidad concretamente con glifosato, sí se hacen con otros líquidos solubles que determinan que esta propiedad de compatibilidad es aceptable.

Dentro de la ficha técnica del producto se dice que es un coadyuvante no iónico, que modifica sustancialmente la actividad biológica de los agroquímicos, además permite que las emulsiones y dispersiones se mantengan estables por más tiempo.

Mejora la adherencia y uniformidad de la mezcla emulsionada, controlando la evaporación e hidrólisis del activo con cubrimiento total que garantiza una concentración homogénea del activo por unidad de área.

En la aplicación de insecticidas, funguicidas e herbicidas, formulado en mezclas de aceites minerales o vegetales, ha demostrado tener la propiedad de incrementar la eficiencia.

Su efectividad es cuatro veces mayor que los aceites de aspersión convencionales por el sinergismo entre el aceite parafínico y el tensoactivo especializados.

Sus moléculas son biodegradables cumpliendo con las normas internacionales de las agencias que regulan el uso de pesticidas en los alimentos y su liberación del medio ambiente.

(...)

La prueba de eficacia titulada “ Evaluación de la eficacia del coadyuvante Cosmo Flux, en el control de malezas en mezcla con el herbicida glifosato; las conclusiones que se presentan de este informe, indican que el Cosmo-Flux, mezclado con glifosato ejerce un control altamente eficiente en el control de malezas de hoja ancha sin presentar signos de fitotoxicidad”. - Instituto Colombiano Agropecuario, ICA, “Calibración de Aviones de Fumigación utilizados en el Plan de Erradicación de Cultivos de Coca. Colombia, 2000” –Prueba 5, páginas 19 y 20–.

⁷⁶ “Las fumigaciones aéreas sobre cultivos ilícitos sí son peligrosas”, Nota 13.

⁷⁷ Al respecto se pueden consultar en el informe de la Defensoría del Pueblo anexo al expediente: Los informes de DASALUD, Putumayo, Sección de Epidemiología 2001, y de Bernardo Salazar sobre la consulta de urgencias asociadas con los síntomas reportadas en el Hospital Sagrado Corazón de Jesús de la Hormiga –revelan incrementos relativos por intoxicaciones agudas en el mes de enero de 2001- y el Reporte de la Investigación de los Impactos de las Fumigaciones en la Frontera Ecuatoriana, elaborado por Acción Ecológica* en junio de 2001, según el cual i) en un radio de 5 kilómetros del lugar donde se produjo la aspersión del herbicida el 100% de las personas sufrieron intoxicación aguda, afección que disminuyó en intensidad, pero que pudo apreciarse hasta un radio de 10

- El 25 de enero de 2001 la Sección Segunda, Subsección “B” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, admitió la demanda instaurada por los ciudadanos Claudia Sampedro Torres y Héctor Alfredo Suárez Mejía, contra el Ministerio del Medio Ambiente – hoy de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial– y las demás entidades que en el curso del proceso resulten comprometidas con el quebrantamiento del derecho colectivo a gozar de un ambiente sano, a que se mantenga el equilibrio ecológico y la seguridad y la salubridad públicas, y a que se haga efectiva la prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas y biológicas.

Dice así el *petitum* de la demanda:

“PRIMERA: Se ordene al MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE, adoptar las medidas necesarias para impedir el deterioro de los recursos naturales como consecuencia de la erradicación de los cultivos ilícitos.

SEGUNDA: Se ordene al MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE impedir el desarrollo o utilización de controladores biológicos para erradicar cultivos ilícitos en el territorio nacional.

TERCERA: Se ordene al MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE adoptar las medidas necesarias para recuperar los ecosistemas y recursos naturales hasta ahora afectados con los programas de erradicación de cultivos ilícitos.

CUARTA: Se adopten las medidas necesarias para que no se vuelvan a presentar las acciones y omisiones que dan lugar a la presente acción.

QUINTA: Que se condene a los demandados a recompensar a los actores de conformidad con el artículo 39 de la Ley 472 de 1998.

SEXTA: Que se condene en costas a los demandados”⁷⁸.

kilómetros, ii) en menos de 2 kilómetros se enfermaron el 100% de los niños de una escuela de 58 alumnos, y 25 de otra –solo 3 menores fueron atendidos en centros hospitalarios, debido a la precaria situación económica de los habitantes de la región–, iii) el 63.5% de los afectados sufrió fiebre alta –síntoma de presencia de químico en la sangre–, un segundo grupo de afecciones lo conforman las cefaleas, las diarreas y la tos –signo de que el químico ha penetrado en el aparato respiratorio– en un tercer plano se encuentran la dermatitis, la conjuntivitis y el vómito –penetración del químico en la piel–, iv) tres meses después de las fumigaciones, en las zonas más cercanas, se mantienen los síntomas de intoxicación crónica, v) se reportaron la muerte de un niño de 1 año y 7 meses –no se conoce el diagnóstico– y de un bebé de 3 meses por fiebre, en ambos casos los decesos ocurrieron a los pocos días de comenzar las fumigaciones, vi) no hay datos para analizar los posible impactos intraútero.

Además, el informe advierte “La posibilidad de nuevas fumigaciones sobre la población que ya tiene síntomas de intoxicación crónica puede causar un impacto de incalculables consecuencias para sus vidas”.

* Acción Ecológica participa en la Comisión Bilateral creada por el gobierno del Ecuador para hacer un seguimiento de los efectos del Plan Colombia en el Ecuador. Responsables Dr. Adolfo Maldonado, Ricardo Buitrón, Patricia Granda y Lucía Gallardo, Defensoría del Pueblo, cuaderno 6, páginas 114 a 126–.

⁷⁸ Cuaderno 8, pruebas practicadas en sede de Revisión.

- Durante el mes de enero del año 2001 representantes de las comunidades indígenas Cofanes, Awa, Paeces y Pastos denunciaron ante la Defensoría del Pueblo graves daños ocasionados por las fumigaciones en sus resguardos ubicados en Santa Rosa del Guamuez, Nueva Isla, Nuevo Horizonte y Tierralinda⁷⁹.
- En razón de tales denuncias la Delegada para los Derechos Colectivos y del Ambiente de la Defensoría del Pueblo integró una comisión interinstitucional conformada por funcionarios de esa entidad, del Plan Nacional de Desarrollo Alternativo –Plante, y de la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía, para verificar las denuncias presentadas.
- La investigación adelantada, en la que también participaron funcionarios de las Alcaldías, de las Personerías Municipales y de las Unidades Municipales de Asistencia Técnica Agropecuaria –UMATAS- de los municipios afectados, permitió a la Delegada presentar el Informe Defensorial (sic) Número 1⁸⁰, que dio lugar a la expedición de la Resolución número 4 de la misma entidad.
- El Defensor del Pueblo, mediante la Resolución a que se alude en el punto anterior, recomendó al Consejo Nacional de Estupefacientes ordenar la suspensión de fumigaciones en tanto fuera elaborado el referente geográfico de los proyectos financiados con recursos nacionales e internacionales, localizados en áreas de cultivo con fines ilícitos, acordado por el Consejo Nacional de Estupefacientes el 5 de diciembre de 2000⁸¹, con el objeto de preservar el

⁷⁹ En la sesión del 5 de abril de 2001, convocada por la Comisión de Seguimiento de la Cámara de Representantes, el Director de Estupefacientes, en relación con las denuncias presentadas por la Defensoría del Pueblo sobre los daños causados por las fumigaciones en el Putumayo, informó que por razones de seguridad no se había podido descender sobre las áreas objeto de fumigación, a fin de diagnosticar el impacto ecológico en las mismas, pero advirtió que la verificación se adelantaría cuando las condiciones de orden público fueran favorables –Defensoría página 149–.

⁸⁰ El informe denuncia i) impactos ambientales –deforestación, destrucción indiscriminada de selva, cultivos de pancoger, estanques piscícolas y pastos–, ii) impactos sociales –incremento del costo de vida, disminución de la actividad productiva, incremento de la población desplazada –entre el 70 y el 80% de la población se refugió en el Ecuador, varios caseríos fueron casi totalmente abandonados (Maizal, Jordán Ortiz, San Carlos)–, iii) destrucción de proyectos adelantados por el Plante, las Naciones Unidas y la Red de Solidaridad Social, Agro Amazonía y Agencias de las Naciones Unidas –resguardo de Santa Rosa del Guamuez, Nueva Isla, Nuevo Horizonte, Vereda Miravalle, Valle del Guamuez, Vereda Los Olivos, Vereda Batería Churuyaco; proyectos Jordán, Guisía, Vereda Nueva Esperanza y San Miguel; proyecto de la Asociación de Productores de Palmito –Defensoría, folios 143 y siguientes–.

La Segunda comisión enviada al Putumayo por la Defensoría del Pueblo pudo constatar el desplazamiento de 115 familias, aproximadamente, al Ecuador y el desplazamiento de los cultivos ilícitos al Parque Nacional de la Pava en el departamento del Amazonas, con el consiguiente daño ecológico.

⁸¹ Ante las denuncias presentadas por los impactos de las fumigaciones de cultivos ilícitos en un proyecto que promueven la Agencia Alemana de Cooperación –GTZ y la Red de Solidaridad Social en la Bota Caucana, el Consejo Nacional de Estupefacientes dispuso que la Dirección Nacional de Estupefacientes, como entidad coordinadora del Plan Nacional de Lucha contra las Drogas, debía definir y coordinar a nivel interinstitucional “*estrategias diferenciales de aplicación del Programa*

patrimonio del Estado y de garantizar el cumplimiento de los compromisos sobre erradicación manual de cultivos concertados entre el Estado y las comunidades⁸². Dice así la parte resolutive de la recomendación:

“RECOMENDAR al Consejo Nacional de Estupefacientes que, dentro de las 48 horas siguientes a la expedición de la presente Resolución, se reúna y ordene la suspensión inmediata de las fumigaciones de cultivos ilícitos en el Departamento del Putumayo y en cualquier otro lugar del país, hasta tanto:

- *La Dirección Nacional de Estupefacientes y la Policía Antinarcóticos cuenten con la información georreferenciada de todos los proyectos financiados por el Plante o por otras instituciones nacionales e internacionales, dentro o fuera del Plan Colombia, y cuyo objeto sea el desarrollo alternativo y el mejoramiento de las condiciones socioeconómicas, ambientales y culturales de la población que habita las áreas afectadas por los cultivos con fines ilícitos.*
- *Se defina el tratamiento que debe ser dado a las comunidades que han manifestado su intención de erradicar manualmente, a través de la suscripción de actas de intención o cualquier otra declaración análoga, pero cuyo proceso de concertación con el Estado aún no ha culminado con la firma de los llamados “Pactos de Erradicación Manual y Desarrollo Alternativo”.*
- *El Consejo Nacional de Estupefacientes, reunido en pleno, apruebe la información georreferenciada y la no fumigación de los proyectos allí contemplados, en los términos del artículo 3º de la Resolución No. 005 del 2000, emanada de este mismo organismo.*

2. EXHORTAR a las entidades y organismos encargados de la formulación y ejecución del “Plan Nacional de Lucha contra las Drogas, Colombia 1998-2002”, a que cumplan con los mecanismos de coordinación previstos en la Ley, en los reglamentos y en el documento del Plan. En caso de ser estos insuficientes, crear aquellos que sean necesarios a fin de evitar contradicciones y perjuicios adicionales a la población.

3. EXHORTAR a las entidades y organismos encargados de la formulación y ejecución del “Plan Nacional de Lucha contra las Drogas, Colombia 1998-2002” y a aquellos encargados de la puesta en marcha del Plan

de Erradicación y Sustitución de Cultivos”. Para el efecto se previó la delimitación de las zonas de exclusión, que serían beneficiadas con cultivos alternativos bajo programas adelantados por el gobierno con cooperación internacional, y se estableció el cronograma de actividades que se realizarían con tal fin, entre el 11 de diciembre de 2000 y el 1º de marzo de 2001, previas a la presentación del proyecto al Comité Técnico Interinstitucional, creado por la Resolución 0005 del Consejo Nacional de Estupefacientes y la aprobación de este último –Acta del CNE, 5 de diciembre de 2000–.

⁸² No obstante la Defensoría del Pueblo denuncia que con posterioridad a la suscripción del Pacto de Erradicación voluntaria fueron fumigados los dos resguardos de Yarinal –uno de la comunidad Cofán y otro de la comunidad Quechua–, el de Afilador, los Cabildos de Monterrey y de San Marcelino. Defensoría del Pueblo páginas 148 Vto. y 149.

Colombia, que coordinen sus respectivas gestiones a fin de crear las condiciones que brinden confianza a las comunidades, particularmente, en los procesos de concertación tendientes a la erradicación manual de cultivos ilícitos y a la puesta en marcha de programas de desarrollo alternativo.

4. **EXHORTAR** al Consejo Nacional de Estupefacientes, a que exija el cumplimiento efectivo de la fase de reconocimiento de áreas de cultivos ilícitos prevista en el artículo 2º de la Resolución No. 005 de 2000.

5. **EXHORTAR** al Comité Técnico Interinstitucional, previsto en el artículo 6 de la Resolución No. 005 de 2000, a que defina el procedimiento y trámite de las quejas presentadas con ocasión de las fumigaciones realizadas en el Putumayo, desde diciembre del año pasado.

6. **RECOMENDAR** la incorporación de un representante del Programa Presidencial Plante como miembro del Consejo Nacional de Estupefacientes y, en este sentido, solicitar el respectivo ajuste normativo.

7. **EXHORTAR** al Consejo Nacional de Estupefacientes, a la Dirección Nacional de Estupefacientes y a la Policía Antinarcóticos para que velen por el respeto al derecho de los pueblos indígenas a los usos tradicionales de la coca, fundamentales para su integridad física y cultural, y en este sentido, a que las fumigaciones no obstruyan estos usos.

8. **APREMIAR** a la Red de Solidaridad Social para que atienda, de manera inmediata, las necesidades de seguridad alimentaria de las comunidades del Putumayo afectadas por las fumigaciones.

9. **APREMIAR** a la Red de Solidaridad Social, para que propicie la participación activa de las autoridades indígenas o de sus representantes en los Comités o Mesas Municipales de Atención a la Población Desplazada y con ellos se trace una estrategia de distribución de víveres.

10. **INSTAR** a la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior para que, en desarrollo de sus competencias, convoque al conjunto de las instituciones estatales del nivel nacional que tienen responsabilidades y funciones de atención a las comunidades indígenas del Putumayo, para que elaboren planes integrales de contingencia, encaminados a garantizar la vida e integridad física, social y cultural y a proteger sus derechos colectivos. Igualmente, para que adelante el seguimiento, monitoreo y verificación del cumplimiento de las medidas adoptadas en dichos planes.

11. **EXHORTAR** al Gobierno Nacional para que defina los procedimientos necesarios dirigidos a indemnizar, de manera inmediata, a las comunidades afectadas por las operaciones de aspersión en el Putumayo adelantadas durante los meses de diciembre y enero.

12. **ORDENAR** a la Oficina de Acciones y Recursos Judiciales de la Defensoría del Pueblo que interponga las acciones judiciales que procedan para la protección efectiva de los derechos de las comunidades indígenas

del Putumayo afectadas por las fumigaciones y para el respectivo resarcimiento de perjuicios, salvo que las respectivas entidades, dentro de un término razonable, restablezcan los derechos conculcados.

13. ENCARGAR a la Defensoría Delegada para los Derechos Colectivos y el Medio Ambiente y a la Defensoría Delegada para los Indígenas y las Minorías Étnicas el seguimiento de la presente Resolución.

14. REMITIR copia de la presente Resolución a los integrantes del Consejo Nacional de Estupefacientes, al Vicepresidente de la República, al Consejero para la Convivencia y Seguridad Ciudadana, al Ministerio del Interior, a los Directores del Plan Colombia, del Plante, de la Red de Solidaridad Social y de la Dirección Nacional de Estupefacientes.

15. INCLUIR el informe y la presente Resolución Defensorial, así como los resultados de su seguimiento en el Informe Anual, que habrá de presentar el Defensor del Pueblo al Congreso de la República.

- El 16 de febrero de 2001, el Consejero para la Convivencia y Seguridad Ciudadana de la Presidencia de la República, en respuesta a la Resolución anterior, informó al Defensor del Pueblo i) que la entidad a su cargo tiene bajo su responsabilidad “*el manejo del tema del Departamento del Putumayo en lo que tiene que ver con el Plan Colombia*”, y ii) que el gobierno ha puesto en ejecución un programa “*sin precedentes*” tendiente a “*lograr un Putumayo que progrese, con desarrollo social, sin coca y en paz*”.

Y, con respecto al contenido de la Resolución, el funcionario en mención aclaró: i) que la fase de aspersión aérea en el departamento del Putumayo concluyó, ii) que los pactos que fueron firmados con las comunidades antes de las fumigaciones fueron respetados, iii) que las autoridades encargadas de adelantar el programa están cumpliendo con la normatividad vigente al respecto, iv) que el reconocimiento del área de cultivos ilícitos se ha hecho efectivo, v) que el Plante, dicha Consejería, y la Policía Antinarcoóticos están atendiendo los reclamos por los daños ocasionados por las fumigaciones, vi) que los daños ocasionados están siendo verificados, vii) que los funcionarios del Plante han sido invitados en varias oportunidades al Consejo Nacional de Estupefacientes, viii) que en el pacto suscrito con la comunidad Cofán quedó consignado el compromiso del gobierno con la comunidad Cofán de respetar su cultura, ix) que a raíz de las fumigaciones la Red de Solidaridad atendió las necesidades de alimentación de la población enviando 110 toneladas de alimentos y atendiendo a 3.642 familias en el Valle del Guamuez, 1.687 familias en la zona de Orito, 834 en San Miguel, x) que 182 familias indígenas de la región no fueron atendidas por problemas de orden público que impiden la movilización en la región, y xi) que corresponde a la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior convocar al conjunto de instituciones estatales que tienen responsabilidades con las comunidades indígenas del Putumayo para que “*elaboren planes integrales de contingencia encaminados a garantizar la vida e integridad física, social y cultural y a proteger sus derechos colectivos. Igualmente para que adelante el*

seguimiento, monitoreo y verificación del cumplimiento de las medidas adoptadas en dichos planes”⁸³.

- En febrero de 2001, sobre los “*Efectos de la fumigación en el Valle del Guamuez y San Miguel Putumayo*” la Sección de Epidemiología de la Oficina de Planeación del Departamento Administrativo de Salud informó que, en cumplimiento de lo previsto en la Resolución 005 de 2000, y con el objeto de evaluar el impacto epidemiológico generado por la erradicación de cultivos ilícitos por fumigación, adelantada entre el 22 de diciembre y el 2 de febrero de 2001, en los municipios de Orito, Valle del Guamuez y San Miguel, en el departamento del Putumayo, se realizaron entrevistas urbanas y rurales y se evaluaron los informes de las Instituciones Prestadoras de Salud, de los Personeros Municipales y de los Inspectores de Policía con el siguiente resultado:

“Comparando las causas de consulta de urgencias durante los dos primeros meses de 2000 y el mismo periodo de 2001, se observa un incremento en algunas de ellas relacionadas con las expresadas por la comunidad, como son la fiebre el dolor abdominal y la diarrea (...).

Vale reiterar que no toda la población que interpuso quejas por considerarse afectada en su salud, consultó a los organismos de salud públicos. Sin embargo es de señalar que los incrementos observados durante el mes de enero de 2001, en la sintomatología como fiebre, dolor abdominal, y diarrea son superiores al 100% con diferencias estadísticamente significativas (...).

(...)

Respecto a los otros daños producidos por la fumigación, según la Personería Municipal se puede observar cómo los potreros (áreas de pasto para ganado) fueron las áreas más afectadas, con un 38%, seguidos por los cultivos de plátano y en un tercer lugar los de coca en un 11%.

Es preocupante el alto porcentaje de peces afectados (72.3%), lo mismo que el de aves de corral (gallinas, pollos, patos) (21.5%), situación que, sumada a la fumigación de productos de pancoger, constituye un factor de alto riesgo para la seguridad alimentaria de los habitantes de la región”.

- En consecuencia el Departamento Administrativo de Salud conceptúa i) que se requiere realizar un estudio analítico sobre los efectos producidos en la salud y en el medio ambiente por las fumigaciones, ii) que debe montarse un Sistema de Vigilancia Epidemiológica al respecto, iii) que se requiere capacitar al personal de salud sobre el manejo de intoxicaciones agudas generadas por plaguicidas, iv) que se debe adelantar un monitoreo sobre las posibles malformaciones genéticas, abortos, cáncer en la piel y en general sobre las patologías causadas por la aspersión aérea de herbicidas, y v) que se requiere montar un sistema de vigilancia nutricional dada la pérdida de los medios alimentarios que conforman la dieta de los habitantes de la región a causa de las fumigaciones⁸⁴.

⁸³ Defensoría del Pueblo, cuaderno 6, folios 161 a 165.

⁸⁴ Folios 20 a 37, cuaderno 1.

- El 15 de febrero de 2001 la Dirección Nacional de Estupefacientes se dirigió al Defensor del Pueblo para dar respuesta a algunos de los puntos contenidos en la Resolución Defensorial No. 4 ya reseñada, informando i) que a la fecha habían sido georreferenciados los proyectos adelantados por el Plante y la Red de Solidaridad Social en los departamentos de Caquetá, Putumayo, Cauca y Nariño y que se adelantaría la misma operación respecto de los programas existentes en Norte de Santander, Sur de Bolívar, Guaviare, Tolima y Huila, ii) que su solicitud de suspensión no podía ser atendida, debido a que el programa de aspersión de herbicidas se adelanta en cultivos explotados “*en forma industrial y de propiedad del narcotráfico*”, iii) que el Consejo Nacional de Estupefacientes se reúne periódicamente para evaluar el programa y que, además, dicho Consejo cuenta con “*unidades de gestión*” grupos interinstitucionales responsables del cumplimiento de cada uno de los objetivos estratégicos, iv) que se han venido adelantando reuniones con el Plan Colombia para definir y poner en marcha un esquema de coordinación que permita armonizar las diferentes instituciones ejecutoras de dicho Plan, v) que la Dirección cuenta con un sistema integrado de monitoreo de los cultivos ilícitos que le permiten identificar, cuantificar y verificar los cultivos ilícitos de coca y amapola y verificar la eficacia del proceso de erradicación, vi) que se están adelantando los procesos de verificación con respecto de las quejas presentadas por daños ocasionadas por la fumigación aérea en el territorio de la Comunidad Indígena COFÁN, vii) que la Red de Solidaridad Social, en coordinación con los Alcaldes de los municipios de San Miguel y del Valle del Guamuez, coordina la distribución de alimentos para atender los requerimientos de la población afectada, viii) que la Red de Solidaridad invitaría a las autoridades Cofanes a participar en los Comités y Mesas Municipales de Atención a la Población Desplazada, ix) que el Comité Interinstitucional para el desarrollo y gestión del Plan Vida del Pueblo COFÁN se reúne semanalmente con el fin de sacar adelante los proyectos, para lo cual ya se han aprobado recursos, y x) que el Programa de Erradicación cuenta con un procedimiento para la recepción y atención de quejas⁸⁵.
- El 28 de febrero del mismo año la Comisión de Seguimiento a las Políticas Gubernamentales de Sustitución de Cultivos Ilícitos, Desarrollo Alternativo y Medio Ambiente de la Cámara de Representantes aprobó la siguiente proposición:

(...) solicita al Gobierno Nacional suspender en forma inmediata las fumigaciones de cultivos ilícitos que se realizan en los departamentos del Putumayo, Nariño, Sur de Bolívar y las previstas para el Norte de Santander (Catumbo) y Antiguos Territorios Nacionales mientras no se atiendan las recomendaciones y exhortaciones hechas por el Defensor del Pueblo –Eduardo Cifuentes Muñoz– sobre los enormes daños ecológicos y perjuicios sociales, económicos y de salubridad que se vienen causando a las poblaciones ubicadas en las zonas de aspersión química”⁸⁶.

⁸⁵ Defensoría del Pueblo, cuaderno 6, folios 166 a 170.

⁸⁶ Defensoría del Pueblo, cuaderno 6 folio 147 vto.

Y dispuso adelantar una sesión especial con el objeto de ejercer “*control político y buscar la reformulación de políticas públicas en las tareas de erradicación de cultivos ilícitos para que las mismas se adelanten con respeto a la dignidad y a los derechos humanos, a la protección de la biodiversidad y del medio ambiente*”.

En la sesión que se reseña, adelantada el 5 de abril de 2001, la Directora del Plante y el Consejero para la Seguridad y la Convivencia Ciudadana reconocieron los errores cometidos en la operación adelantada por la Policía Antinarcóticos en el departamento del Putumayo, entre diciembre de 2000 y enero de 2001, y se comprometieron a restablecer los proyectos afectados con las fumigaciones. Para el efecto el Director de Estupefacientes afirmó que se diseñarían mecanismos que permitieran agilizar el trámite de las quejas. Y que en la misma oportunidad se presentaría a la consideración del Consejo Nacional de Estupefacientes el perfil de la Auditoría Técnica, creada por la Resolución 005 de 2000, aún sin implementar.

- El 2 de marzo de 2001, el Consejero para la Convivencia y la Seguridad Ciudadana, se dirigió al Defensor del Pueblo para manifestarle i) que el “*Gobierno Nacional comparte la preocupación que manifiesta su despacho sobre la necesidad de trabajar de manera coordinada entre las distintas entidades encargadas de la erradicación de los cultivos ilícitos en el país (...)*”, ii) que la fase de fumigación en el Departamento del Putumayo “*ha concluido*”, iii) que los sitios donde existen proyectos Plante en ese departamento ya fueron georreferenciados, iv) que se está trabajando para recuperar los programas de desarrollo alternativo afectados, v) que las entidades encargadas de la aspersión aérea vienen trabajando y han establecido formas de comprobación de los daños causados.
- El 9 de marzo del mismo año el Defensor del Pueblo solicitó al Ministro de Justicia convocar al Consejo Nacional de Estupefacientes, para que “*evalúe la información georreferenciada de los distintos Departamentos, en los términos de la Resolución N° 0005 de 2000 y las comunicaciones anexas, adopte las respectivas determinaciones en torno a las áreas que deben ser excluidas de las áreas de erradicación forzosa*”.
- El 15 de marzo de 2001, los actores de la acción popular a la que ya se hizo referencia solicitaron al Tribunal Administrativo de Cundinamarca disponer, en forma cautelar, i) que el IDEAM y el Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humbold, realicen los estudios para establecer la naturaleza del daño ambiental causado en el territorio nacional por la aspersión aérea de herbicidas para la erradicación de cultivos ilícitos, y determinen las medidas necesarias para corregirlo, ii) que el SINCHI adelante los estudios necesarios para establecer el impacto ambiental y las medidas urgentes para corregirlo en la Región Amazónica, y iii) que cese la aspersión aérea de glifosato para la erradicación de los cultivos ilícitos en el territorio nacional.

Mediante providencia de mayo 18 de 2001 se decretaron las medidas cautelares solicitadas, excepto la relativa a la inmediata suspensión del programa, en razón de que la Subsección B de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de

Cundinamarca consideró que la prueba aportada en la demanda no demuestra el daño inminente alegado⁸⁷.

- El 23 de marzo de 2001, en inspección realizada por la Defensoría del Pueblo a los químicos utilizados para la erradicación de cultivos ilícitos por aspersión aérea la entidad pudo constatar que la mezcla utilizada contenía 45% de glifosato, 1% de Cosmo Flux, 0.33% de Cosmo Inn y 54% de agua⁸⁸.
- El 30 de marzo del año en cita el Ministerio de Justicia, mediante la comunicación No. 03068, respondió al Defensor del Pueblo informándole que el Consejo Nacional de Estupefacientes había decidido “*no suspender las fumigaciones en forma general y continuar con el tratamiento diferencial de aspersión aérea de cultivos ilícitos, extensivos o industriales y con las estrategias de desarrollo alternativo para los cultivos de economía indígena o campesina*”.
- El 16 de abril de 2001 la Delegada para los Derechos Colectivos y del Ambiente de la Defensoría del Pueblo, expidió el informe Defensorial No. 2 en desarrollo al seguimiento a la Resolución Defensorial No. 4 del 12 de febrero de 2001, reiterando las recomendaciones i) de suspender las fumigaciones hasta tanto no se tenga la información georreferenciada de los proyectos que se adelantan en el territorio nacional, financiados por entidades del Estado o por Gobiernos y agencias en el marco de cooperación internacional, así como de las zonas cobijadas por Pactos de Erradicación, ii) de dar cumplimiento a la Resolución 0005 del 11 de agosto de 2000 del Consejo Nacional de Estupefacientes en lo referente a la contratación de una Auditoría Técnica, el reconocimiento previo de las áreas y el funcionamiento efectivo del Comité Técnico Interinstitucional, iii) de contar con un Plan de Manejo Ambiental, iv) de implementar en forma urgente un trámite efectivo para la recepción y atención de quejas, v) de definir el marco legal de los Pactos de Erradicación Voluntaria con el fin de dotarlos de credibilidad y de acciones concretas en casos de incumplimiento, vi) la de modificar la Resolución 0005 de 2000, en los Artículos Tercero y Cuarto, con el objeto de no permitir la fumigación de todos los cultivos, en consonancia con la política gubernamental de adelantar únicamente la erradicación de cultivos ilícitos comerciales e industriales por aspersión aérea, y vii) la contenida en el Artículo Undécimo de la misma resolución, atinente a que no se permita adelantar programas de fumigación en las zonas del Sistema Nacional de Áreas Protegidas⁸⁹.
- El 12 de julio de 2001 el Defensor del Pueblo se dirigió al Ministro de Justicia y del Derecho con el objeto de reiterar su solicitud de “*suspender de manera inmediata las fumigaciones en todo el país*”, i) dada la necesidad de aplicar el Principio de Precaución frente a la ausencia del Plan de Manejo Ambiental para la erradicación aérea, ii) debido al desconocimiento que se tiene de la sustancia

⁸⁷ Cuaderno 8, pruebas decretadas en trámite de Revisión.

⁸⁸ Acta 001 23 de marzo 2001, Defensoría del Pueblo, Cuaderno 6, folio 131.

⁸⁹ *Ídem*, páginas 143 a 154.

que se emplea en las fumigaciones, y por consiguiente de los efectos de la misma en la salud humana, en la fauna, en la flora y en las fuentes de agua, iii) en razón de la ausencia de verdaderos programas de desarrollo alternativo, y iv) ante la falta de coordinación, entre las distintas entidades gubernamentales encargadas de prestar atención a la población afectada con las operaciones⁹⁰.

- El Ministro de Justicia y del Derecho, en respuesta a la anterior comunicación, sostuvo i) que el programa de erradicación de cultivos ha extremado los cuidados para mitigar el impacto ambiental, ii) que en líneas generales los estudios desarrollados demuestran que la molécula de glifosato y del herbicida Round up no presentan riesgos para la salud humana, y iii) que la Dirección Nacional de Estupefacientes, la Policía Nacional, el Plante, la Red de Solidaridad Social y el Fondo de Inversiones para la Paz trabajan coordinadamente para mitigar los efectos de las aspersiones en todos los aspectos, especialmente indemnizando y atendiendo a la población desplazada⁹¹.
- El 18 de julio de 2001 el Defensor del Pueblo, en respuesta al cuestionario del Foro Parlamentario sobre el Plan Colombia elaborado por el Senado de la República, expuso su concepto sobre las medidas de erradicación de cultivos ilícitos derivadas del Plan Colombia, a la vez que presentó diversas alternativas relativas a la erradicación de cultivos ilícitos⁹².
- La Contraloría General de la Nación, en el informe denominado “Auditoría Especial a la Política de Erradicación de Cultivos Ilícitos Julio de 2001”, sostiene que durante el período 1992-2000 *“no se ha implementado un adecuado sistema de control lo que ha derivado en incumplimiento de la normatividad ambiental por parte de las autoridades responsables en sus diferentes aspectos, así como el alto grado de ineficiencia y descoordinación entre las distintas entidades del estado (sic)”*.⁹³
- Mediante providencia de octubre 4 de 1991, proferida dentro del proceso de Acción Popular que adelanta Claudia Sampredo y Otros contra el Ministerio del Medio Ambiente –hoy de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial– y Otras, por razón de los daños ecológicos causados en el territorio nacional a causa del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos, por aspersión aérea de glifosato, al que la Corte viene haciendo referencia, la Subsección B de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó, por segunda vez, la suspensión inmediata del programa, como quiera que, aunque los actores y algunos coadyuvantes alegaron la necesidad de aplicar el principio de precaución, ante la evidencia del daño demostrada con la práctica de algunas de las pruebas, la Corporación consideró i) que *“para tener certeza de la magnitud del daño, es prudente su evacuación total y no fraccionada, con la finalidad de adoptar una*

⁹⁰ *Ibidem*, páginas 74 a 78.

⁹¹ Defensoría del Pueblo, cuaderno 6, páginas 63 a 73.

⁹² *Ídem*, páginas 209 a 290.

⁹³ “Auditoría Especial a la Política de Erradicación de Cultivos Ilícitos julio de 2001” –Cuaderno 2 folios 17 a 51.

decisión de fondo dentro de esta controversia”, y ii) sobre la aplicación del principio de precaución sostuvo que “*no se ha logrado establecer si lo que más perjudica al medio ambiente es el procedimiento utilizado para sembrar coca o las fumigaciones aéreas*”.

La Magistrada Ponente, Ayda Vides Paba, se apartó de la anterior decisión, por cuanto consideró que los nuevos elementos de juicio aportados durante el curso del proceso, entre estos el “(...) *Llamado Urgente de PAN contra la guerra de cultivos ilícitos que amenaza la biodiversidad, Pesticidas Acción Net Wort –5ª Conferencia Internacional de PAN., MAYO 18 AL 21 DE 2000. Declaración de DAKAR, los testimonios de los señores Tomás León Sicard (Agrólogo con maestría en ciencias ambientales), Carlos Augusto Villamizar Quesada (Ingeniero Agrónomo) y María Elena Arroyabe (Médica toxicóloga y epidemióloga) lo cual conlleva a variar el concepto sobre el daño, aplicando la teoría del riesgo inminente, en concordancia con el principio de precaución*”⁹⁴ –destaca el texto–.

El 7 de noviembre de 2001 la Dirección Nacional de Estupefacientes presentó una última versión del Plan de Manejo Ambiental que le fuera impuesto por el Ministerio del Medio Ambiente, mediante Resolución 1065 del 26 de noviembre del mismo año, con algunas modificaciones, sujeto a los siguientes lineamientos generales:

- a) Cualquier modificación a las condiciones del Plan de Manejo Ambiental, o a cualquiera de las obligaciones generadas en este, deberán ser informadas por escrito e inmediatamente al Ministerio del Medio Ambiente para su evaluación y aprobación. Al igual que cuando los cambios impliquen el uso, aprovechamiento o afectación de los recursos naturales renovables en condiciones distintas a las impuestas.
- b) Corresponde a la Dirección Nacional de Estupefacientes dar a conocer de todo el personal involucrado en la actividad, las obligaciones, medidas de control y prohibiciones establecidas y definidas en el Plan de Manejo Ambiental impuesto y exigir el estricto cumplimiento de las mismas.
- d) Los Ministerios del Medio Ambiente y Salud y el Instituto Colombiano Agropecuario, ICA, dentro de sus competencias, “*supervisarán la ejecución de la actividad y podrán verificar, en cualquier momento el cumplimiento, lineamientos y obligaciones contenidas en la presente providencia y en el Plan de Manejo Ambiental*”.
- e) Responsabilizar a la Dirección Nacional de Estupefacientes por el deterioro y/o daño ambiental que le sea imputable causado en desarrollo del Programa.

El mismo día, 26 de noviembre de 2001, el Ministerio del Medio Ambiente, mediante la Resolución 1065 resolvió abrir investigación y formular a la Dirección en mención pliego de cargos, que se fundamenta así:

⁹⁴ Cuaderno 8, pruebas en trámite de Revisión.

- “1. El presunto incumplimiento de la obligación contenida en el Artículo Segundo de la Resolución 341 del 4 de mayo de 2001 en cuanto a los términos establecidos para su desarrollo.
 2. El presunto incumplimiento de las obligaciones establecidas en el literal b) del Artículo Sexto de la Resolución 341 del 4 de mayo de 2001 en relación con la verificación en sitio, de la efectividad de la aplicación de medidas de manejo ambiental durante la operación del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos; y la evaluación, previo diseño para tal fin, mediante indicadores de eficiencia y efectividad, así como la aplicación de medidas de manejo ambiental del programa de erradicación de cultivos ilícitos, en cuanto a los términos exigidos para su desarrollo.
 3. El presunto incumplimiento de las obligaciones establecidas en el Artículo Séptimo de la Resolución 341 del 4 de mayo de 2001, respecto al inicio de las investigaciones sobre la regeneración y dinámica ecológica de las zonas asperjadas en parcelas demostrativas y representativas de los núcleos de mayor concentración de cultivos ilícitos, obtenidos en el censo de 2000 y la determinación de la residualidad del glifosato en el suelo y su afectación en las propiedades físico-químico y biológicas, en cuanto a los términos exigidos para su desarrollo”.
- El 10 de diciembre de 2001, la Dirección Nacional de Estupeficientes recurrió la Resolución 1065, y, el 31 de enero de 2002, el Ministerio del Medio Ambiente resolvió este y otros recursos interpuestos contra la misma Resolución manteniendo la providencia⁹⁵.
 - El 19 de diciembre de 2001, mediante oficio 4050-1002, la Defensoría del Pueblo, aunque destacó la imposición del Plan de Manejo Ambiental como una medida que no podía seguirse postergando, conceptuó que “*la última versión del Plan, presentada por la Dirección Nacional de Estupeficientes y aceptada con algunas modificaciones por la autoridad ambiental, aún no se ajusta a las exigencias establecidas en los Términos de Referencia, fijados en el auto 558^a de 1996 del Ministerio*”. Y formuló algunas observaciones, para que el Ministerio se pronunciara al respecto: “*no obstante, hasta la fecha no se ha recibido respuesta por parte de dicha Cartera*”⁹⁶.
 - Mediante providencia de 28 de febrero de 2002 la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado resolvió mantener la providencia mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó la suspensión del Programa de Erradicación que se reseña, que había sido impugnada por los actores del proceso de Acción Popular ya referido y por quienes coadyuvaron la actuación de los primeros.

Para el efecto la Corporación consideró que “ (...) *la actividad de erradicación de cultivos ilícitos mediante fumigaciones, está sujeta al régimen de transición*

⁹⁵ “Amicus Curiae”- publicación de la Defensoría del Pueblo, las Fumigaciones y los Derechos Humanos, abril de 2002, páginas 27 y 28.

⁹⁶ *Ídem*, páginas 28 y 29.

contenido en el artículo 38 del Decreto 1753 de 1994, según el cual, los proyectos que con anterioridad a la expedición de la Ley 99 de 1993 iniciaron actividades, no requieren de licencia ambiental y pueden seguirse desarrollando, sin perjuicio de que las autoridades ambientales que lo consideren necesario, intervengan para que se cumplan las normas vigentes que regulan la protección del medio ambiente”.

En conclusión adujo que la erradicación de cultivos ilícitos, mediante la aspersión de herbicidas *“debe ser resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el fondo del asunto”*⁹⁷.

2. Pruebas obrantes dentro del expediente

En el expediente obran, entre otros, los siguientes documentos:

- En dos folios, Resolución 00004 del 28 de septiembre de 1995, expedida por la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior para reconocerle personería jurídica a la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana (folios 2 y 3 cuaderno 1).
- En dos folios, certificado de existencia y representación de la entidad antes nombrada expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá (folios 4 y 5 cuaderno 1).
- En 14 folios, *“Informe Técnico del ICA sobre la Fase Experimental de la Aplicación de Glifosato en la Erradicación de Cultivos Ilícitos”* iniciado el 20 de junio de 1984 (folios 19 a 33, cuaderno 3).
- En 97, 124 y 70 folios, *“Declaración de Efecto Ambiental para la Erradicación de Cultivos Ilícitos en Zonas de Jurisdicción de Corinto (Cauca)”* Informe Técnico, Fases I, II y III respectivamente, Ecoforest Ltda., septiembre de 1988 y abril de 1989 (prueba 1, folios 41 a 165 cuaderno 5, prueba 3).
- En 1 folio, comunicado del 11 de mayo de 1992, del Instituto Colombiano Agropecuario, ICA, que contiene recomendaciones sobre la aplicación de glifosato en los cultivos de Amapola (cuaderno 3 folio 5).
- En 3 folios, informe de la comisión del ICA, de septiembre 15 a 18 de 1992, sobre el seguimiento de las aplicaciones de glifosato en cultivos de amapola.
- En 33 folios, *“Pruebas Sistemáticas para la Erradicación de Cultivos Ilícitos de Coca en la Región Biogeográfica de la Amazonía Colombiana y Orinoquía Colombiana”* Ministerio de Justicia, informe final, septiembre de 1994 (folios 34 a 52 cuaderno 3).
- En 1 folio, Acta de Compromiso entre el Ministerio del Medio Ambiente y organizaciones indígenas de la región, con miras a construir la Agenda de la Amazonía Siglo XXI, suscrito en Leticia el 17 de agosto de 1999 (cuaderno 2, folio 8).

⁹⁷ Cuaderno 8, pruebas ordenadas en trámite de revisión.

- En 7 folios, Acta de Compromiso de la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos Indígenas, suscrita el 3 de septiembre de 1999 (cuaderno 2, folios 4 a 7).
- En 39 folios “*Evaluación de la Seguridad y el Riesgo para Humanos del Herbicida Roundup y su Ingrediente Activo, Glifosato*” elaborada por Gary M. Williams, Roberto Kroes e Ian C. Munro (...) Recibido el 6 de diciembre de 1999” (folios 292 a 331 cuaderno prueba número 4).
- En 39 folios, “*Calibración de Aviones de Fumigación utilizados en el Plan de Erradicación de Cultivos de Coca Colombia 2000*”, Instituto Colombiano Agropecuario, ICA (prueba 5).
- En 5 folios, comunicación de 3 de septiembre de 1993 dirigida por la Dirección Nacional de Estupefacientes al Ministro de Salud y al Gerente del Inderena poniendo a consideración el documento denominado “*Erradicación de Cultivos de Marihuana*” elaborado por la Policía Antinarcoóticos, con el fin de sustentar la solicitud de autorización para fumigar con herbicidas los cultivos ilícitos en todo el territorio nacional, que habría sido presentada al Consejo Nacional de Estupefacientes por el Ministro de Justicia. Y comunicaciones de los nombrados en los que se sujetan a las previsiones, hechas por sus despachos, al Comunicado del Consejo de Estupefacientes de enero 31 de 1991 (folios 134 a 138 cuaderno 3).
- En 2 folios, comunicación del 14 de noviembre de 1995, del Embajador de los Estados Unidos en Colombia, al Presidente de la República, sobre el uso del glifosato en su país (folios 52^a y 53 cuaderno 3).
- En 14 folios, “*Control Valoración Costos Ambientales Consejo y Dirección Nacional de Estupefacientes*” marzo de 1997 (folios 6 a 19, cuaderno 1).
- En 12 folios, Resolución Defensorial Número 4, proferida por el Defensor del Pueblo el 12 de febrero de 2001 –Cuadro Anexo 1– que contiene el informe de los lugares inspeccionados los días 16 y 17 de enero de 2001, al igual que los daños observados a los proyectos institucionales adelantados en la región, y los puntos georreferenciados de los diferentes sitios donde se realizó el seguimiento a las fumigaciones en los municipios de Valle del Guamuez, San Miguel y Orito entre el 16 y el 24 de febrero del mismo año (folios 38 a 49 cuaderno 1).
- En 367 folios, “*Informe Final Estudio Tóxico-Epidemiológico sobre los Efectos en la Salud del Glifosato en Aspersión Aérea para Erradicación de Cultivos Ilícitos*” Clínica Uribe Cualla S.A., Centro de Asesoramiento Toxicológico C.A.T. Guillermo Uribe Cualla, Pasto, mayo 3 y 4 de 2001 (Prueba 7, folios 11 a 358).
- En 17 folios, documento relativo a los “*Efectos de la Fumigación Valle del Guamuez y San Miguel Putumayo febrero 2001*” elaborado por el Departamento Administrativo de Salud, Oficina de Planeación, Sección de Epidemiología (folios 20 a 37 cuaderno 1).
- En 8 folios, Resolución No. 341 de mayo 4 de 2001 emitida por el Ministerio del Medio Ambiente (folios 191 a 198, cuaderno 1).

- En 60 folios, documento denominado “*Auditoría Especial a la Política de Erradicación de Cultivos Ilícitos*” de julio de 2001, elaborado por la Contraloría General de la República (folios 17 a 51 cuaderno 2).
- En 293 folios, posición de la Defensoría del Pueblo ante la erradicación por aspersión aérea de los cultivos ilícitos, febrero a julio de 2001 (cuaderno 6).
- En 6 folios, mapas de Colombia y de los departamentos de Caquetá, Guainía, Guaviare y Putumayo en donde se localizan las áreas con cultivos de coca y amapola en los Resguardos Indígenas, SIMCI-Convenio DNE-DIRAN-UNDCP. Agosto de 2000 (prueba 6).
- En 28 folios, Caracterización Socioambiental, Departamento del Putumayo, Dirección Policía Antinarcóticos 2000-2001.
- En 265 folios, Caracterización Departamento del Caquetá, Dirección Policía Antinarcóticos, agosto 2001.
- En 151 folios, Caracterización Departamentos Vichada, Guainía, Guaviare, Meta y Vaupés, mayo 2001.
- En 10 folios, Censo Indígena Nacional elaborado por la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior que relaciona i) los resguardos “*colonial y de Incora*” de la región amazónica, ii) la “*identificación por Dane*” dada a los mismos, iii) las parcialidades indígenas reconocidas por esa Dirección, y iv) los Cabildos “*posesionados ante las alcaldías municipales*”, de los departamentos del Putumayo, Vaupés, Amazonas, Caquetá y Guainía, expedido el 27 de julio de 2001 (cuaderno 5, folios 10 a 19).
- En 6 folios, Programa Indígena de los Resguardos Construidos en los Departamentos del Putumayo, Caquetá, Guaviare, Guainía, Amazonas y Vaupés, Informe General de Actividades 1999, expedido por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, el 27 de julio del 2001 (cuaderno 5, folios 21 a 27).
- En 47 folios, demanda de acción popular instaurada por Claudia Sanpedro Torrez y Héctor Alfredo Suárez Mejía contra el Ministerio del Medio Ambiente y las entidades que resulten comprometidas en el programa de erradicación de cultivos ilícitos, auto admisorio y providencias decretando algunas medidas cautelares, y negando la suspensión inmediata del programa (cuaderno 8 folios 2 a 48).
- En 18 folios, información relativa a los pueblos indígenas que ocupan actualmente la Amazonía Colombiana, remitida por la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior (cuaderno 8 folios 49 a 67).

3. La demanda

3.1. La Organización de Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana OPIAC, por intermedio de apoderado, demanda el amparo transitorio de sus derechos fundamentales a la vida, identidad e integridad cultural, libre desarrollo de la personalidad, ambiente sano y debido proceso, los cuales estarían siendo vulnerados por la Presidencia de la República, por los Ministerios del Interior –hoy del Interior y de Justicia– y del Medio Ambiente –hoy de Ambiente, Vivienda y Desarrollo

Territorial, el Consejo Nacional de Estupefacientes, la Dirección Nacional de Estupefacientes y la Policía Nacional.

Para fundamentar su pretensión, además de relacionar algunos de los hechos ya referidos en esta providencia, el apoderado de la actora afirma y conceptúa:

- Que dentro del marco del Plan Colombia la Presidencia de la República, por conducto del Consejo Nacional de Estupefacientes, ha ordenado la erradicación por aspersión aérea de los cultivos ilícitos existentes en las zonas rurales del territorio nacional, utilizando para el efecto glifosato mezclado con coadyuvantes POEA y Cosmo Flux 411 F, aditamentos que incrementan la efectividad del herbicida entre un “400 y 600 por cien”.
- Que debido a las condiciones de vuelo de las avionetas destinadas para el efecto, quienes realizan la operación están en la imposibilidad de dirigir el producto a los cultivos ilegales, de manera que como resultado de la operación se están eliminando, además de la flora endémica, los cultivos legales que proveen la subsistencia de las comunidades de la región.
- Que sobre los efectos del glifosato en la salud humana existe una discusión no resuelta, de manera que resulta extremadamente peligroso ordenar la fumigación indiscriminada de los cultivos ilícitos que se detecten en la región amazónica, por cuanto las personas, los animales, los suelos y las fuentes de agua están siendo contaminados.
- Que dentro de las zonas objeto del procedimiento, ubicadas en la Región Amazónica, se encuentran asentadas varias comunidades indígenas que se han visto notoriamente perjudicadas por la aspersión aérea, las que seguirán siendo afectadas, por cuanto la aspersión de herbicidas es el programa fundamental del Plan Colombia actualmente en ejecución.
- Que los pueblos indígenas de los departamentos del Putumayo, Guaviare, Guainía, Amazonas y Caquetá, “desde tiempos inmemoriales utilizan de manera tradicional la coca, uso que satisfacen con pequeños cultivos dentro de sus territorios, los que se ven amenazados con la fumigación indiscriminada que pretende desarrollar el Gobierno Nacional en esas zonas”.
- Que el Gobierno Nacional pretermitió la consulta previa que debía adelantar con las comunidades indígenas de la región, de conformidad con lo ordenado en el Convenio 169 de la OIT, “por lo que el Estado desconoce si estos pueblos se avienen, rechazan o plantean fórmulas de concertación sobre la política de erradicación dentro de los territorios de esas ancestrales etnias”.

3.2. El Director Ejecutivo de la Red de Veedurías Ciudadanas RED VER, intervino en el asunto con el objeto de coadyuvar la petición de amparo formulada por la Organización accionante.

Para el efecto aduce haber participado en el equipo que preparó la acción de tutela que se revisa, debido a que la entidad que representa considera quebrantados los derechos fundamentales de las comunidades indígenas de la Amazonía Colombiana,

y en atención a que “*estas no se encuentran en condiciones para (sic) agenciar sus propios intereses y defensa tanto por la distancia física como por las incontestables razones de seguridad física que entraña un accionar de tal naturaleza e implicaciones (...)*”.

4. Auto admisorio

El Juez Quince Civil del Circuito de Bogotá, a quien le correspondió el conocimiento de la acción, admitió la demanda y dispuso vincular al proceso, además de las entidades demandadas, “*a quienes directa e indirectamente se encuentren adscritos a la ejecución de la fumigación por aspersión de cultivos ilícitos*”, quienes debían ser convocados por la Presidencia de la República y quedarían vinculados como extremos pasivos de la acción, tan pronto como la Presidencia informara al despacho sobre el cumplimiento de tal vinculación.

El 31 de julio de 2001, en sesión extraordinaria del Consejo Nacional de Estupefacientes convocada con tal fin, el Ministro de Justicia hizo conocer de los asistentes a la reunión –Ministro de Defensa, Ministro del Medio Ambiente, Delegada de la Fiscalía General de la Nación, Viceprocurador General de la Nación, Delegado del Ministerio de Salud, Director General de la Policía Nacional, Director del DAS, Delegado del Ministro de Relaciones Exteriores, Director Nacional de Estupefacientes, y Secretario Técnico del Consejo– su convocatoria como sujetos pasivos de la acción que se revisa, por encontrarse vinculados a la ejecución de la política estatal relativa a la erradicación de cultivos ilícitos.

Y en la misma reunión se dispuso notificar a quienes no asistieron a la reunión –Ministro de Educación y Director del Programa Rumbos de la Presidencia de la República– su vinculación al asunto, mediante comunicación escrita.

Además, en el auto admisorio referido, el Fallador de Primer Grado solicitó a las entidades vinculadas al proceso de información relativa i) a los estudios de salubridad e impacto ambiental adelantados para ordenar la erradicación de cultivos ilícitos por aspersión aérea en el territorio nacional, ii) a los mecanismos con que cuenta el programa para evitar que la aspersión aérea de herbicidas no afecte la vegetación circundante, iii) a las secuelas que traerá para la flora, la fauna y los habitantes de los sectores la erradicación de cultivos ilícitos por aspersión aérea de herbicidas, iv) a la normatividad nacional e internacional que regula la erradicación de cultivos ilícitos por aspersión aérea, v) al cumplimiento del requisito de la consulta previa a los grupos indígenas de la región, prevista en el Convenio 169 de la OIT, y vi) al concepto favorable de los organismos ambientales, requerido para disponer la destrucción de los cultivos ilícitos por aspersión aérea de herbicidas.

5. Medida provisional

De conformidad con lo establecido en el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991, el Juez de Primera Instancia ordenó suspender inmediatamente “*todo proyecto de fumigación por aspersión con glifosato que haya de ejecutarse o se esté ejecutando luego de la notificación de esta providencia a las autoridades accionadas, las que*

se considerarán enteradas de esta orden desde ese momento”. Y, más adelante aclaró que la orden hacía referencia a las operaciones que se debían adelantar en los territorios habitados por las comunidades que integran la Organización demandante.

La apoderada de la Nación-Ministerio del Medio Ambiente –hoy de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial– interpuso contra la providencia anterior el recurso de reposición, adujo que la orden de suspensión debía revocarse, porque en la acción popular, que para el efecto se sigue ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo, el daño aducido por el demandante no ha sido probado.

Además informó que el Ministerio que representa, mediante la Resolución 341 de 2001, dispuso la aplicación de algunas medidas preventivas al respecto.

También el apoderado de la Dirección Nacional de Estupefacientes recurrió la providencia argumentando la improcedencia de la acción de tutela para ordenar la suspensión de una obligación de carácter legal, como la de la erradicación de cultivos ilícitos que se encuentra ordenada en el literal g) del artículo 91 de la Ley 30 de 1986.

Conceptuó que la orden de suspender la erradicación de los cultivos ilícitos por aspersión aérea en la Amazonía Colombiana no beneficia a las comunidades indígenas sino *“los intereses ilegítimos e ilegales de grandes productores y narcotraficantes en perjuicio de la ley y de la soberanía que a ella corresponde”*.

Y, finalmente adujo que no corresponde al Gobierno Nacional consultar con las comunidades indígenas un programa o política de Estado, *“en el cual prima el interés de la colectividad, quien resulta directamente afectada por el fenómeno del Narcotráfico, sobre el interés particular”*.

El apoderado de la entidad accionante, y el Director Ejecutivo de la coadyuvante, por su parte, solicitaron al Fallador de Primer Grado desatender el recurso de reposición interpuesto.

El profesional que representa a la OPIAC sostiene i) que la acción instaurada no puede ser atacada por falta de legitimidad activa, porque la erradicación de cultivos ilícitos hace parte del Plan Colombia, *“diseñado por los Estados Unidos”* y el Presidente de la República no puede sustraerse a su obligación de manejar la política internacional del Estado, ii) que el Gobierno Nacional no puede argüir falta de legitimidad por activa de la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana para interponer la acción que se revisa, como quiera que él mismo y esta Corporación han tenido a dicha organización y a organizaciones similares como interlocutores válidos de los intereses de los pueblos indígenas –cita las sentencias T-652 de 1998 y T-395 de 1995–, y iii) que no es procedente fundamentar en un decreto reglamentario la improcedencia de la consulta previa a la que tienen derecho los pueblos indígenas y tribales de la Amazonía Colombiana, porque tal consulta está prevista en el Convenio 169 de la OIT, el que integra el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos de los pueblos indígenas como lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación.

Destaca que la Organización que representa y las comunidades que la integran no se oponen a la erradicación de cultivos ilícitos en la Amazonía Colombiana, sino que

reclaman el derecho a una concertación previa al respecto, y rechazan la erradicación por aspersión indiscriminada de herbicidas en razón de que *“no resuelven el problema sino que lo agravan al profundizar el manejo ambiental de las áreas afectadas con los cultivos de coca y forzar el desplazamiento de estos selva adentro, con lo que se repite el dañino ciclo de nuevos cultivos, con sus terribles efectos ambientales y sociales, y nuevas fumigaciones, con sus terribles efectos ambientales y sociales”*.

Finalmente aclara que el amparo procede, dada la pretensión de que sea concedido como mecanismo transitorio, y que la acción no resulta contradictoria, como quiera que los derechos de las comunidades indígenas de la Amazonía Colombiana no solamente han sido conculcados, sino que su vulneración continúa, porque la erradicación de cultivos por el procedimiento de aspersión indiscriminada, está siendo adelantada en la zona.

El coadyuvante, por su parte, aduce i) que no está claro que el auto admisorio y la medida provisional adoptados por el juez de tutela puedan ser recurridos, ii) que el recurso impetrado por las accionadas debe negarse, porque se trata de una actitud dilatoria que el Juzgado está en la obligación de evitar, y iii) que el Juez debe proceder a resolver de fondo y decidir, en consecuencia, si mantiene la orden de suspensión o si la modifica.

El Juzgado de Primera Instancia no se pronunció sobre la reposición instaurada, pero al negar la protección –por las razones que más adelante se reseñan–, dispuso el levantamiento de la medida cautelar.

6. Intervención de las entidades accionadas

Todas las entidades accionadas, al responder la acción de tutela que se revisa, adujeron, de antemano, que la vía de tutela no es el mecanismo pertinente para proscribir la aspersión aérea de herbicidas, como método para erradicar los cultivos ilícitos existentes en el territorio nacional por daños ambientales, en razón de que para el efecto el ordenamiento constitucional prevé la acción popular, y plantearon, entre otras, las objeciones que a continuación se sintetizan:

6.1 El Presidente de la República y el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, por intermedio de apoderado, alegan falta de legitimidad activa y pasiva de la acción de Organización de Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana para interponer la acción que se revisa, porque tal Organización fue constituida por dichos pueblos, pero *“no está autorizada para promover en nombre y representación de sus miembros acciones judiciales”*.

Plantean, además, que se hace necesario distinguir entre el Presidente de la República y el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, como quiera que *“no están llamados a responder por los hechos objeto de la presente acción, razón por la cual el fallo deberá excluirlos completamente de sus efectos”*.

Finalmente, en relación con la protección invocada, el apoderado de la Presidencia de la República aduce i) que no procede conceder el amparo como mecanismo transitorio, porque el accionante se contradice al afirmar *“que los derechos fueron CONCULCADOS Y AMENAZADOS”* –destaca el texto–, y ii) que los hechos relatados

no se encuentran probados, porque sus representados no han tenido la oportunidad de contradecir los elementos probatorios aportados por el actor, concretamente el informe de la auditoría adelantada por la Contraloría General de la República en julio de 2001, y la Resolución Defensorial No. 4 de febrero del mismo año.

6.2 La Dirección General Jurídica del Ministerio del Interior manifiesta que su competencia respecto de la participación de las comunidades indígenas en el marco del Convenio 169 de la OIT, de la Ley 21 de 1991, y del Decreto 1320 de 1998, se circunscribe a expedir la certificación relativa a la presencia de dichas comunidades en las zonas no tituladas, dentro del área de los proyectos que se deban adelantar, y a participar en las reuniones con el fin de asegurar la participación de las comunidades indígenas en la expedición de licencias ambientales y en la adopción de planes de manejo ambiental.

Además, afirma que en dicho Ministerio, “(...) *no existen solicitudes de certificaciones de presencia de comunidades indígenas en los sitios que menciona el actor en su escrito de tutela, relacionados con la fumigación de cultivos ilícitos, ni convocatoria alguna para participar en un proceso de consulta previa sobre el tema en cuestión, la cual como ya se indicó, le correspondería a la autoridad ambiental*”.

No obstante conceptúa que la normatividad en comento “(...) *no aplicaría para el mencionado programa, por tratarse de aspectos totalmente ajenos a la explotación de recursos naturales. Además la consulta previa establecida a dicho convenio (sic) se refiere a actividades lícitas y no puede dársele un alcance mayor a la norma para proteger la integridad cultural de las comunidades indígenas*”.

Finalmente propone la excepción de “*FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA POR PASIVA, que le asiste al Ministerio del Interior; toda vez que a la luz de lo previsto en el artículo 8° de la Ley 30 de 1986 (...) la política de extinción de cultivos ilícitos se encuentra radicada en el Consejo Nacional de Estupefacientes, creado por el artículo 89 de la Ley en mención (...)*”.

6.3 La Dirección Nacional de Estupefacientes y la Policía Nacional, por intermedio del mismo apoderado, también se oponen a que se conceda la protección invocada por la Organización de Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana.

El profesional del derecho designado para el efecto afirma i) que la política de erradicación de cultivos se “*articula*” en el Estatuto Nacional de Estupefacientes – Ley 30 de 1986, y en las Resoluciones 0001 de 1994 y 005 de 2000; ii) que “*las fumigaciones aéreas con el herbicida glifosato no representan un peligro irremediable para las comunidades y los territorios indígenas representados por el accionante*”; iii) que el Convenio 169 de la OIT, su Ley aprobatoria –21 de 1991– y el Decreto 1320 de 1998 no le imponen al Consejo Nacional de Estupefacientes la consulta previa a las comunidades indígenas para adelantar un política de Estado como la erradicación de cultivos ilícitos, porque las normas del Convenio “*no cobijan lo relativo a la erradicación de cultivos ilícitos con el herbicida glifosato (...)*”; iv) que “*(...) el Programa adiciona a la mezcla de glifosato el Cosmo Flux con el único fin de mejorar su aplicación y minimizar los riesgos sobre las áreas adyacentes a los cultivos ilícitos (...)*” y que el uso de este producto “*fue autorizado por el ICA en el*

año 1993 y se le dio el registro de venta N°. 2186 (...); v) que la operación se realiza dentro de parámetros técnicos de eficiencia, pero reduciendo al máximo el daño potencial sobre el medio ambiente; vi) que la Dirección Nacional de Estupefacientes “*dispone de informes de campo (...) en los cuales se evidencia los efectos que ha generado el Programa de Erradicación que podrían controvertir las afirmaciones de los presuntos daños ocasionados (...)*”⁹⁸; vii) que el Gobierno Nacional no está generando una crisis alimentaria en las regiones en donde se adelanta el programa de erradicación de cultivos ilícitos, porque “*en estas áreas las presencia de cultivos lícitos es mínima o en muchas de las veces nula, como se puede observar en los informes de detección realizados periódicamente por la Policía Nacional años 1998 y 1999 (prueba 8⁹⁹)*”; viii) que “*no es cierta*” la afirmación de la actora en el sentido de que la erradicación de cultivos ilícitos estaría afectando la utilización tradicional de la hoja de coca que satisface las necesidades de las comunidades indígenas, por cuanto el Sistema de Monitoreo de Cultivos Ilícitos en Colombia ha detectado la existencia de 14.026 hectáreas con plantaciones de hoja de coca en el 81% de los 354 Resguardos Indígenas existentes en el territorio nacional, lo que equivaldría a adjudicar a cada indígena “*870 matas para su uso tradicional (...) un consumo de 70.800 gramos*”, cuando “[s]egún la Organización Mundial de la Salud (...) la ingestión recomendada en la dieta diaria de una persona es de 100 gramos de hoja de coca”; ix) que el narcotráfico “*ha permeado (sic) la estructura social y cultural, trastocando los valores y derechos ancestrales de estas comunidades*”, como quiera que de acuerdo a las estadísticas sobre el monto de instalación de los cultivos “*se requeriría de una inversión inicial de aproximadamente \$450.000.000.000 millones de pesos*”. Dichos costos permitirían inferir que hay una subvención del narcotráfico para la instalación de dichos cultivos”.

Con respecto a la vulneración de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, aducido por la Organización accionante, el apoderado de la Dirección Nacional de Estupefacientes y de la Policía Nacional afirma i) que la información científica existente sobre la materia permite inferir que el glifosato es un producto de “*baja toxicidad*”, ii) que no hay reportes relativos a los daños causados por el herbicida en mención en la salud humana, iii) que el programa de erradicación de cultivos ilícitos no ha afectado los ecosistemas y los recursos naturales, sino que, por el contrario, está contribuyendo al restablecimiento del equilibrio ecológico resquebrajado por “*los actores al margen de la ley*” que devastan amplias zonas para proceder a la siembra de cultivos ilícitos, y iv) que no se está afectando la identidad cultural de los pueblos indígenas, porque los cultivos que se erradican con el método de la aspersión aérea de herbicidas son los denominados industriales y comerciales, que escapan a las necesidades vitales y permanentes de los grupos étnicos.

⁹⁸ El apoderado relaciona comisiones de verificación y control e implementación de estas, algunas de carácter internacional que habrían sido adelantadas entre septiembre de 1995 y junio de 2000, nada dice sobre las personas o entidades que las habría realizado, ni revela su contenido. También relaciona el Informe Final de toxicidad presentado por la Clínica Uribe Cualla en mayo de 2001, ya referido –prueba 7–, folio 51, cuaderno 4.

⁹⁹ Folio 52, cuaderno 4, el apoderado relaciona la prueba 8, pero esta como tal, no figura en el expediente.

En relación con las preguntas formuladas por el Juez de Primera Instancia el apoderado respondió:

a) Sobre los estudios de salubridad e impacto ambiental:

Que la erradicación de cultivos ilícitos mediante la aspersión de herbicidas ha sido objeto de varios estudios –se refiere i) en extenso a la Consultoría prestada por Ecoforest Ltda. al Consejo Nacional de Estupefacientes a instancia del INDERENA en 1988 –reseñada en los hechos–, ii) de manera genérica y sin entrar en detalles a los conceptos emitidos por el Ministerio de Salud y del ICA –también relacionados en los antecedentes–, y iii) a publicaciones científicas a las que califica como “*parte importante del análisis para determinar los pros y los contras que pueda tener el herbicida Glifosato*”–.

b) Respecto de los procedimientos que el programa utiliza para efectuar la medición de la deriva que genera el asperjado de herbicidas, manifiesta que la Policía Nacional i) cuenta con el sistema SATLO, el que se encuentra instalado en los aviones de fumigación y permite “ (...) *medir con exactitud la cantidad de hectáreas que se asperjan, la ubicación geográfica de los lugares donde se realizan las operaciones y la cuantificación diaria del hectareaje (...) y una vez terminada la operación (...) visualiza las rutas trazas y coordenadas que la nave cubrió*”, ii) posee el “*Sistema de información para la identificación de cultivos ilícitos y seguimiento al Programa de Erradicación*” el que le ha permitido “*contar con cifras propias*”, y iii) utiliza “ (...) *una metodología propia para la detección de las superficies de cultivos ilícitos y evaluación del programa de erradicación*” la que cuenta con un “*Sistema Integrado de Monitoreo de Cultivos Ilícitos –SINCI–*”, y un “*Sistema de información Geográfica –SIG–*”, estas últimas utilizadas en desarrollo del Convenio entre la empresa francesa SPOT Image y el Gobierno Colombiano.

Añade que el Sistema de Monitoreo de los cultivos ilícitos permite detectar las plantaciones de coca en todos sus estados vegetativos, determinar la vegetación circundante y establecer la infraestructura vial, las áreas urbanas, los cuerpos de agua y las áreas de inundación.

Con relación a los parámetros técnicos de la operación, afirma que para adelantar una aspersión eficaz y “*reducir al máximo el daño potencial para el medio ambiente*” el Programa de Erradicación desarrolló un procedimiento de calibración de aviones –prueba 5– que determinó que “*con una gota grande, superior a 300 micras de diámetro (...) se reducía el desplazamiento de las mismas, minimizando el potencial riesgo de una alta deriva o desplazamiento de la nube de aspersión*”.

Que con base en ensayos de campo, el Programa ha logrado establecer las condiciones ambientales y la altura requeridas para adelantar la aspersión, “*con el fin de garantizar el mínimo riesgo de daño sobre las áreas circundantes a los cultivos ilícitos*”.

Para finalizar este aparte de su exposición, el apoderado afirma que el proceso de caracterización de las áreas cultivadas y la detección puntual de los cultivos

“permiten establecer niveles de riesgo operacional, así como las medida (sic) de restricción para garantizar que las áreas no objeto del Programa no se vean afectadas”.

- c) Para responder el interrogante relativo a existencia de estudios que demuestren las secuelas de la aspersión y la recuperación de la flora y la fauna objeto de erradicación, el apoderado en mención afirma:

Que los estudios de campo adelantados por el Programa indican *“que las áreas que fueron asperjadas, aunque tuvieron un impacto negativo puntual y temporal, posteriormente se regeneraron naturalmente (dinámica sucesional), modificándose la cobertura vegetal, el uso del suelo, reincorporando extensas zonas degradadas a los ecosistemas boscosos naturales”.*

Además relaciona los pasos que siguen los cultivadores para adelantar los cultivos ilícitos y se refiere en detalle a los daños ambientales que ocasiona el proceso, en cada una de sus etapas, por cuanto i) *“los cultivos ilícitos, tanto de amapola como de coca, se localizan en ecosistemas de un valor ambiental incalculable, caracterizados por ser los mayores bancos de germoplasma del planeta (...)”;* ii) *“(...) el primer impacto sobre el ambiente es ocasionado por la fuerte migración a zonas que no satisfacen necesidades básicas, en la medida que se trata de regiones con vocación de reserva forestal (...)”;* iii) *“[l]os efectos relacionados con la adecuación de los terrenos para los cultivos no solamente determinan la pérdida irreversible de la flora nativa y de los recursos genéticos, sino que generan efectos secundarios como la fragmentación, el desplazamiento de la fauna y la severa alteración de las cadenas alimenticias”;* iv) *“[l]os cultivadores de coca, sean campesinos o comerciantes, tienen como objetivo obtener la mayor producción posible de hojas (biomasa), para esto y debido a la escasa vocación agrícola de los suelos, es común la introducción de bioestimulantes, abonos y pesticidas para el control de plagas y malezas (...) [e]n muchos casos utilizan sustancias que son prohibidas como es el caso del insecticida Parathion y sustancias organocloradas (...) entre las sustancias que más utilizan los productores de cultivos ilícitos se encuentra el glifosato (...) los suelos de los bosques andinos que se caracterizan por su alta capacidad supresiva de patógenos están perdiendo esta característica, en la medida que los agroquímicos que se utilizan son de amplio espectro”.*

- d) El interrogante relativo a la normatividad que regula la erradicación de cultivos ilícitos por aspersión de herbicidas, es respondido por el apoderado de la Dirección Nacional de Estupefacientes y de la Policía Nacional de la siguiente manera:

Sostuvo que el programa se respalda en el artículo 3° de la Convención de Viena, aprobada mediante la Ley 67 de 1993, en el Plan de Acción Mundial del Programa de Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de las Drogas, aprobado en junio de 1998 en sesión extraordinaria, en la Estrategia Hemisférica de Lucha Contra las Drogas de la Comisión Interamericana Contra el Abuso de Drogas –CICAD-, en la Ley 30 de 1986, y en las Resoluciones 0001 de 1994 y 0005 de 2000 del Consejo Nacional de Estupefacientes.

- e) Sobre la consulta previa a las comunidades indígenas, dispuesta en el Convenio 169 de la OIT, contesta:

“(...) [Q]ue la consulta solo se refiere a normas del Convenio y estas no cobijan lo relativo a la erradicación de cultivos ilícitos con el herbicida glifosato (...)” por cuanto “(...) la consulta previa es requisito para desarrollar cualquier actividad que se ejecute dentro de las zonas de resguardos o reservas indígenas, siempre y cuando se trate de explotación de recursos naturales”.

- f) El interrogante relativo al concepto de los organismos ambientales para adelantar el programa de erradicación de cultivos mediante aspersión de herbicidas lo resuelve aduciendo que el Ministerio de Salud, mediante oficio 001998 del 11 de octubre de 1993, y el INDERENA, mediante oficio número 023265 de 8 de octubre del mismo año, dieron respuesta al oficio 11708 del 3 de septiembre anterior, ratificando *“la estrategia de acción fijada por el Consejo Nacional de Estupefacientes en su comunicado del 31 de enero de 1992”.*

6.4. El Ministerio del Medio Ambiente, además de referirse a algunos de los aspectos también expuestos por el apoderado de la Dirección Nacional de Estupefacientes y de la Policía Nacional, argumenta que el Ministerio que representa no ha vulnerado el derecho de la Organización accionante a un ambiente sano, como quiera que dentro de sus funciones no se encuentra la de erradicar los cultivos ilícitos existentes en el territorio nacional, sino la de fijar las políticas y adoptar las regulaciones pertinentes en materia ambiental.

A su vez destaca el cumplimiento de la función del Ministerio del Medio Ambiente en la protección del derecho a un ambiente sano, refiriéndose en detalle a la Resolución Núm. 341 de 2001, en cuanto el Ministerio que representa habría adoptado *“(...) una serie de medidas relacionadas con el Programa de Erradicación de cultivos ilícitos mediante la aspersión aérea con glifosato, con lo cual se garantizará la protección adecuada de los recursos naturales renovables y del medio ambiente en la ejecución de ese programa y por ende se garantizarán los derechos a la vida y demás derechos fundamentales alegados por el actor”.*

Además, en relación con el cuestionario elaborado por el Juez de Primera Instancia, que debía ser contestado por las entidades accionadas, la apoderada del Ministerio del Medio Ambiente aduce que el INDERENA, para entonces entidad encargada de preservar y mantener el equilibrio del ecosistema, expidió el 8 de octubre de 1993 un oficio ratificando la estrategia de erradicación de cultivos ilícitos que había sido fijada por el Consejo Nacional de Estupefacientes en enero de 1992. Y, que en el expediente 793, que reposa en dicho Ministerio, relativo al manejo ambiental del Programa, se encuentra una ratificación en tal sentido expedida por el Ministerio de Salud.

7. Trámite en sede de Revisión

El Magistrado Sustanciador, para mejor proveer, mediante providencia del 17 de abril de 2002, ordenó a la Secretaría General de esta Corporación oficiar a la Secretaría General del Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, solicitando fotocopia de la demanda, del auto admisorio, y de todo lo actuado en relación con

las medidas cautelares solicitadas dentro del proceso de Acción Popular que se tramita en dicha Corporación, por demanda instaurada contra el Ministerio del Medio Ambiente y las entidades que resulten involucradas en la perturbación ambiental, a causa de la aspersión de herbicidas para la erradicación de cultivos ilícitos, promovida por Claudia Sampedro y Héctor Alfredo Suárez Mejía.

También se dispuso oficiar a la Dirección Nacional Indígena del Ministerio del Interior con el fin de que esta dependencia certifique, para que obre en autos, las condiciones que ostentan los pueblos indígenas y tribales de la Amazonía Colombiana, con miras a determinar su derecho a la consulta previa, regulada en el Convenio 169 de la OIT.

Documentación que fue allegada al expediente en tiempo, y a la que se hace referencia en diversos apartes de esta decisión.

8. Las decisiones que se revisan

8.1. Decisión de primera instancia

El Juez Quince Civil del Circuito de Bogotá, a quien le correspondió tramitar el asunto, cuyo estudio ocupa a la Sala, negó en primera instancia la protección invocada.

En primer término el Juzgador estudia la procedencia de la acción y encuentra que procede considerar la pretensión, porque a pesar de que el ordenamiento tiene previsto otro procedimiento para conjurar la vulneración ambiental planteada por el actor, este invoca la protección constitucional como mecanismo transitorio, posibilidad que se encuentra prevista en el artículo 86 constitucional.

No obstante considera i) que “(...) *las fumigaciones realizadas por aspersión a base del herbicida glifosato no causan daños graves, permanentes e irreversibles en la salud humana, o por lo menos, no existe evidencia de ello (...)*” ii) que “(...) *no es en sí la fumigación de los cultivos ilícitos lo que está destruyendo y/o contaminando en distintos aspectos y de manera inminente e irreversible el medio ambiente de las regiones cultivadas, sino el procedimiento utilizado para preparar, cultivar y obtener el producto ilícito, lo que en realidad de verdad causa serias alteraciones a nuestro ecosistema, generando impactos ambientales, socioeconómicos y culturales*”, y iii) que la consulta previa a las comunidades indígenas prevista en el Convenio 169 de la OIT, “(...) *se refiere única y exclusivamente cuando han de efectuarse en los territorios por ellas habitados primeramente actividades lícitas y, segundo, cuando se refiere a explotación de recursos naturales*”–destaca el texto–.

8.2. Impugnación

El apoderado de la Organización accionante impugnó la decisión anterior.

Para el efecto sostuvo que la Acción Popular que se tramita ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para evitar los daños ecológicos que causan los programas de erradicación de cultivos, “*no tiene identidad de partes, ni de hechos, ni de pretensiones con esta acción de amparo dado que se defienden exclusivamente los derechos de los pueblos indígenas de la amazonía colombiana*”.

Reitera que contra las comunidades indígenas de la Región Amazónica Colombiana pende una “grave e inminente amenaza”, dado que sus derechos fundamentales a la vida, salud, ambiente sano y libre desarrollo de la personalidad han sufrido menoscabo por la aspersión indiscriminada de herbicidas y continúan siendo conculcados.

También afirma que la providencia que impugna debe revocarse, porque el Juez de la Causa al advertir un problema en la aplicación de la consulta previa a los pueblos indígenas y tribales, prevista en el Convenio 169 de la OIT, resolvió acudir al Decreto 1320 de 1998 y no a la Ley 21 de 1991, sin reparar en que hizo prevalecer una norma de inferior categoría y que la ley en mención aprobó dicho Convenio sin reservas.

Además recuerda que esta Corporación ha sostenido, de manera reiterada, que el Convenio 169 de la OIT, por regular temas de derechos humanos de las comunidades indígenas se integra a la Carta Política conformando con ella un bloque de constitucionalidad, de manera que la obligación que tienen las accionadas de consultar a los pueblos indígenas de la Amazonía Colombiana no podía ser desconocida por el Juez de Instancia –cita apartes de las sentencias T-600 de 2001, SU-039 de 1993 y T-634 de 1999–.

Asimismo aduce que no resulta válido argüir que la consulta previa no se aplica en materia de erradicación de cultivos indígenas, por ser esta una actividad ilícita, porque el artículo 246 de la Constitución Política reconoce la Jurisdicción Especial Indígena, a la que esta Corporación y la Corte Suprema de Justicia le han reconocido la facultad de juzgar y sancionar las conductas punitivas de sus integrantes, de manera que también, por esta razón, los pueblos indígenas y tribales deben ser convocados a una concertación para adelantar los programas de erradicación de los cultivos de coca y amapola en sus territorios.

Y que si bien las Leyes 30 de 1986 y 599 de 2000 tipifican el delito de plantaciones ilícitas, “*este argumento, expuesto por los accionados y acogidos (sic) por el juez (sic), riñe con la realidad social y política actual, pues ha sido el mismo gobierno el que ha negociado con pequeños cultivadores de coca y amapola la no represión ni destrucción forzada de los cultivos por un lapso superior inclusive a un año, en los llamados pactos y en la ejecución del programa Plante*”.

En consecuencia, insiste en que la decisión gubernamental consistente en adelantar el programa de erradicación de cultivos ilícitos en los territorios ocupados por las comunidades indígenas, sin la consulta prevista en el Convenio 169 de la OIT, quebranta los derechos fundamentales de estas comunidades, y que el amparo debe concederse como mecanismo transitorio, como quiera que “*pueden existir vías alternas para demandar que el gobierno dé cumplimiento a las previsiones del convenio 169 de la OIT; sin embargo, como es inminente que en los próximos días el gobierno inicie la fumigación sobre los territorios de las comunidades indígenas (ello se afirmó en la acción y fue negado por los accionados), las otras vías judiciales no permitirían evitar la consumación del perjuicio, porque la conclusión de estas, e inclusive la simple admisión, fuese ya de la acción de nulidad o de cumplimiento, se producirían, con altísima probabilidad cuando las fumigaciones sean hechos cumplidos y, por lo mismo, serían recursos judiciales ineficaces y inoportunos (sic) para garantizar el derechos de los pueblos ancestrales a ser consultados previamente*”.

8.3. Intervención de la Policía Nacional-Dirección Antinarcoóticos en la Segunda Instancia

El Director de la Policía Antinarcoóticos, en escrito dirigido a la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, una vez concedido el recurso interpuesto por el apoderado de la Organización accionante, intervino para explicar *“lo relacionado con la caracterización de las zonas de cultivos ilícitos, así como el tratamiento que se incluye para los resguardos indígenas y zonas protegidas”* y anexó sendos documentos relativos a la caracterización de los departamentos que conforman la Región Amazónica Colombiana, adelantada por la Policía Antinarcoóticos.

Destaca que la Oficina de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior ha entregado a la Policía Nacional la cartografía localizada de los resguardos indígenas, y que aquella, una vez realizado un reconocimiento aéreo de la zona, con el objeto de identificar sus límites reales, incluyó dichos resguardos como zonas *“de exclusión de las operaciones de erradicación forzosa, enmarcándose dentro de una franja de seguridad, de perímetro una milla”*—destaca el texto—.

A su vez presenta un cuadro titulado *“Franjas de Seguridad sobre Elementos Ambientales que se Aplican para la Operación del Programa”*, en el que se relacionan los cuerpos de agua, las áreas correspondientes al Sistema Nacional de Parques Naturales, las zonas de asentamientos urbanos —entre estos los resguardos—, las áreas con cobertura vegetal diferente a los cultivos ilícitos y las áreas de interés socioeconómico, con el indicativo *“no asperjar”*, y el establecimiento de franjas de seguridad mínima que oscilan entre 25 y 1.600 metros.

Sostiene que el Programa se desarrolla en tres etapas, que en la primera se detectan los cultivos y se evalúan las características de la zona con el objeto de elaborar un plan de acción que represente la mejor alternativa, esto es *“que elimine el mayor número de problemas y las (sic) que mejor satisfaga las condiciones y se acerque más al objetivo inicial (...)”*, que una vez elegida la alternativa se elabora un plan de acción *“en pro de obtener el 100% de la efectividad en la misión a desarrollar”* y que *“como acción complementaria se debe seguir impulsando el desarrollo de un sistema de vigilancia y monitoreo satelital, para evaluar el avance de los cultivos ilícitos en las áreas de reserva (...)”*.

Se refiere a los resultados del Programa destacando que desde 1994 hasta la fecha *“la Policía Antinarcoóticos evitó la producción y comercialización de 1.784 toneladas de clorhidrato de cocaína que representa al menos 15.163.5 millones de dosis de clorhidrato. A precio de hoy, este alcaloide tendría un valor en el mercado ilegal mundial de 53.518 millones de dólares (...). Para amapola, las operaciones de aspersión durante este mismo período alcanzaron las 43.047 hectáreas, inhabilitándose por lo menos 39.000 kilos de heroína que representan 19.500 millones de dosis. Estupefacientes que en el mercado ilícito internacional a precios de hoy puede alcanzar los 1.950 millones de dólares (...)”*.

Señala que los narcotraficantes y colonos han deforestado durante los últimos 8 años más de un millón de hectáreas de bosque húmedo tropical y bosque de niebla

andino, para dedicarlas al cultivo de coca y amapola, e indica que la aspersión con el herbicida glifosato se erige como la “*única medida estatal eficaz*” para contrarrestar el daño ecológico.

Finalmente informa que el Programa cuenta con una Comisión Interinstitucional de Verificación, “*integrada por el Jefe del Área Erradicación de Cultivos Ilícitos Antinarcóticos, un funcionario de la Auditoría Ambiental, un delegado de la Oficina de Asuntos Narcóticos NAS de la Embajada Norteamericana, un funcionario de la Dirección Nacional de Estupefacientes, Ministerio Público, Instituto Colombiano Agropecuario, PNDA, Parques Naturales Nacionales de Colombia y Fiscalía General de la Nación*”.

Agrega que el procedimiento de verificación se desarrolla en el marco del Protocolo suscrito en noviembre de 1996 entre los gobiernos de los Estados Unidos y de Colombia, en razón del cual se reconocen las áreas asperjadas en un periodo determinado, se selecciona la muestra que se debe verificar, se determina el área persistente en los cultivos y se evalúan “*los eventuales impactos ambientales*”.

8.4 Decisión de Segunda Instancia

La Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a quien le correspondió conocer del recurso de alzada, confirmó la decisión dada la improcedencia de la acción.

Sostiene el *ad quem* que “*debió indicarse por parte de la accionante las personas agenciadas y demostrarse fehacientemente de manera concreta que se encuentran afectadas por la amenaza o vulneración de algún derecho constitucional fundamental*”, aunque no desconoce el poder de representación de las comunidades indígenas asentadas en la Región Amazónica Colombiana que ostenta la Organización actora.

Para fundamentar su dicho trae a colación apartes de la sentencia T-067 de 1993 M(s). P(s). Ciro Angarita Barón y Fabio Morón Díaz, afirmando que “*(...) en dicho fallo la H. Corte Constitucional tuvo, entre otros, como fundamento para denegar el amparo deprecado, que habiéndose invocado un derecho colectivo protegible por vía de acción popular y no habiéndose solicitado el amparo de un derecho constitucional fundamental en relación con una persona determinada, no habría lugar a impartir la orden de suspensión de fumigaciones con glifosato*”.

Y para concluir, afirma que así fuera procedente el amparo habría que negarlo, porque, de un lado la Policía Antinarcóticos ha informado, en su intervención en segunda instancia, sobre la exclusión de los resguardos indígenas señalados por el Ministerio del Interior del Programa de Erradicación Forzosa mediante aspersión aérea de glifosato, y, de otro, que el derecho de las comunidades indígenas a la consulta previa, tal como lo tiene definido la jurisprudencia constitucional, se concreta en la explotación de los recursos naturales existentes en sus territorios, es decir, que tal derecho no abarca el de que los pueblos indígenas y tribales deban ser consultados para ejecutar las políticas estatales, en materia criminal en sus territorios.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Corte Constitucional a través de esta Sala es competente para revisar las anteriores providencias, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del auto de 11 de diciembre de 2001, expedido por la Sala de Selección de Tutelas Número Doce de esta Corporación.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala decidir si procede la protección constitucional transitoria de los derechos a la vida, salud, libre desarrollo de la personalidad, integridad cultural, participación, debido proceso y ambiente sano invocados por la Organización de Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana contra la Presidencia de la República, los Ministerios del Interior y del Medio Ambiente –hoy del Interior y de Justicia, y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo territorial–, el Consejo Nacional de Estupefacientes, y cada uno de sus integrantes, el Director Nacional de Estupefacientes, y la Policía Nacional.

En razón de que las entidades accionadas han dispuesto la aspersión aérea de herbicidas en la región de la amazonía colombiana, sin surtir el procedimiento de consulta previsto en el Convenio 169 de la OIT y ocasionando un daño ambiental considerable en sus territorios.

Para lo anterior se requiere estudiar previamente lo pertinente de la acción, en razón de que i) el Juzgador de Segundo Grado encontró procedente el reparo formulado por varios de los intervinientes relativo a la improcedencia de la vía utilizada para invocar la protección constitucional de los pueblos indígenas de la amazonía colombiana a su subsistencia, porque adujo no estar individualizado el quebrantamiento alegado; y ii) las entidades accionadas arguyen que la protección no puede ser concedida, porque el restablecimiento de los derechos colectivos corresponde al juez ordinario, previo el ejercicio de una acción popular, y así mismo ponen de presente que en la actualidad se debaten los daños ambientales que podría estar causando el Programas de Erradicación de Cultivos Ilícitos en todo el territorio nacional, en el proceso que para el efecto se tramita ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca.

También deberá distinguirse la pretensión invocada a fin de establecer si el ordenamiento i) prevé mecanismos para proteger los derechos de los pueblos indígenas y tribales de la Amazonía Colombiana a ser consultados, antes de desarrollar las medidas legislativas y administrativas que los afectan, y ii) si las normas de protección ambiental regulan medidas destinadas a suspender los procedimientos que vulneran los derechos e intereses colectivos, relacionados con el espacio, la seguridad y la salubridad públicos y el ambiente.

Esto último a fin de establecer si procede la protección transitoria invocada, dados los perjuicios irremediables para la salud, y para la vida de los habitantes de la

región amazónica en general y de los integrantes de los pueblos indígenas asentados en el lugar, que el representante de la Organización accionante denuncia.

3. Consideraciones preliminares. La acción de tutela y la acción popular en el ordenamiento constitucional

El artículo 86 de la Carta Política prevé la protección inmediata de los derechos fundamentales que resulten vulnerados o se encuentren amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares i) mediante los mecanismos ordinarios con que cuentan las autoridades judiciales y administrativas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, en los términos del artículo 2º constitucional, o ii) mediante la intervención directa del juez constitucional, cuando dichos mecanismos no están previstos o no resultan eficaces, para que aquel de quien se solicita la tutela actúe o se abstenga de hacerlo.

El artículo 88 superior, por su parte, con el propósito de proteger los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, el ambiente, y otros bienes jurídicos de similar naturaleza determina que la ley regulará las acciones populares.

Mandato este desarrollado por la Ley 472 de 1998, normatividad en la que se encuentra previsto lo relativo a la intervención activa de los miembros de la comunidad nacional, en defensa de los intereses comunitarios, *“basado en la consideración de la persona humana y en la prevalencia del interés público y de los propósitos que busca la sociedad (...) con una motivación esencialmente solidaria”*¹⁰⁰.

Se requiere dilucidar entonces hasta qué punto las pretensiones de la Organización accionante competen al Juez constitucional, o a la autoridad judicial a quien se le ha confiado resolver las materias propias de las acciones populares.

3.1 Mecanismo judicial para restablecer el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa. Titularidad y legitimación de la acción de tutela

a) Esta Corte ha sostenido, de manera reiterada, dada la especial significación que para la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales comporta su participación en las decisiones que puedan afectarlos, mediante el mecanismo de la consulta previa, que este es un derecho fundamental, *“pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar por ende su subsistencia como grupo social”*¹⁰¹.

¹⁰⁰ Sentencia 215 de 1999 M.P. Martha SÁCHICA. Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 11, 12 (parcial), 13, 27, 30, 33, 34 (parcial), 45, 46, 47, 48 (parcial), 50, 53 (parcial), 55, 65 (parcial), 70 (parcial), 71, 73, 85 y 86 de la Ley 472 de 1998, *“por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y se dictan otras disposiciones”*.

¹⁰¹ Sentencia SU-039 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell, la Corte tuteló transitoriamente los derechos de participación, integridad étnica, cultural, social y económica y debido proceso del pueblo indígena U'WA, ordenando que este sea consultado antes de proferir una resolución de exploración en su territorio. En igual sentido, entre otras, T-652 de 1998 –notas 92 y 160–.

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

b) Ante la necesidad de lograr la igualdad material de los pueblos indígenas del territorio nacional, dada la real opresión, explotación y marginalidad a la que se encuentran sometidos¹⁰², esta Corporación tiene definido que la protección constitucional del derecho a la diversidad e integridad cultural no requiere individualizarse, porque el derecho a la subsistencia de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales no admite ser diferenciado, sino entendido en función del grupo al que pertenecen.

De modo que la tensión existente entre la cosmovisión de los pueblos que invocan la protección y el Programa que las entidades accionadas adelantan en sus territorios, que dejan en evidencia las probanzas antes relacionadas, no requiere particularización alguna, porque el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, previsto en el artículo 7° de la Carta, autoriza a las culturas societales distintas a la mayoritaria, rechazar las medidas que les imponen comprensiones separatistas de sí mismos, incompatibles con el universalismo que les es propio.

En lo que se refiere a este punto, es decir a la legitimidad de los pueblos indígenas y de sus integrantes, para demandar la protección constitucional a la diferencia, sin particularizar su vulneración, ha dicho la Corte:

“La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser “sujeto” de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a “la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” (C.P. Art. 1 y 7).

¹⁰² “(...) Los indígenas son el grupo más marginado y discriminado en todas las sociedades. En países ricos y pobres, sufren un horroroso abandono y marginación. Víctimas de dos colonialismos, el histórico y el contemporáneo.

(...)

El colonialismo contemporáneo está devastando la vida cotidiana de los pueblos indígenas. En la busca de recursos y tierra, los grandes territorios vírgenes se han convertido en El Dorado y válvulas de escape. Pocos de los 50 millones de habitantes indígenas de las selvas tropicales –que dependen de ellas para conseguir alimentos, medicinas, cobijo e ingresos– se han librado del ataque de madereros, colonizadores, mineros y constructores de embalses. En la amazonía y en varios países asiáticos, los granjeros pobres, expulsados de sus tierras por la agroindustria, han emigrado de forma masiva al territorio de los pueblos indígenas. Hoy son dieciséis veces, más que los indígenas de la Amazonía. (...)” –Una Agenda Internacional, Julián Burger, responsable del programa a favor de los pueblos indígenas en el Centro de las Naciones Unidas por los Derechos Humanos, en “El Estado de los Pueblos- Informe sobre los Derechos Humanos de las Sociedades en Peligro”, Cultural Survival, ediciones Bellaterra 2000, Barcelona.

7) *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 esta 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 cultural¹⁰³.

c) Establecido entonces que el asunto en estudio no demanda la individualidad de los derechos en conflicto, por contera deberá la Corte considerar el asunto de la intervención de los pueblos indígenas, como titulares en sí mismos del derecho a la diversidad.

Al respecto vale recordar que esta Corporación ha reconocido legitimación en los integrantes de los pueblos en comento, como también en las Organizaciones que los agrupan, para demandar su protección constitucional, es el caso de las Organizaciones Indígena de Antioquia y Nacional Indígena, como también del señor Amado de Jesús Carupia Yagari, entre otros, quienes demandaron y obtuvieron la protección constitucional de los pueblos Emberá - Catío del río Chajeradó –T-380 de 1993–, Embera Catío del Alto Zinú –T-652 de 1998–; y de Cristianía –T-428 de 1993– respectivamente.

¹⁰³ Sentencias T-380 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y T-652 de 1998, M.P. Ciro Angarita Barón, entre otras.

Lo anterior, puesto que si los pueblos indígenas tienen derecho a defender su integridad cultural sin escindir su existencia colectiva, es porque tanto sus integrantes, como las Organizaciones que los agrupan, están legitimados para instaurar las acciones correspondientes i) debido a que el ejercicio de los derechos constitucionales de las minorías, dadas las condiciones de opresión, explotación y marginalidad que afrontan, debe facilitarse, ii) a causa de que las autoridades están obligadas a integrar a los pueblos indígenas a la nación, asegurándoles la conservación de su autonomía y autodeterminación, y iv) porque el Juez constitucional no puede entorpecer el único procedimiento previsto en el ordenamiento para garantizarles a los pueblos indígenas y tribales la conservación de su derecho fundamental a la diferencia –artículos 7°, 286, 287, 329 y 330 C.P.–.

Es más, el artículo 171 constitucional reconoce a las organizaciones indígenas, en cuanto dispone que sus líderes pueden aspirar a ser elegidos para integrar el Senado de la República, por la circunscripción nacional especial indígena, e idéntica previsión se encuentra en la Ley 649 de 2001, respecto de los candidatos de las comunidades indígenas que aspiren a ser elegidos por la Cámara de Representantes.

No difieren las anteriores consideraciones de lo expuesto en la sentencia SU-067 de 1993 –invocada por el Juez de Segundo Grado en la providencia que se revisa para negar la protección–; porque en aquella oportunidad esta Corporación consideró ilegítima la intervención de una organización política, que pretendía, sin más, agenciar los derechos de los pueblos indígenas a la integridad cultural, como quiera que la *“participación democrática de los ciudadanos y de sus organizaciones políticas, es asunto bien distinto de las connotaciones jurídicas de la Acción de Tutela como instrumento o pieza fundamental del Estado de Derecho en favor de la jurisdicción constitucional de la libertad”*.

Dice así la decisión:

“5. Ahora bien, la Carta de 1991 es explícita en adoptar el modelo que consagra el “Derecho al goce de un ambiente sano” no como un derecho constitucional fundamental, sino como un derecho y un interés constitucional de carácter colectivo; en este sentido la Acción de Tutela, cuyos fundamentos se examinan más arriba, no es procedente para obtener de manera autónoma su protección como lo proponen los actores, pues, como se vio, aquella procede para obtener el amparo de los derechos constitucionales fundamentales y no el de otros derechos que, como los colectivos, deben perseguirse judicialmente por virtud del ejercicio de las Acciones Populares o de las Acciones de Clase o de Grupo en los términos de su regulación legal.

(...)

9. En el caso que se examina, la organización política que dice interponer la Acción de Tutela, no alega la protección de alguno de los derechos constitucionales que le corresponden, teniendo en cuenta su especial connotación político-constitucional y legal, ni solicita el amparo en favor de los derechos constitucionales fundamentales de ninguna persona en particular.

Se reitera por último que la Acción de Tutela tiene muy precisas connotaciones jurisdiccionales de rango constitucional, que no son compatibles en todos los casos con el ejercicio de la actividad política partidista, regulada en la Constitución (arts. 103, 107, 108, 109, 110, 111 y 265 numerales 5, 6 8, 9 y 10); para estos efectos el amplio espectro de garantías constitucionales enderezadas a promover la participación democrática de los ciudadanos y de sus organizaciones políticas, es asunto bien distinto de las connotaciones jurídicas de la Acción de Tutela como instrumento o pieza fundamental del Estado de Derecho en favor de la jurisdicción constitucional de la libertad”.

Ahora bien, la Organización Indígena de la Amazonía Colombiana –demandante- i) toma asiento en la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos Indígenas, creada por el Decreto 1397 de 1996, reglamentario de la Ley 21 de 1991, con el objeto de dar aplicación al derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados, en los términos del Convenio 169 de la OIT; ii) fue reconocida como interlocutora de los pueblos indígenas de la Amazonía Colombiana en el Congreso de los Pueblos Indígenas de la Media Colombia que se llevó a cabo en Bogotá entre el 9 y el 13 de diciembre de 1999; e iii) integra por los pueblos de la Amazonía Colombiana la Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica¹⁰⁴, entidad que, a su vez, tiene asiento en la Mesa de Trabajo sobre derechos de los pueblos indígenas como instancia consultiva en el marco del Sistema de Integración Andina¹⁰⁵.

De modo que si los grupos indígenas de la Amazonía Colombiana, la comunidad internacional y el Estado colombiano le están reconociendo a la Organización demandante capacidad de interlocución y legitimidad representativa para intervenir en nombre de los grupos indígenas de la Amazonía colombiana, no le sería dable al Juez Constitucional negarle a la misma su derecho a demandar la protección constitucional de los pueblos que agrupa.

3.2. La acción popular, mecanismo judicial para la protección de los intereses colectivos al medio ambiente y a la salubridad pública

El derecho de los pueblos indígenas y tribales a invocar el restablecimiento de su derecho fundamental a la existencia como minoría social reconocible –artículo 7°

¹⁰⁴ A la Coordinadora de Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica pertenecen además de la OPIAC, la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana AIDESEP, la Amerindian Peoples’ Association of Guyana APA, la Confederación de los Pueblos Indígenas de Bolivia CIDOB, la Coordenacao das Organizacoes Indígenas da Amazonía Brasileira COIAB, la Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonía Ecuatoriana CONFENIAE, el Consejo Nacional Indio de Venezuela CONIVE, la Fédération des Organisations Amérindiennes de Guyane FOAG, y la Organisatie van Inheemsen in Suriname OIS. La COICA representa a los Pueblos Indígenas de la Amazonía en el proyecto denominado “Población, Energía y Ambiente (PEA)” que está siendo ejecutado por el Banco Mundial y la Organización Latinoamericana de Energía -OLADE-, como actor directo –Los Pueblos Indígenas Amazónicos y su Participación en la Agenda Internacional, Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica, Agenda Española de Cooperación Internacional, AECI, Bogotá 2001.

¹⁰⁵ Decisión 524, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, julio 7 de 2002.

C.P.–, y, por consiguiente, su facultad de oponerse a las medidas que pretenden asimilarlos sin considerar sus diferencias –artículo 228 C.P.–, no comporta la facultad de propender por el restablecimiento de las condiciones ambientales de la zona donde habitan, ni por la preservación de la salubridad pública de la región en que se asientan, porque tal restablecimiento y preservación han sido confiadas por la Constitución Política al juez ordinario, previo el ejercicio de la acción popular, prevista para la protección de los derechos e intereses colectivos, en los términos del artículo 88 constitucional.

En consecuencia no procede por vía de tutela entrar a considerar la protección de los derechos a la vida, integridad física, salud o seguridad de los habitantes de la región amazónica colombiana, entre estos los pueblos indígenas asentados en la región, en razón de que la consideración de estos asuntos corresponde a la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo –artículo 15 Ley 472 de 1998–, aunque el quebrantamiento sea denunciado por estos últimos, porque las acciones u omisiones de las autoridades que quebrantan o amenazan con vulnerar los derechos e intereses colectivos se tramitan y deciden como lo dispone el artículo 88 constitucional, sin distingo del sujeto activo de la acción.

En efecto estas acciones “*son los medios procesales (...) para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos (...)*”. Y en razón de que es al juez de la causa popular a quien le corresponde “*(...) impedir perjuicios irremediables o suspender los hechos generadores de la amenaza a los derechos e intereses colectivos*” –artículo 2º, e inciso segundo, artículo 18 *ídem*–.

Lo anterior sin perjuicio de que a causa del quebrantamiento de los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa y el ambiente, proceda la intervención transitoria del Juez Constitucional, con miras a evitar un perjuicio irremediable, como lo indica la siguiente decisión:

“Característica fundamental de las Acciones Populares previstas en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Nacional, es la que permite su ejercicio pleno con carácter preventivo, pues, los fines públicos y colectivos que las inspiran, no dejan duda al respecto y en consecuencia no es, ni puede ser requisito para su ejercicio el que exista un daño o perjuicio sobre los derechos que se pueden amparar a través de ellas. Desde sus más remotos y clásicos orígenes en el Derecho Latino fueron creadas para prevenir o precaver la lesión de bienes y derechos que comprometen altos intereses sobre cuya protección no siempre cabe la espera del daño. En verdad, su poco uso y otras razones de política legislativa y de conformación de las estructuras sociales de nuestro país, desdibujaron en la teoría y en la práctica de la función judicial esta nota de principio. Los términos del enunciado normativo a que se hace referencia en este apartado, no permiten duda alguna a la Corte sobre el señalado carácter preventivo, y se insiste ahora en este aspecto dadas las funciones judiciales de intérprete de la Constitución que corresponden a esta Corporación.”

(...)

5. Ahora bien, la Carta de 1991 es explícita en adoptar el modelo que consagra el “Derecho al goce de un ambiente sano” no como un derecho constitucional fundamental, sino como un derecho y un interés constitucional de carácter colectivo; en este sentido la Acción de Tutela, cuyos fundamentos se examinan más arriba, no es procedente para obtener de manera autónoma su protección como lo proponen los actores, pues, como se vio, aquella procede para obtener el amparo de los derechos constitucionales fundamentales y no el de otros derechos que, como los colectivos, deben perseguirse judicialmente por virtud del ejercicio de las Acciones Populares o de las Acciones de Clase o de Grupo en los términos de su regulación legal.

6. Fundamental advertencia sobre este punto es aquella que señala de modo indubitable que este derecho constitucional colectivo puede vincularse con la violación de otro derecho constitucional de rango o naturaleza fundamental como la salud, la vida o la integridad física, entre otros, para obtener, por vía de la tutela que establece el artículo 86 de la Constitución Nacional, el amparo de uno y otro derechos de origen constitucional, pues en estos casos prevalece la protección del derecho constitucional fundamental y es deber del juez remover todos los obstáculos, ofensas y amenazas que atenten contra este. En estos casos, como se ha dicho, el Juez al analizar la situación concreta que adquiera las señaladas características de violación de un derecho constitucional fundamental, deberá ordenar la tutela efectiva que se reclama¹⁰⁶.

Y en igual sentido esta providencia:

“La estrecha relación entre ecosistema equilibrado y sobrevivencia de las comunidades indígenas que habitan los bosques húmedos tropicales, transforma los factores de deterioro ambiental producidos por la deforestación, la sedimentación y la contaminación de los ríos –en principio susceptibles de acciones populares por tratarse de la vulneración de derechos e intereses colectivos (CP art. 88)–, en un peligro potencial contra la vida y la integridad cultural, social y económica de grupos minoritarios que, dada su diversidad étnica y cultural, requieren de una especial protección del Estado (CP art. 13). La inacción estatal, con posterioridad a la causación de un grave daño al medio ambiente de un grupo étnico, dada la interdependencia biológica del ecosistema, puede contribuir pasivamente a la perpetración de un **etnocidio**, consistente en la desaparición forzada de una etnia (CP art. 12) por la destrucción de sus condiciones de vida y su sistema de creencias. Bajo la perspectiva constitucional, la omisión del deber de restauración de los recursos naturales (CP art. 80) por parte de las entidades oficiales que tienen a su cargo funciones de vigilancia y restauración del medio ambiente –CODECHOCO mediante Decreto 760 de 1968– constituye una amenaza directa contra los derechos fundamentales a la vida y a la no desaparición forzada de la comunidad indígena Emberá-Catío.

¹⁰⁶ Sentencia SU 067 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Con el objeto de hacer cesar de manera inmediata la amenaza que se cierne sobre este grupo étnico, entre otros motivos por la omisión estatal del deber de restauración de los recursos naturales, esta Sala procederá a ordenar a la entidad pública demandada que emprenda las acciones necesarias para el control de los factores de deterioro ambiental en la zona de los ríos Chajeradó, Tebará y Taparal, comprendida dentro del resguardo indígena referido, sin perjuicio de las acciones legales que deberá ejercer contra los presuntos responsables del daño ecológico y social una vez se haya establecido su magnitud”¹⁰⁷.

Empero, en la Acción Popular que actualmente se tramita ante la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo, con la comparecencia de las autoridades ambientales y de las demás entidades posiblemente involucradas, se debaten los daños ambientales que la aspersión aérea de herbicidas podría estar causando y ocasionar en el futuro en el territorio nacional, haciendo énfasis en el impacto de tal procedimiento en las selvas húmedas de la región oriental. Asunto en el que se han decretado medidas cautelares, actualmente en ejecución.

Se debe resaltar, además, que la solicitud presentada por la parte activa de la Acción Popular que se reseña, ante la Sección Segunda, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca encargada del asunto, con miras a lograr la suspensión del programa de erradicación de cultivos ilícitos, en aplicación del principio de precaución, fue negada, mediante providencia que se encuentra debidamente ejecutoriada, y que no es dable a esta Corporación controvertir en el asunto *sub examine*.

Pero todavía más, al Juez Constitucional le corresponde restablecer los derechos fundamentales sin quebrantar el derecho de todos los actores del conflicto a gozar de plenas garantías constitucionales, y la acción de tutela, por sus especiales características, no permite el pleno ejercicio del derecho a la contradicción, el que sí se puede ejercer en el trámite que el ordenamiento tiene previsto para el ejercicio de la acción popular.

De manera que la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana debe instaurar una acción popular, contra las entidades encargadas de adelantar el programa de erradicación de cultivos ilícitos en los territorios donde habitan los pueblos que agrupa, con miras a lograr el restablecimiento de su derecho a vivir en un ambiente sano, donde los derechos a la seguridad y salubridad colectiva de sus habitantes sean respetados, o también podría hacerse parte en el asunto que con tal propósito se adelanta en el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca –radicación 01- 0022–.

En suma, sin desconocer la estrecha relación entre las condiciones ambientales y la existencia misma de los pueblos indígenas que habitan la amazonía colombiana, frente al programa de erradicación de cultivos ilícitos que las entidades accionadas adelantan en la región, se precisa i) que corresponde al Juez de Tutela preservar el

¹⁰⁷ Sentencia T-380 de 1993 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

derecho de estos pueblos a su integridad cultural, y ii) que compete al Juez encargado de tramitar la acción popular tomar las medidas pertinentes, para salvaguardar, sin condicionamientos, la vida y la integridad física de los pueblos indígenas y tribales, como la de todos los habitantes de la nación colombiana.

4. Marco jurídico del derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa

La Organización accionante pretende que el Juez constitucional ordene a las entidades accionadas suspender o abstenerse de adelantar programas de erradicación de cultivos ilícitos en sus territorios –departamentos del Putumayo, Guaviare, Guainía, Vaupés Amazonas y Caquetá–, hasta que el programa les sea consultado a los pueblos indígenas y tribales de dichos territorios, de conformidad con lo previsto en el artículo 7° del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991.

En consecuencia la Sala habrá de establecer el contenido de dicha obligación, porque las entidades accionadas insisten en que la consulta en referencia se circunscribe a la explotación de los recursos naturales existentes en los territorios ocupados por los pueblos indígenas, y que tal mecanismo no procede cuando se está en presencia de una conducta, como el cultivo de plantaciones ilícitas, que el Estado está en la obligación de reprimir y sancionar.

5.1 Ámbito Internacional

Entre 1936 y 1955 la Sociedad de las Naciones, la Organización Internacional del Trabajo y las Naciones Unidas acordaron los Convenios 46, 50, 64, 65 y 86¹⁰⁸, producto de sendas investigaciones sobre las condiciones de trabajo de las comunidades nativas iniciadas desde los orígenes de la Organización referida, a instancia de los pueblos indígenas y tribales que agrupan una población que representa “entre un 10 y un 15% de la población mundial¹⁰⁹”; pero la pretensión de estos pueblos de que su reconocimiento internacional no comporte el desconocimiento de

¹⁰⁸ –Convención sobre la Esclavitud, Sociedad de las Naciones, Ginebra 25 de septiembre de 1926, modificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 794 de 23 de octubre de 1953; Convención Supletoria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas, Conferencia de Plenipotenciarios –Consejo Económico y Social 30 de abril de 1956, Ginebra, 7 de septiembre de 1956; Convenciones sobre el Trabajo Forzado y sobre la Abolición del Trabajo Forzado, 28 de junio de 1930 y 17 de enero de 1959 respectivamente, Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo–.

¹⁰⁹ Jasón W. Clay (fundador de Cultural Survival Enterprises y editor fundador de Cultural Survival Quarterly) calcula que 600 millones de indígenas conservan su identidad cultural y su identificación con un territorio concreto; pero en el Folleto Informativo del Programa de Actividades del Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo, expedido por la Organización de las Naciones Unidas se calcula que esta población asciende a 300 millones de personas aproximadamente. Clay, sostiene, además que “[d]espués de ser diezmados por la colonización europea de 1500 a 1945, las poblaciones de muchas de las culturas indígenas del mundo han crecido desde 1900, sobre todo desde la Segunda Guerra Mundial”; el mismo autor precisa que “los pueblos indígenas tienen derechos tradicionales sobre un 25-30% de las tierras y recursos del planeta”–Recursos para la Acción, en Estado de los Pueblos, Cultural Survival, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 1996.

su derecho a la diferencia sólo tuvo acogida a finales de la década de los años 60 y principios de los 70¹¹⁰.

¹¹⁰ “En el decenio de 1920, los indios americanos se pusieron en contacto con la Sociedad de las Naciones. Su visita a Ginebra atrajo considerable atención, pero no hubo resultados tangibles. En los primeros años de existencia de las Naciones Unidas, los representantes de los pueblos indígenas hicieron llamamientos esporádicos a la organización mundial. No hubo ninguna reacción concreta. Tampoco dio resultado alguno una iniciativa presentada en 1948 en las Naciones Unidas por el Gobierno boliviano, con el fin de crear una subcomisión encargada de estudiar los problemas sociales de los pueblos aborígenes”. Los Derechos de los Pueblos Indígenas, Programa de Actividades del Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo, Resolución 50/157 de 1995.

La Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, si bien establecen los principios de igualdad de derechos, no discriminación y libre determinación no se refieren en concreto a los pueblos indígenas.

De los estudios de las Naciones Unidas y de las conclusiones de las conferencias internacionales sobre cuestiones indígenas celebradas en Ginebra en 1977 y en 1981 surgió el Grupo de Trabajo Permanente de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas.

En las dos Conferencias Mundiales para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial, reunidas en Ginebra en 1978 y 1983 se debatieron aspectos de la discriminación de los pueblos indígenas, y en Consulta Mundial celebrada en 1988 se señaló a los pueblos indígenas del mundo como de alta vulnerabilidad al racismo y la discriminación.

En consecuencia la Asamblea General proclamó el año de 1993 como Año Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo, con el lema “*Las poblaciones indígenas –Una nueva alianza*”, con el propósito de “*desarrollar una nueva relación equitativa entre la comunidad internacional, los Estados y los pueblos indígenas basada en la participación de estos en la planificación, ejecución y evaluación de proyectos que afectan a sus condiciones de vida y a su futuro*”.

La segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoció “*la dignidad intrínseca y la incomparable contribución de las poblaciones indígenas al desarrollo y pluralismo de la sociedad*”, “*reiteró la determinación de la comunidad internacional de garantizarles el bienestar económico, social y cultural y el disfrute de los beneficios de un desarrollo sostenible*”, e hizo un llamado a los Estados para que tomaran medidas positivas concertadas con las poblaciones, a fin de garantizarles sus derechos y libertades fundamentales, sobre la base de la igualdad, la no discriminación y el respeto de su derecho a la diversidad. La Conferencia también recomendó que se proclamara el decenio internacional de las poblaciones indígenas del mundo y se creara un foro permanente para debatir las cuestiones indígenas.

La Asamblea General, mediante resolución 48/163 de 21 de diciembre de 1993 proclamó El Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo, con el propósito primordial de aprobar en el año 2004 una declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Con el anterior propósito la Comisión de Derechos Humanos en su resolución 1995/32 constituyó un Grupo de Trabajo abierto que examinó la situación de los derechos humanos de las poblaciones indígenas y elaboró un proyecto de declaración, el que fue aprobado por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Mayorías, mediante la resolución 1994/45, actualmente en estudio de la Comisión.

Además los comités encargados de vigilar el cumplimiento de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las Convenciones de la Mujer y del Niño, examinan especialmente el estado de aplicación de los derechos de los indígenas al analizar los informes de los Estados sobre aplicación de los tratados. Y los pueblos y organizaciones indígenas recurren repetidamente al procedimiento 1503 creado por el Consejo Económico y Social para examinar las violaciones de los derechos humanos –Folleto informativo N.9./REV. 1, Los Derechos de los Pueblos Indígenas, Programa de Actividades del Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo, ONU, 2002.

Lo anterior, por cuanto el Convenio 107, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1957¹¹¹, si bien reprueba todo tipo de discriminación contra la población indígena, resalta sus valores, destaca su derecho a la subsistencia, e instituye su derecho a la participación y colaboración en la adopción de medidas que puedan afectarlos, en cuanto partió del supuesto de que el único futuro de los pueblos indígenas se encontraba en su integración a las sociedades mayoritarias, distó mucho del anhelo de estos pueblos de que les fuera reconocido y protegido su derecho a conservar su integridad.

De modo que los pueblos involucrados cuestionaron duramente la política de asimilación prevista en el Convenio 107 y en reunión con expertos, programada por la Organización Internacional del Trabajo para estudiar el punto, pudieron concluir, en 1986, que *“el enfoque integracionista del Convenio era obsoleto y que su aplicación era perjudicial en el mundo moderno”*¹¹².

En consecuencia el Consejo de Administración de la OIT inscribió el tema de la revisión del Convenio 107 para que fuera tratado en las conferencias de 1988 y 1989 de la Organización, dando lugar al Convenio 169 el que se funda en el principio de que las estructuras y formas de vida de los pueblos indígenas y tribales *“es permanente y perdurable”*, y que la comunidad internacional tiene interés en que el valor intrínseco de las culturas nativas sea salvaguardado¹¹³.

La Guía de aplicación del instrumento en cita¹¹⁴, sintetiza el enfoque principal del Convenio en los siguientes términos:

“El nuevo Convenio promueve el respeto por las culturas, las formas de vida, las tradiciones y el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y tribales. Asume que estos seguirán existiendo como parte de sus sociedades nacionales,

¹¹¹ El *“Convenio relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los Países Independientes”* Núm. 107, aprobado por la Ley 31 de 1967, cesó de estar abierto a la ratificación, desde que entró a regir el 169, por consiguiente rige para los Estados que ratificaron el primero y no han ratificado este último.

¹¹² OIT, Guía para la Aplicación del Convenio 169 –Esta guía fue elaborada por el Servicio de Políticas para el Desarrollo –POLIVED– en cooperación con el Servicio de Igualdad y Coordinación de los Derechos Humanos –EGALITE–, dados los pedidos de material informativo formulados a la OIT por los Gobiernos, las organizaciones indígenas, los representantes de organizaciones internacionales y las personas interesadas en la promoción de los derechos de los pueblos indígenas; consiste en un manual que explica los alcances y las implicaciones del Convenio 169, elaborado con base en los cuestionamientos e inquietudes que respecto a dicho instrumento han surgido en los talleres y conferencias que la OIT ha preparado para la difusión y aplicación del mismo –Organización Internacional del Trabajo, Centro Internacional para los Derechos Humanos y el Desarrollo Democrático, Ginebra 1996–.

¹¹³ *Ídem*.

¹¹⁴ El artículo 31 común a las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados –Leyes 32 de 1985 y 406 de 1997– dispone que todo tratado debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente de sus términos, en el contexto de estos, teniendo en cuenta su objeto y fin, también destaca la norma en mención que el preámbulo es relevante en la aplicación integral, en la interpretación y en las prácticas de cada instrumento.

manteniendo su propia identidad, sus propias estructuras y sus tradiciones. Asimismo se funda en el principio de que estas estructuras y formas de vida tienen un valor intrínseco que necesita ser salvaguardado.

Este instrumento también asume que estos pueblos pueden hablar por sí mismos, que tienen el derecho a participar en el proceso de toma de decisiones que los afecte, y que su contribución, además, será beneficiosa para el país en el que habitan” –se destaca–.

Ahora bien, Colombia se cuenta entre las naciones que han ratificado el Convenio 169 “Sobre Pueblos Indígenas y Tribales” aprobado en la 76ª Conferencia Internacional de dicha Organización reunida en Ginebra el 27 de junio de 1989¹¹⁵, instrumento que abarca los derechos de los pueblos indígenas a la tierra, participación, educación, cultura y desarrollo, enmarcados dentro del contexto global de salvaguarda a su identidad, con miras a que los pueblos indígenas de la humanidad puedan gozar de los derechos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados miembros, y en consideración a la especial contribución de estos pueblos a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales –Preámbulo–.

De suerte que el Estado colombiano, como los demás países miembros del Convenio en referencia, se encuentra obligado a adoptar las medidas que sean necesarias para que los pueblos indígenas y tribales que habitan en el territorio nacional asuman el control de sus instituciones, formas de vida y desarrollo económico, dotándolos de instrumentos que propicien el fortalecimiento de su identidad, lengua y religión, a fin de salvaguardar a las personas que los integran, sus bienes, su cultura, y sus territorios.

Dentro del Convenio 169 tienen especial connotación y desarrollo el derecho de estos pueblos a que las decisiones que los afectan les sean consultadas, aspecto no contemplado en el Convenio 107, y que marcan una gran diferencia entre los dos instrumentos, en cuanto el último de los nombrados por partir “*de la idea de que el problema de las poblaciones indígenas y tribales desaparecieran a medida que estas poblaciones se integraran en las sociedades en que vivían*”, supuso que los Estados podían tomar decisiones atinentes a la estructura de los pueblos indígenas y a su desarrollo.

En cambio el Convenio 169 “*asume que estos pueblos pueden hablar por sí mismos, que tienen derecho a participar en el proceso de toma de decisiones que los afectan, y que su contribución, además, será beneficiosa para el país en que habitan*”¹¹⁶, por

¹¹⁵ El Convenio Núm. 169 de la OIT ha sido ratificado por Noruega, México, Colombia, Bolivia, Costa Rica, Paraguay, Perú, Honduras, Dinamarca, Guatemala, Países Bajos, Fiji y Ecuador. Entró en vigor el 6 de septiembre de 1991, doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de los dos primeros Estados (Noruega y México) fueron registradas.

¹¹⁶ Guía de Aplicación, citada en 7.

ello los artículos 6°¹¹⁷ y 7°¹¹⁸, en cuanto establecen la Consulta Previa y la forma en que este mecanismo de participación debe ser adelantado, son considerados por la Guía de Aplicación como primordiales.

Con respecto al artículo 6° la Guía en mención informa:

“El artículo 6° requiere que los gobiernos establezcan los medios que permitan a los pueblos interesados participar en la toma de decisiones a todos los niveles a nivel de instituciones legislativas y de organismos administrativos. También exige que consulten a los pueblos indígenas y tribales mediante procedimientos adecuados y sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. 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”.

Y sobre el artículo 7° el documento explica:

“Las consultas con los pueblos indígenas y tribales también son obligatorias en los casos que se indican a continuación:

¹¹⁷ Convenio 169 artículo 6° “1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

- a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimiento apropiado 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”.

¹¹⁸ Convenio 169, 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 este 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. 2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento. 3. Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas. 4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”.

–antes de emprender cualquier actividad de exploración o explotación de minerales y/u otros recursos naturales que se encuentren en las tierras de dichos pueblos;

–cada vez que sea necesario trasladar a las comunidades indígenas y tribales de sus tierras tradicionales a otro lugar; y

–antes de diseñar y ejecutar programas de formación profesional dirigidos a los referidos pueblos”.

Para el caso en estudio, resulta pertinente destacar que los artículos 8° y 9° del Convenio 169¹¹⁹ demandan de los Países miembros acciones positivas tendientes al reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas y tribales a la diferencia, la Guía de aplicación del instrumento se refiere al punto en los siguientes términos:

“El Convenio establece, en el artículo 8,3), que los pueblos indígenas deben ejercer los mismos derechos que los demás ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes. Sin embargo, en la práctica estos derechos, a menudo, les son negados. Lo anterior se debe con frecuencia al hecho de que los referidos pueblos no conocen ni sus derechos, conforme a la legislación nacional, ni los procedimientos a utilizar para hacer valer sus demandas. A menudo se les condena por delitos que ellos desconocen. Los miembros de las comunidades indígenas y tribales y la mayoría de los jueces tienen, con frecuencia, dificultades de comunicación y comprensión mutua, ya que no hablan una lengua común, así como por el hecho de que los delitos definidos en la legislación nacional no coinciden con aquellos previstos por el derecho consuetudinario. Para remediar esta situación, el Convenio dispone en los artículos 8, 2) y 9, 1) que los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, inclusive los métodos a los que recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, en la medida en que sean compatibles con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Los

¹¹⁹ “Artículo 8: 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Artículo 9: 1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.

conflictos que puedan surgir de la aplicación de estas disposiciones deberán de resolverse por medio de procedimientos establecidos ad hoc. También se le exige a los gobiernos que, al aplicar las leyes y reglamentos nacionales e imponer las sanciones penales, tengan debidamente en cuenta las características sociales, económicas y culturales de los pueblos indígenas y tribales. Estos pueblos, según el artículo 12, deberán poder iniciar procedimientos legales para asegurar la protección de sus derechos, y deberán tomarse medidas para que puedan comprender y hacerse comprender en dichos procedimientos. A tal fin, los gobiernos deberán adoptar servicios de interpretación u otros medios efectivos”.

Se debe destacar, además, que con el fin delimitar la aplicación del Convenio, el párrafo 2º del artículo 1º¹²⁰ del instrumento utiliza como criterio fundamental, aunque no único, para determinar si el grupo involucrado puede ser tenido como “pueblo”, el grado de conciencia de identidad indígena o tribal del mismo, porque, tal como lo denota la Guía del instrumento, el término “pueblos” fue acordado luego de “*largas discusiones y consultas dentro y fuera de las reuniones (...) ya que este reconoce la existencia de sociedades organizadas con identidad propia, en lugar de simples agrupaciones de individuos que comparten algunas características raciales o culturales*”¹²¹.

El Convenio 169 de la OIT es el instrumento internacional vinculante de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales más importante¹²², i) porque “*los Estados contratantes no obtienen ninguna ventaja o desventaja ni tienen intereses propios sino un interés común*”¹²³, ii) en razón de que “*cada una de sus disposiciones sustantivas genera obligaciones cuyo cumplimiento debe certificarse mediante memorias periódicas que los gobiernos envían a la OIT y que son objeto de examen*

¹²⁰ “1. El presente Convenio se aplica:

a) A los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) A los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitan en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.

¹²¹ La Guía también advierte que “[el] Convenio núm.169 no impone ninguna limitación al derecho a la autodeterminación de los referidos pueblos ni se pronuncia a favor o en contra de tal derecho. En otras palabras, no hay ninguna disposición en el Convenio 169 que sea incompatible con cualquier instrumento legal internacional que puede definir o establecer el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la autodeterminación” –Guía para la aplicación del Convenio 169, Organización Internacional del Trabajo y Centro Internacional para los Derechos Humanos y el Desarrollo Democrático–.

¹²² En la lista de los Tratados Internacionales de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas actualizada en diciembre de 2001, el Convenio 169 ocupa el número 65- curso de Derecho Internacional de los derechos humanos, Villán Durán Carlos, Editorial Trotta, Madrid 2002.

¹²³ Opinión Consultiva CIJ de 28 de mayo de 1951, en el asunto de las reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio.

por órganos de supervisión independientes o tripartitos¹²⁴, y iii) a causa de que junto con 32 tratados más, también de la Organización Internacional del Trabajo, hace parte de los convenios internacionales contra las discriminaciones.

Además es marcada la influencia que ha tenido el instrumento en el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a la supervivencia cultural, social y económica¹²⁵.

Empero, el Convenio 169 no es el único instrumento internacional que aborda el derecho de los pueblos indígenas a la igualdad y a la no discriminación, porque, aparte de que en la Declaración de Derechos Humanos se estipulan sus principios, la Corte recuerda i) que Pactos Internacionales vinculantes, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prohíben la discriminación basada en la raza, color, sexo, lengua, religión, origen social o nacional, propiedad o el nacimiento, ii) que la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial condena la persecución y la discriminación, y iii) que las Convenciones sobre los Derechos del Niño y de la Mujer incluyen disposiciones concretas relativas a la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Para el efecto se debe resaltar que el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que los integrantes de las minorías étnicas religiosas o lingüísticas tienen derecho a su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, y a emplear su propio idioma¹²⁶.

Por ello la Asamblea General de las Naciones Unidas i) “[i]nspirada en las disposiciones del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos relativas a los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas”, ii) considerando, entre otros aspectos “que la promoción y protección de los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas contribuyen a la estabilidad política y social de los Estados en que viven (...), que las Naciones Unidas tienen un importante papel que desempeñar en lo que respecta a la protección de las minorías, y iii) “reconociendo la necesidad de lograr una aplicación aún más eficiente de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en lo que respecta a los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas; proclamó la necesidad de que las personas pertenecientes a las minorías participen efectivamente en la vida cultural, religiosa, social, económica y pública y en las decisiones que se adopten, para lo cual dispuso que los Estados adoptarán medidas para crear condiciones favorables a fin de que las personas pertenecientes a minorías puedan expresar sus características y desarrollar su cultura, idioma, religión,

¹²⁴ OIT, Equipo Técnico Multidisciplinario “Hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: Síntesis de una evolución y temas para reflexión”, Arturo S. Bronstein.

¹²⁵ Colombia 1991, Paraguay 1992, Perú y Chile 1993, Bolivia y Argentina 1994, Nicaragua 1995, Ecuador 1998, Venezuela 1999.

¹²⁶ Casos Lovelace y Kitock contra Canadá comunicaciones 241/1977 y 197 de 1985.

tradiciones y costumbres, salvo en los casos en que determinadas prácticas violen la legislación nacional y sean contrarias a las normas internacionales.

Sin que ninguna de las disposiciones de la Declaración que se reseña “*pueda ser utilizada para impedir el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados en relación con las personas pertenecientes a minorías. En particular, los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones y los compromisos contraídos en virtud de los tratados y acuerdos internacionales en que sean partes*”¹²⁷.

Es más, la “Declaración de Durban”, proclamada por la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la xenofobia y las Formas de Intolerancia”, entre las peticiones formuladas a los Estados incluyó la consulta “*a los representantes indígenas en el proceso de adopción de decisiones relativas a las políticas y medidas que los afecten directamente*” –22. b) e instó a los Estados que no lo han hecho a considerar la posibilidad de firmar y ratificar, entre otros instrumentos, la Convención 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales –78. j)–¹²⁸.

En consonancia con lo expuesto los comités de las Naciones Unidas encargados de vigilar la aplicación de los derechos humanos reconocidos en los acuerdos antes nombrados –Comité de los Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité de los Derechos del Niño y el Comité de los Derechos de la Mujer– al analizar los informes de los Estados sobre la aplicación de los tratados examinan con especial cuidado las cuestiones indígenas.

Informes que también presentan los gobiernos a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, integrada por personas independientes, en relación con la aplicación del Convenio 169, instancia que además propicia un diálogo entre la OIT y las autoridades nacionales, a fin de que puedan evaluar los esfuerzos y las medidas que adoptan los Estados Miembros de la OIT para dar cumplimiento a sus disposiciones.

Al respecto se debe tener en cuenta que ante el Consejo de Administración, con arreglo al artículo 24 de la Constitución de la Organización Internacional de Trabajo, cursaron sendas reclamaciones admitidas en las reuniones 276^a y 277^a de noviembre de 1999 y marzo de 2000, siguiendo la recomendación de la Mesa, en las que la Asociación Médica Sindical Colombiana (ASMEDAS) y la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT) alegaron el incumplimiento por parte del Gobierno de Colombia del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales¹²⁹.

¹²⁷ Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, A.G. res. 47/135, annex, 47 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 210, ONU Doc. A/47/49 (1993).

¹²⁸ Sudáfrica 31 de agosto al 7 de septiembre de 2001.

¹²⁹ Las reclamaciones a que se hace referencia se centraron i) en la construcción y entrada en operación de la represa hidroeléctrica de Urrá, así como en la circunstancia de que el Gobierno no adelantó el proceso de consulta previa con las comunidades indígenas afectadas con el proyecto –T-652 de 1998–; ii) en la expedición del decreto núm. 1320 de 1998 sobre la consulta previa –*idem*–; iii) en la construcción de la carretera Troncal del Café que atraviesa la comunidad indígena de Cristianía sin

Asuntos que culminaron con la aprobación del informe del Director General, aprobado en la 282ª reunión del Consejo de Administración, que solicita al Gobierno Nacional, entre otros aspectos, modificar el decreto 1320 de 1998 *“para ponerlo en conformidad con el espíritu del Convenio en consulta y con la participación activa de los representantes de los pueblos indígenas y tribales (...)”*.

Actualmente, y con ocasión del Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas, proclamado el 21 de diciembre de 1993 por la Asamblea General, un grupo de trabajo abierto estudia el Proyecto de la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el que fue aprobado por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías y remitido por esta, en 1995, a la Comisión de Derechos Humanos, a fin de que se adopte la versión que será sometida a consideración de la Asamblea General de la Organización en el año 2004.

En el proyecto de declaración se prevé que los derechos que se enumeran y desarrollan constituyen las normas mínimas para la supervivencia y el bienestar de los pueblos indígenas. Sobre el contenido de la propuesta dice al respecto el Folleto Informativo N° 9 emitido por las Naciones Unidas sobre el estado del Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo:

“El proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas representa uno de los acontecimientos más importantes para la promoción y protección de los derechos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas. El proyecto de declaración consiste en un preámbulo de 19 párrafos y en 45 artículos en que se abordan los derechos y libertades, inclusive el mantenimiento y el desarrollo de características e identidades étnicas y culturales; la protección contra el genocidio y el etnocidio; los derechos relativos a las religiones, los idiomas y las instituciones educacionales; la propiedad, posesión y uso de las tierras y recursos naturales indígenas; la protección de la propiedad cultural e intelectual; el mantenimiento de estructuras económicas y modos de vida tradicionales, incluidas la caza, la pesca, el pastoreo, la recogida de cosechas, la explotación forestal y los cultivos; la protección del medio ambiente; la participación en la vida política, económica y social de los Estados interesados, en particular en cuestiones que pudieran afectar las vidas y el destino de los pueblos indígenas; la libre determinación, el autogobierno o la autonomía de los pueblos indígenas en cuestiones relacionadas con sus propios asuntos internos y locales; los contactos y cooperación tradicionales a través de las fronteras estatales; y la observación de los tratados y otros acuerdos concertados con los pueblos indígenas” –resolución 1994/45– (se destaca).

A nivel regional, se ha de recordar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dentro del marco de la Convención Americana sobre Derechos

haber consultado previamente con la comunidad interesada –T-428 de 1992–; y iv) en la expedición de la licencia ambiental para actividades de explotación petrolera a la empresa Occidental de Colombia sin haber realizado la consulta previa requerida con el pueblo indígena U’wa –SU-039 de 1997– (notas 64, 95, 99, 100, 105, 114, 159, 160 y 162).

Humanos, aborda el tema de los derechos de los pueblos indígenas, y que en cumplimiento de lo dispuesto por la Asamblea de la Organización¹³⁰ trabaja en la elaboración de un proyecto de declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, instrumento que reconoce el avance que para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas representa el Convenio 169, como lo indica el siguiente aparte del proyecto de declaración:

“Reconociendo la preeminencia y aplicabilidad a los Estados y pueblos de las Américas de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos sobre derechos humanos del derecho interamericano e internacional; y

Recordando que los pueblos indígenas son sujetos del derecho internacional, y teniendo presentes los avances logrados por los Estados y los pueblos indígenas, especialmente en el ámbito de las Naciones Unidas y de la Organización Internacional del Trabajo, en distintos instrumentos internacionales, particularmente en la Convención 169 de la OIT;

Afirmando el principio de la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos, y la aplicación a todos los individuos de los derechos humanos reconocidos internacionalmente”¹³¹.

Para concluir este aparte, cabe precisar que el artículo 14 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, prevé que las Partes adoptarán medidas adecuadas para evitar el cultivo ilícito de las plantas que contengan estupefacientes o sustancias sicotrópicas, tales como las plantas de adormidera, los arbustos de coca y las plantas de cannabis, así como para erradicar aquellas que se cultiven ilícitamente en su territorio, con pleno *“respeto de los derechos humanos fundamentales, y teniendo en cuenta los usos tradicionales lícitos de dichos cultivos, donde al respecto exista la evidencia histórica, así como la protección del medio ambiente”*.

También la Convención estipula la posibilidad de tener en cuenta *“las recomendaciones de las Naciones Unidas, los organismos especializados de las Naciones Unidas, tales como la Organización Mundial de la Salud, y otras organizaciones internacionales competentes”*, como también *“el Plan Amplio y Multidisciplinario aprobado por la Conferencia Internacional sobre el uso indebido y el tráfico ilícito de drogas celebrada en 1987”*, para efecto de implementar las medidas tendentes a eliminar o reducir la demanda ilícita de estupefacientes.

¹³⁰ Resoluciones AG/RES. 1022 (XIX-O/89), AG/RES. 1479 (XXVII-O/97) y AG/RES. 1549 (XXVII-O/98).

¹³¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 27 de febrero de 1997, sesión 1333ª, 95 Período Ordinario de Sesiones.

4.2 Desarrollo normativo y jurisprudencial del derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa

4.2.1 Principios y reglas constitucionales y su entendimiento por la jurisprudencia constitucional

a) Por medio de la Ley 21 de marzo de 1991 el Congreso de la República aprobó el Convenio 169 de la OIT, el que estableció –como quedó dicho– entre otras previsiones, que los gobiernos deberán consultar previamente a los pueblos indígenas y tribales cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

Medida que como lo estipula el Preámbulo del Convenio responde “*a la evolución del derecho internacional y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo (...) a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores*”; y que como el mismo aparte del instrumento lo reconoce propende por hacer realidad “*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 en que viven*”.

Aspectos que recoge la Guía de Aplicación del instrumento al determinar la consulta previa como uno de los aspectos fundamentales del Convenio, y que la jurisprudencia constitucional ha definido como herramienta básica “*para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social*”¹³².

Ahora bien, el avance del derecho de los pueblos indígenas y tribales al reconocimiento dentro de la comunidad internacional, sin lugar a dudas, constituye un antecedente de la definición de Colombia como un Estado social de derecho organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, y del reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana –artículos 1° y 7° C.P.–; disposiciones que han sido entendidas por la jurisprudencia constitucional como “*principios fundamentales que representan un obligado marco de referencia en la interpretación de las normas constitucionales*”¹³³.

Es más, el ordenamiento constitucional abre a las comunidades indígenas espacios concretos de participación, además de los establecidos para todos los colombianos, i) en cuanto prevé que aquellas pueden elegir dos senadores en circunscripción nacional, ii) en razón de que dispone que la ley puede establecer una circunscripción especial para asegurar la participación de los grupos étnicos en la Cámara de Representantes¹³⁴, iii) debido a que erige los territorios indígenas como entidades territoriales, que estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados

¹³² Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell –nota 64–.

¹³³ Sentencia T-380 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹³⁴ Sentencia C-169 de 2001, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

según los usos y costumbres de sus comunidades, y iv) porque el gobierno debe propiciar la participación de los representantes de estas comunidades en las decisiones atinentes a la explotación de sus recursos naturales, con el objeto de que estas se adelanten sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de los pueblos indígenas.

Asimismo, en el ámbito del derecho de los pueblos indígenas al mantenimiento de su integridad, el artículo 246 de la Carta Política dispone que las autoridades de estos pueblos podrán ejercer funciones jurisdiccionales de conformidad con sus normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República, en el entendido que la expresión constitucional no puede referirse *“a todas las normas constitucionales y legales, de lo contrario el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico”*¹³⁵.

b) La jurisprudencia de esta Corporación atinente a los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en la Carta Política es abundante, de manera que sólo se hará referencia a las decisiones en las que se ha considerado la consulta previa, como instrumento acorde con el reconocimiento a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.

1. En este orden de ideas, vale recordar que mediante sentencia T-428 de 1992 fue amparado el resguardo indígena de la localidad de Cristianía que demandó la suspensión de las obras que se adelantaban en su territorio con el objeto de ampliar una carretera de interés nacional.

Para el efecto la Sala consideró, no obstante el indiscutible interés general de la obra que se adelantaba y sin desconocer lo prevalente de dicho interés, que ninguna disposición del ordenamiento constitucional puede interpretarse de manera que justifique *“la violación de los derechos fundamentales de unos pocos en beneficio del interés de todos”*, como quiera que *“el progreso social no puede construirse sobre la base del perjuicio individual así se trate de una minoría o incluso de una persona”*, y la *“protección de los derechos fundamentales no está sometida al vaivén del interés general; ella es una norma que encierra un valor absoluto, que no puede ser negociado o subestimado”*.

Y en referencia al Convenio 169 de la OIT destacó la necesidad de respetar el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados, en cuanto el pacto i) *“representa una clara manifestación concreta del sentido adoptado en esta materia por la Carta vigente”*, ii) el artículo 4° del instrumento ordena *“adoptar las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”*, y iii) el postulado de que estas medidas no sean *“contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados”*, fue elevado *“parcialmente a norma constitucional en el artículo 330 de la Carta”*.

Dice así un aparte de la decisión:

¹³⁵ Sentencia T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

“Ante todo es necesario aclarar que el concepto de interés general, como todas las normas constitucionales que consagran valores generales y abstractos, no siempre puede ser aplicado de manera directa a los hechos. La Constitución establece la prevalencia del interés general en su artículo primero, pero también establece la protección de numerosos valores relacionados con intereses particulares, como es el caso de los derechos de la mujer, del niño, de los débiles, etc. El Estado Social de Derecho y la democracia participativa se han ido construyendo bajo la idea de que el reino de la generalidad no sólo no puede ser llevado a la práctica en todas las circunstancias, sino que, además, ello no siempre es deseable; la idea del respeto a la diversidad, al reconocimiento de las necesidades específicas de grupos sociales diferenciados por razones de cultura, localización, edad, sexo, trabajo, etc., ha sido un elemento esencial para la determinación de los derechos sociales económicos y culturales y en términos generales, para el logro de la justicia¹³⁶”.

2. En igual sentido, es decir, teniendo como referencia el derecho a la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que los afectan, mediante sentencia SU-039 de 1997 la Corte protegió a la comunidad U'WA a instancias de la Defensoría del Pueblo, entidad que demandó del Juez Constitucional el amparo para dicha comunidad, en tanto la justicia ordinaria se pronunciaba sobre la nulidad de una licencia ambiental que permitía a una multinacional petrolera adelantar la explotación de recursos naturales en el territorio comunitario, por *“violación de los artículos 6º y 15 del Convenio 169 de la OIT y del art. 76 de la ley 99 de 1993”*.

La providencia, a que se hace mención, consideró que la participación de los pueblos indígenas en las decisiones atinentes a la explotación de recursos naturales en sus territorios tiene el carácter de derecho fundamental, en los términos del artículo 40, numeral 2 de la Constitución Política, con miras a preservar la integridad social, cultural y económica de dichos pueblos, y con el objeto de hacer realidad el reconocimiento constitucional a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. Dice así la decisión:

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

¹³⁶ Sentencia T-428 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón. En igual sentido, mediante la sentencia T-007 de 1995 la Corporación concedió al pueblo indígena Wayúu la protección constitucional con miras a que el Estado diera cumplimiento al contrato celebrado con la comunidad para adelantar explotación de sal en el territorio de la comunidad. Para el efecto la protección constitucional fue considerada procedente, sin perjuicio de la existencia del acuerdo, porque este tuvo su origen en el reconocimiento del derecho ancestral del pueblo involucrado a la explotación del mineral, M.P. Antonio Barrera Carbonell –nota 92–.

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

En la sentencia que se reseña, también se dijo que el derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados previamente se erige como una de las formas de participación democrática previstas en la Carta, que *“tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación¹³⁷”.*

3. Dentro del mismo contexto, en la sentencia SU-510 de 1998, la Corte aludió al Convenio 169 de la OIT, como un instrumento que fortalece y complementa la especial protección que las normas constitucionales dispensan a la integridad, identidad, diversidad étnica y cultural, autodeterminación, oficialidad de lenguas y dialectos de los pueblos indígenas y tribales del territorio nacional, y así mismo como una garantía para la conservación del patrimonio arqueológico nacional.

Además, sin perjuicio de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, la providencia aludió a la limitación de este reconocimiento que comporta la conservación de la unidad nacional, porque, aunque la Constitución Política reconozca a los pueblos indígenas capacidad de gobernarse y de ejercer funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial, dicho reconocimiento debe entenderse como *“un régimen de conservación de la diversidad en la unidad¹³⁸*, dado que no puede vulnerar normas constitucionales y legales de mayor entidad. Dice así la decisión:

“48. La Corte ha entendido que la consagración del principio de diversidad étnica y cultural, del cual se derivan los derechos fundamentales antes mencionados, se encuentra en una relación de tensión con el sistema de derechos fundamentales consagrado en la Constitución, toda vez que, mientras el primero persigue la protección y aceptación de cosmovisiones y parámetros valorativos diversos e, incluso, contrarios a los postulados de una ética universal de mínimos, el segundo se funda en normas transculturales y universales que permitirían la convivencia pacífica entre las naciones¹³⁹. Sin embargo, esta tensión valorativa

¹³⁷ Sentencia SU-039 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell –notas 64, 92 y 160–.

¹³⁸ ST-405/93 (M.P. Hernando Herrera Vergara); ST-254/94 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

¹³⁹ ST-254/94 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); SC-139/96 (M.P. Carlos Gaviria Díaz); ST-349/96 (M. P. Carlos Gaviria Díaz); ST-496/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

no exime al Estado de su deber de preservar la convivencia pacífica (C.P., artículo 2°), motivo por el cual está obligado, a un mismo tiempo, a garantizar los derechos de todas las personas en su calidad de ciudadanas y a reconocer las diferencias y necesidades particulares que surgen de la pertenencia de esas personas a grupos culturales específicos. En esta labor de equilibrio, el Estado debe cuidarse de imponer alguna particular concepción del mundo pues, de lo contrario, atentaría contra el principio pluralista (C.P., artículos 1° y 2°) y contra la igualdad que debe existir entre todas las culturas (C.P., artículos 13 y 70)¹⁴⁰.

En consecuencia, la Corporación ha considerado que, frente a la disyuntiva antes anotada, la Carta Política colombiana ha preferido una posición intermedia, toda vez que no opta por un universalismo extremo, pero tampoco se inclina por un relativismo cultural incondicional. Según la Corte, “sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural”,¹⁴¹ afirmación que traduce el hecho de que la diversidad étnica y cultural (C.P., artículo 7°), como principio general, sólo podrá ser limitada cuando su ejercicio desconozca normas constitucionales o legales de mayor entidad que el principio que se pretende restringir (C.P., artículos 246 y 330).

En efecto, el respeto por el carácter normativo de la Constitución (C.P., artículo 4°) y la naturaleza principal de la diversidad étnica y cultural, implican que no cualquier norma constitucional o legal puede prevalecer sobre esta última¹⁴², como quiera que sólo aquellas disposiciones que se funden en un principio de valor superior al de la diversidad étnica y cultural pueden imponerse a este¹⁴³. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, aunque el texto superior se refiere en términos genéricos a la Constitución y a la ley como límites a la jurisdicción indígena, “resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. La determinación del texto constitucional tendrá que consultar entonces el principio de maximización de la autonomía”¹⁴⁴.

4. En igual sentido, mediante sentencia T-403 de 1993, la Sala Sexta de Revisión negó la tutela interpuesta por las Comunidades Indígenas del Medio Amazonas contra el Ministerio de Defensa y la Misión Aérea de los Estados Unidos, por la instalación

¹⁴⁰ ST-523/97 (M. P. Carlos Gaviria Díaz).

¹⁴¹ ST-349/96 (M. P. Carlos Gaviria Díaz); ST-523/97 (M. P. Carlos Gaviria Díaz).

¹⁴² ST-428/92 (M. P. Ciro Angarita Barón); SC-139/96 (M. P. Carlos Gaviria Díaz).

¹⁴³ Según la ST-254/94 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), las disposiciones constitucionales que permiten derivar la anterior conclusión resultan complementadas por los artículos 8° y 9° del Convenio N° 169 de la O.I.T. (Ley 21 de 1991), conforme a los cuales los pueblos indígenas tienen derecho a aplicar y a conservar sus usos y costumbres, “siempre que estos no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”.

¹⁴⁴ Sentencia T-349/96 M. P. Carlos Gaviria Díaz.

de un radar en el aeropuerto de Araracuara, zona del resguardo indígena Monochoa, en cuanto el radar fue considerado de seguridad nacional, y en diligencia de inspección adelantada en el lugar se pudo constatar *“que la localización no vulnera ni desconoce los derechos culturales ni étnicos de la comunidad indígena, ni se ponen en peligro sus condiciones de subsistencia ni la integridad ni la vida misma de sus miembros”*¹⁴⁵.

La providencia advierte que las previsiones del Convenio 169 fueron cumplidas, porque en forma previa a la instalación del instrumento se adelantaron reuniones con los miembros del resguardo, quienes dieron su *“visto bueno”* y participaron activamente en los trabajos que fueron adelantados para adecuar la zona, sin que en ningún momento hubieran manifestado su oposición.

5. Con ocasión de la revisión constitucional del proyecto de ley número 025/99 Senado y 217/99, *“por el cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política”* en alusión a los límites de la consulta previa, la Corte definió que el Estado colombiano, en principio, tiene un compromiso constitucional de gran amplitud frente a la realización del mecanismo, por cuya virtud cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas que afecten a los pueblos indígenas y tribales que habitan el territorio nacional, estos deberían ser consultados, pero también consideró que el artículo 34 del Convenio otorga a los Estados Partes la posibilidad de determinar la naturaleza y alcance de las medidas que se adopten para darle aplicación al instrumento, atendiendo las condiciones propias de cada país.

En consecuencia la Corporación consideró que salvo en materia de la explotación de recursos naturales, evento en que la consulta previa está reconocida por el artículo 330 de la Carta Política de manera explícita, deberá determinarse **en cada caso cuándo el mecanismo de la consulta resulta obligatorio, con fundamento en los lineamientos constitucionales y legales establecidos para el efecto, “estos últimos en la medida en que no desvirtúen el objeto y finalidad del pluricitado Convenio, ni contraríen la plena vigencia de los derechos fundamentales de tales etnias”**¹⁴⁶

6. Para finalizar se debe destacar que en reciente decisión esta Corporación declaró ajustado a la Carta el *“inciso primero del Artículo 122 de la Ley 685 de 2001 “Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones” bajo el entendido que en el procedimiento de señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas se deberá dar cumplimiento al parágrafo del Artículo 330 de la Constitución y al Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991”*; como quiera que consideró *“necesario incorporar a ella los valores constitucionales que configuran la garantía de consulta a los grupos indígenas”*, dado que *“una interpretación del conjunto del título XIV de la Ley 685 y del inciso acusado del Artículo 122 en armonía con el inciso segundo de esa misma disposición podría llevar a que se entienda la norma acusada en el sentido de que para los efectos de la delimitación y señalamiento de las “zonas mineras indígenas” no sería necesaria la consulta”*¹⁴⁷ –comillas en el texto–.

¹⁴⁵ Sentencia T-405 de 1993, M.P. Hernando Herrera Vergara.

¹⁴⁶ Sentencia C-169 de 2001 M. P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁴⁷ Sentencia C-418 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Providencia en la que la Corte sintetizó la jurisprudencia constitucional atinente a la consulta previa, determinando los rasgos específicos del mecanismo, como sigue:

“Las finalidades proclamadas en el Preámbulo de la Constitución de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento la libertad y la paz dentro de un marco jurídico democrático y participativo se acompañan con la formulación de las características esenciales del Estado social de derecho entre ellas la de ser Colombia una República democrática, participativa y pluralista. Estas notas configurativas logran concreción en los diversos ámbitos del quehacer social y estatal, mediante postulados específicos contenidos en otras disposiciones de la Constitución.

Para los efectos de la resolución del presente proceso es pertinente destacar que la participación en sí misma ostenta rango de derecho fundamental que debe ser asegurado y facilitado por las autoridades a “todos”, en cuanto fin esencial del Estado, en torno de las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural. Pero al propio tiempo, la participación se instaura en instrumento indispensable e insustituible para la efectividad de otros derechos constitucionalmente reconocidos, tengan o no el carácter de fundamentales. Esto es lo que sucede, por ejemplo, tratándose del derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, en torno del cual “la ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo” (Artículo 79) y de la preservación del derecho a la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, a propósito de la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, como se analiza a continuación siguiendo la jurisprudencia de esta Corte.

Precisamente la protección del pluralismo plasmado en el reconocimiento como derecho fundamental de las comunidades indígenas a su integridad social, cultural y económica por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura adquiere especial relevancia en materia de la explotación por el Estado de los recursos naturales yacientes en los territorios indígenas la que debe efectuarse sin desmedro de dicha integridad (Artículo 330 de la C.P.)¹⁴⁸.

Para asegurar dicha subsistencia, como ha señalado la Corte a través de consistente jurisprudencia siguiendo el texto del párrafo del artículo 330 de la Constitución, “se ha previsto cuando se trate de realizar la explotación de

¹⁴⁸ En la sentencia T-380 de 1993 – M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz– la Corte puso de presente que los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos. 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. 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 Política.

recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones”¹⁴⁹.

La Corte, igualmente, ha estudiado en forma detenida lo relativo a las características, alcance y efectos de la proyección del derecho de participación como garantía de efectividad y realización del derecho fundamental a la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas cuando de la explotación de los recursos naturales se trata y ha establecido como rasgos especiales del mismo los siguientes:

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 social¹⁵⁰.

No se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental, sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades¹⁵¹.(subrayas fuera de texto).

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 humanos¹⁵². Ahora bien corresponde a cada Estado señalar, ya sea en la

¹⁴⁹ Sentencias SU 039/ 97 M.P. Antonio Barrera Carbonell y T-652 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁵⁰ Entre otras sentencias las T-188 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T 342 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell, SU-039 de 1997, M.P. Antonio barrera Carbonell, C-825 de 2001 M.P. Martha V. Sáchica Méndez, C- 825 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁵¹ SU 039 97. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁵² 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 5°. 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;

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 estas que como ya se expresó configuran proyección de los intereses de la propia sociedad y del Estado. La Corte ha tenido ocasión de precisar los alcances de los artículos 6° y 7° del Convenio 169 OIT en los siguientes términos:

“De conformidad con el artículo 6, numeral 1, literal a) del Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por Colombia a través de la Ley 21 de 1991, los Estados Partes tienen la obligación de consultar a los grupos étnicos que habiten en sus territorios, “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”. Asimismo, el artículo 7 del Convenio reconoce a tales

-
- “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 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 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 este 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’.

colectividades “el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte 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”.

De esta manera, existe, en principio, un compromiso internacional de gran amplitud, que obliga al Estado colombiano a efectuar el aludido proceso de consulta previa cada vez que se prevea una medida legislativa o administrativa, que tenga la virtud de afectar en forma directa a las etnias que habitan en su territorio. Al mismo tiempo, el artículo 34 del mismo tratado estipula: “La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país”. Es decir, el instrumento otorga a los Estados Partes un importante margen de discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan; ello, por supuesto, en la medida en que las Partes hagan uso de dicha flexibilidad sin dejar de cumplir con el objeto esencial de sus obligaciones que, en este caso, consiste en asegurar la efectiva participación

“Con fundamento en los arts. 40-2, 330 parágrafo 9° 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 aquellas 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 dé 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”.

de los grupos étnicos en las decisiones que les conciernan: de lo contrario, se estaría dando al artículo 34 citado un alcance que riñe con las normas más elementales sobre interpretación de tratados, como la que consta en el artículo 31-1 de la Convención de Viena de 1969¹⁵³, según la cual “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (subraya fuera del texto).

Dada la configuración constitucional del Estado colombiano, los órganos indicados para determinar cuándo y cómo se habrá de cumplir con la citada obligación internacional son, en principio, el Constituyente y el Legislador; ya que son estos, por excelencia, los canales de expresión de la voluntad soberana del pueblo (art. 3, C.N.). En consecuencia, la Corte Constitucional, al momento de determinar cuándo resulta obligatorio efectuar la consulta previa a los grupos étnicos, debe estar sujeta a los lineamientos constitucionales y legales existentes, estos últimos en la medida en que no desvirtúen el objeto y finalidad del pluricitado Convenio, ni contraríen la plena vigencia de los derechos fundamentales de tales etnias¹⁵⁴.

Resulta de especial importancia para el asunto en estudio, además, reiterar que el Convenio 169 de la OIT¹⁵⁵, y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa conforma con la Carta Política bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 del ordenamiento constitucional, no sólo porque el instrumento que la contiene proviene de la Organización Internacional del Trabajo y estipula los derechos labores de dichos pueblos –artículo 53 C.P.– sino i) en virtud de que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios, prevista en el artículo 330 de la Carta, no puede ser entendida como la negación del derecho de estos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles –artículo 94 C.P.–, ii) dado que el Convenio en cita es el instrumento de mayor reconocimiento contra las discriminaciones que sufren los pueblos indígenas y tribales, iii) debido a que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente sobre las decisiones administrativas y legislativas que los afecten directamente es la medida de acción positiva que la comunidad internacional prohíja y recomienda para combatir los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas de intolerancia conexas que afecta a los pueblos indígenas y tribales –Declaración y Programa de Acción de Durban– y iv) debido a que el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que no se negará a las minorías étnicas el derecho a su identidad.

¹⁵³ Aprobada mediante Ley 67 de 1993.

¹⁵⁴ Sentencia C- 169 de 2001 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁵⁵ Sobre el bloque de constitucionalidad que conforman los Convenios de la OIT con la Carta Política puede consultarse, entre otras, la sentencia T-1303 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Asuntos que no pueden suspenderse ni aun en situaciones excepcionales, i) por estar ligado a la existencia de Colombia como Estado social de derecho, en cuanto representa la protección misma de la nacionalidad colombiana –artículos 1° y 7° C.P.–, ii) en razón de que el derecho a la integridad física y moral integra el “núcleo duro” de los derechos humanos, y iii) dado que la protección contra el etnocidio constituye un mandato imperativo del derecho internacional de los derechos humanos¹⁵⁶.

Para finalizar esta reseña interesa traer a colación la reserva formulada por el Gobierno Nacional al suscribir el acuerdo y la denuncia que hizo el Congreso de la República, con ocasión de la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, al igual que las consideraciones de esta Corporación al revisar la Ley 67 de 1993 que aprobó el instrumento y el texto del acuerdo; como quiera que las reservas y declaraciones se relacionan con el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, y con la necesidad de preservar el medio ambiente, dentro del marco fijado por la comunidad internacional para combatir dicho tráfico.

En “*esencia la reserva que formuló en el momento de suscribir la Convención el 20 de noviembre de 1988, el entonces Ministro de Justicia, señor doctor Guillermo Plazas Alcid*”¹⁵⁷, dice:

“4. Colombia formula reserva respecto del artículo 9°, párrafo 1°, incisos b), c), d) y e) de la Convención, en cuanto se oponga a la autonomía e independencia de las autoridades judiciales para conocer de la investigación y juzgamiento de los delitos”¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Com. D.H., observación general número 29, 24 de julio de 2001.

¹⁵⁷ Sentencia C-176 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁵⁸ El aparte del artículo 9° de la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, que fue objeto de reserva por el Gobierno Nacional al suscribir el acuerdo es del siguiente tenor: “1. Las Partes colaborarán estrechamente entre sí, en armonía con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos, con miras a aumentar la eficacia de las medidas de detención y represión orientadas a suprimir la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1° del artículo 3°. Deberán, en particular, sobre la base de acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales:

(...)

b) cooperar en la realización de indagaciones, con respecto a delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1° del artículo 3° y de carácter internacional, acerca:

i) de la identidad, el paradero y las actividades de personas presuntamente implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1° del artículo 3°;

ii) del movimiento del producto o de los bienes derivados de la comisión de esos delitos;

iii) del movimiento de estupefacientes, sustancias sicotrópicas, sustancias que figuran en el Cuadro I y el Cuadro II de la presente Convención e instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de esos delitos;

c) cuando sea oportuno y siempre que no contravenga lo dispuesto en su derecho interno, crear equipos conjuntos, teniendo en cuenta la necesidad de proteger la seguridad de las personas y de las operaciones, para dar efecto a lo dispuesto en el presente párrafo. Los funcionarios de cualquiera

El Congreso de la República, por su parte, formuló, entre otras declaraciones y reservas, las siguientes:

“DECLARACIONES

1. Ninguna parte de la Convención podrá interpretarse en el sentido de obligar a Colombia a adoptar medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otro carácter que vulneran o restrinjan su sistema constitucional y legal o vayan más allá de los tratados en que sea parte contratante el Estado colombiano.

2. Colombia entiende que el tratamiento que la Convención da al cultivo de la hoja de coca como infracción penal debe armonizarse con una política de desarrollo alternativo, tomando en cuenta los derechos de las comunidades indígenas involucradas y la protección del medio ambiente. En el mismo sentido, Colombia entiende que el trato discriminatorio, inequitativo y restrictivo que se le da en los mercados internacionales a sus productos agrícolas de exportación, en nada contribuye al control de los cultivos ilícitos pues, por el contrario, es causa del deterioro social y ecológico en las zonas afectadas”¹⁵⁹.

Y esta Corporación sostuvo respecto de las reservas y declaraciones en mención:

“Tal reserva tiene su justificación a la luz del artículo 249 de la Constitución Política que establece que la Fiscalía General de la Nación forma parte de la Rama Judicial y no del Poder Ejecutivo y es necesario preservar el fuero judicial en sus dos etapas de investigación y juicio.

También se justifica con base en el artículo 113 de la Constitución Política que establece que los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

La investigación y acusación quedó en cabeza de la Fiscalía General de la Nación conforme a lo dispuesto por los artículos 249 y ss de la Constitución Política. La etapa de juzgamiento le corresponde a los jueces de la República o a las autoridades mencionadas en el artículo 116 de la Constitución.

El ejercicio de la función judicial en Colombia está consagrado en el artículo 116 de la Constitución, que establece (...)

Se observa que el constituyente de 1991 consagró un sistema racional de administración de justicia en Colombia.

de las Partes que integren esos equipos actuarán conforme a la autorización de las autoridades competentes de la Parte en cuyo territorio se ha de llevar a cabo la operación. En todos esos casos las Partes de que se trate velarán por que se respete plenamente la soberanía de la Parte en cuyo territorio se ha de realizar la operación;

d) proporcionar, cuando corresponda, las cantidades necesarias de sustancias para su análisis o investigación, y

e) facilitar una coordinación eficaz entre sus organismos y servicios competentes y promover el intercambio de personal y de otros expertos, incluso destacando funcionarios de enlace”.

¹⁵⁹ Sentencia C-176 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

De la lectura de la norma transcrita puede subrayarse que no sólo los organismos judiciales como tales, señalados en el inciso 1º, ejercen funciones jurisdiccionales. Conviene entonces precisar el contenido de la disposición transcrita para explicar sus alcances, así:

1) Es claro según el tenor del inciso primero que los organismos allí enunciados son los que constituyen la rama jurisdiccional como tal; es decir, los organismos que de manera ordinaria, permanente y habitual administran justicia, y cuya competencia es genérica, propia y de orden constitucional.

La función pública de administración de justicia en Colombia es ejercida por las siguientes jurisdicciones:

a) La jurisdicción ordinaria, integrada por los tribunales y juzgados de los ramos civil, penal, laboral, de familia y agrario (Corte Suprema de Justicia, Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Juzgados del Circuito, Municipales, Promiscuos, de familia, de menores, agrarios).

b) La jurisdicción contencioso administrativa que, integrada por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos Departamentales, está instituida para juzgar las controversias originadas en actos y hechos administrativos de las entidades públicas, con excepción de la decisiones proferidas en los juicios de policía de carácter penal o civil (Art. 237, numeral 1º y Código Contencioso Administrativo, art. 82).

c) La jurisdicción constitucional encargada de asegurar la integridad y supremacía de la Carta Política (art. 241).

d) La jurisdicción disciplinaria que, sin perjuicio de la potestad disciplinaria atribuida al ministerio público y a los respectivos superiores, se ejerce por la Sala jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura y los consejos seccionales de la judicatura en relación con las faltas en que incurran los funcionarios de la rama judicial y los abogados en el ejercicio de su profesión (arts. 254, numeral 2 y 256, numeral 3).

e) La jurisdicción penal militar, cuya función consiste en dar aplicación al fuero militar establecido por la Constitución, según el cual de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares (art. 221).

f) La jurisdicción especial indígena, que corresponde a las autoridades indígenas en relación con los conflictos que ocurran entre los miembros de las comunidades indígenas y con las faltas o delitos cometidos por ellos contra integrantes de estas comunidades (art. 246).

g) La jurisdicción especial de paz, que encargada de conocer de conflictos individuales y comunitarios conforme a las reglas de la equidad, estará integrada por los jueces de paz que determine la ley (art. 247).

Así mismo, conforme a lo prescrito por el artículo 116 de la Constitución Política, ejercen función jurisdiccional de manera excepcional y con carácter transitorio, el Congreso, determinadas autoridades administrativas y los particulares en la condición de árbitros o conciliadores.

(...)

Esta declaración se funda en una distinción que esta Corte comparte. No se puede colocar en el mismo plano la planta coca y los usos lícitos y legítimos que de ella se han hecho y se pueden hacer, y la utilización de la misma como materia prima para la producción de cocaína. Esta diferenciación entre la hoja de coca y la cocaína es necesaria puesto que numerosos estudios han demostrado no sólo que la hoja de coca podría tener formas de comercio alternativo legal que precisamente podrían evitar la extensión del narcotráfico, sino además que el ancestral consumo de coca en nuestras comunidades indígenas no tiene efectos negativos. Así, señala el Instituto Indigenista Interamericano, organismo especializado del sistema interamericano:

“...podemos concluir que, aunque las sustancias activas de la coca (principalmente la cocaína) tienen ante todo una acción antifatigante y productiva de placer, el hábito de consumo en su forma tradicional no corresponde a la satisfacción de una necesidad biológica, sino que está enraizada en ancestrales y profundas consideraciones culturales, por lo que esta costumbre, como el consumo del tabaco y del alcohol en otras culturas, debe ser enfocada no como un problema biológico sino como un complejo cultural que forma parte del núcleo social indígena y que asume el carácter de un símbolo de identidad étnica”¹⁶⁰.

Esta distinción entre la coca y la cocaína tiene además en Colombia una sólida base constitucional puesto que “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana” (Art 7° CP), por lo cual la persecución del narcotráfico no puede traducirse en un desconocimiento de la identidad cultural de las comunidades indígenas, protegida por la Constitución.

De otro lado, considera la Corte que las políticas de erradicación de los cultivos ilícitos tampoco pueden traducirse en operaciones que puedan atentar contra el medio ambiente, pues “es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente”(Art. 79 CP) y “prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental” (Art 80 CP). En efecto, como ya lo ha señalado esta Corporación en diversas decisiones, la protección del medio ambiente ocupa un lugar tan trascendental en el ordenamiento jurídico colombiano que la Constitución contiene una “constitución ecológica”, conformada por todas aquellas disposiciones que regulan la relación de la sociedad con la naturaleza y que

¹⁶⁰ Instituto Indigenista Interamericano. Informe sobre la Coca y sus efectos en Bolivia. México: Mimeo, 1986 citado por Alejandro Camino “Coca: del uso tradicional al narcotráfico” en Diego García Sayán (Ed). Coca, cocaína y narcotráfico, Laberinto en los Andes. Lima Comisión Andina de Juristas, 1989, p. 93.

buscan proteger el medio ambiente¹⁶¹. De ello se desprenden consecuencias jurídicas importantes, ya que, como esta Corporación lo señaló en reciente jurisprudencia:

“...es indudable que la dimensión ecológica de la Constitución, como norma de normas que es (CP art 4°), confiere un sentido totalmente diverso a todo un conjunto de conceptos jurídicos y económicos. Estos ya no pueden ser entendidos de manera reduccionista o economicista, o con criterios cortoplacistas, como se hacía antaño, sino que deben ser interpretados conforme a los principios, derechos y obligaciones estatales que en materia ecológica ha establecido la Constitución, y en particular conforme a los principios del desarrollo sostenible.

Por todo lo anterior, considera la Corte que hoy no tienen ningún respaldo constitucional ciertos procesos y conceptos que anteriormente pudieron ser considerados legítimos, cuando los valores ecológicos no habían adquirido el reconocimiento nacional e internacional que se les ha conferido en la actualidad”¹⁶².

Esto significa entonces que el Estado colombiano debe evaluar siempre el eventual perjuicio al medio ambiente que derive de las políticas contra el narcotráfico, puesto que no se adecúan a la Constitución estrategias de erradicación de cultivos ilícitos susceptibles de afectar negativamente los sistemas ecológicos. Conforme a lo anterior, y de acuerdo al principio de soberanía establecido por la Constitución (CP art 9°), es obvio que el Estado colombiano se reserva el derecho de evaluar de manera autónoma si las políticas para enfrentar el narcotráfico se adecúan o no a sus obligaciones constitucionales de proteger el medio ambiente. Por consiguiente, esta segunda declaración será declarada constitucional en la parte resolutive de esta sentencia pero de manera condicionada, porque a juicio de la Corte Constitucional ella no señala de manera específica la autonomía que, conforme a la Constitución, el Estado colombiano debe reservarse para evaluar el impacto ecológico de las políticas contra el narcotráfico ya que, reitera la Corte, la persecución del narcotráfico no puede traducirse en un desconocimiento de la obligación que tiene el Estado colombiano de proteger el medio ambiente, no sólo para las generaciones presentes sino también para las generaciones futuras.”-se destaca-

En consecuencia esta Corporación resolvió:

“Primero: Declarar **EXEQUIBLE** por no ser contraria a la Constitución ni en su fondo ni en su trámite de expedición la Ley Número 67 de 1993, por medio de la cual se aprueba la “Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas” suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988, salvo los siguientes apartes:

¹⁶¹ Ver Corte Constitucional. Sentencia No. T-411. Junio 17 de 1992. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero. Gaceta Constitucional No. 2, 1992, pp. 260 y ss.

¹⁶² Corte Constitucional. Sentencia C-058/94 del 17 de febrero de 1994. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

a) La segunda reserva formulada por el Congreso que se declara **INEXEQUIBLE**.

b) La segunda declaración formulada por el Congreso que se declara **EXEQUIBLE**, siempre y cuando se incluya en ella que el Estado colombiano se reserva el derecho de evaluar de manera autónoma el impacto ecológico de las políticas contra el narcotráfico, puesto que aquellas que tengan efectos negativos sobre los ecosistemas son contrarias a la Constitución.

c) La novena declaración es declarada **EXEQUIBLE** siempre y cuando se precise que la remisión debe hacerse al inciso 2º y no al 3º del artículo 35 de la Constitución.

Segundo: Declarar **EXEQUIBLE** la “Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas”, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988, teniendo en cuenta que las obligaciones internacionales derivadas del artículo 3º numeral 1º literal c) y numeral 2 así como del artículo 11 se contraen de manera condicionada al respeto de los principios constitucionales colombianos, y con base en las reservas 1ª, 3ª y 4ª, así como en las 9 declaraciones formuladas por el Congreso, con las precisiones efectuadas por la Corte, que hacen compatible la Convención con el ordenamiento constitucional colombiano, y que el Gobierno de Colombia formulará al depositar el respectivo instrumento de ratificación de la Convención.

Tercero: Comuníquese al Gobierno Nacional –Presidencia de la República y Ministerio de Relaciones Exteriores– para los fines contemplados en el artículo 241 numeral 10 de la Constitución”¹⁶³.

4.2.2 Desarrollo legislativo del derecho constitucional de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados

a) El artículo 55 transitorio de la Constitución Política dispuso la expedición de una ley que entre otros aspectos, i) “reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción el derecho a la propiedad colectiva”, y ii) establezca “mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social”.

Por ello la Ley 70 de 1993, partiendo del reconocimiento y de la necesidad de proteger la diversidad étnica y cultural y el derecho a la igualdad de todas las culturas que conforman la nacionalidad colombiana, dispuso i) que las comunidades negras y sus organizaciones participarían sin detrimento de su autonomía, en las decisiones que las afectan, y ii) que también lo harían en las instancias previstas para el resto de los nacionales colombianos en pie de igualdad.

¹⁶³ Sentencia C-176 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Consultar, entre otras, sentencias C-756 y 835 de 2001, y C-420 y 835 de 2002.

Ahora bien, como mecanismos de protección de la identidad cultural de estos pueblos fue prevista i) su participación en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socioeconómico y cultural, que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas referidas en la ley, ii) la conformación de una Comisión Consultiva de alto nivel, con la participación de representantes de las comunidades negras de Antioquia, Valle, Cauca, Chocó, Nariño, Costa Atlántica y demás regiones del país a que se refiere esta ley y de raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, para el seguimiento de lo dispuesto en la presente ley, iii) la posibilidad de que los Consejos de las comunidades designen por consenso sus representantes para efectos de su participación, en los términos de la ley, iv) la participación de estas comunidades en el Consejo Nacional de Planeación, y en los Consejos territoriales de Planeación, y v) su intervención en los procesos de planeación, coordinación, ejecución y evaluación de las investigaciones que el Gobierno debe fomentar y financiar a fin de promocionar los recursos humanos, y las realidades y potencialidades de las comunidades negras, con miras a facilitar su desarrollo económico y social.

Así mismo la participación de los representantes de las comunidades negras en el diseño, ejecución y coordinación de los planes, programas y proyectos de desarrollo económico y social que adelante el gobierno y la Cooperación Técnica Internacional fue prevista i) para la preservación del medio ambiente, ii) con miras a la conservación y cualificación de las prácticas tradicionales de dichas comunidades en la producción, y erradicación de la pobreza, y iii) a fin de propender por el respeto y reconocimiento de su vida social y cultural.

Y también quedó definido que las decisiones en asuntos que requieran la participación de las comunidades negras deberán reflejar sus aspiraciones en materia de desarrollo.

b) Mediante la Ley 99 de 1993 “*por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones*”, el legislador previó la participación de los pueblos indígenas y tribales en los asuntos que la norma regula.

Así las cosas, un representante de los pueblos indígenas y otro de las comunidades negras concurren a integrar el Consejo Nacional Ambiental, y en los Consejos Directivos de las Corporaciones Regionales está prevista la participación de sus representantes, consultando para el efecto a los pueblos de la región en la que la Corporación tiene jurisdicción, como acontece en las Corporaciones para el Desarrollo Sostenible de la Amazonía, en cuyos Consejos se cuentan varios representantes de los pueblos indígenas y tribales de la región.

La Ley en comento también prevé la participación de los pueblos indígenas y de las comunidades negras en el trámite que requiere la expedición de las licencias ambientales i) como puede hacerlo cualquier persona natural o jurídica, es decir, sin necesidad de demostrar un interés jurídico concreto, y ii) por razón de su pertenencia al pueblo interesado, en el trámite de la consulta previa, con arreglo al artículo 76 de la Ley en mención, a fin de prever que la explotación de los recursos naturales se

adelante sin desmedro de su integridad cultural, social y económica de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Política.

d) La Ley 685 de 2001 “*Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones*” regula la participación de los grupos étnicos en la explotación de los recursos naturales no renovables existentes en sus territorios, tal como se sintetiza en el aparte que se transcribe de la sentencia C-418 de 2002:

“El capítulo XIV de la Ley 685 bajo el epígrafe “grupos étnicos” regula lo relativo a la protección de la integridad cultural, las zonas mineras indígenas, el territorio y comunidad indígenas, los derechos de prelación de los grupos indígenas, la concesión, los acuerdos con terceros, las áreas indígenas restringidas, los títulos de terceros, la participación económica de las comunidades y grupos aborígenes, entre otros temas.

En ese orden de ideas se dispone sobre:

La obligación a cargo de todo explorador o explotador de minas de realizar sus actividades de manera que no vayan en desmedro de los valores culturales, sociales y económicos de las comunidades y grupos étnicos ocupantes real y tradicionalmente del área objeto de las concesiones o de títulos de propiedad privada del subsuelo (Artículo 121).

La prelación de las comunidades y grupos indígenas para que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera indígena. (Artículo 124).

La competencia de la autoridad indígena para señalar dentro de la zona minera indígena los lugares que no pueden ser objeto de exploraciones y explotaciones mineras por tener especial significado cultural, social y económico para la comunidad o grupo aborígen de acuerdo con sus creencias, usos y costumbres. (Artículo 127).

La obligación a cargo de los municipios que perciban regalías o participaciones provenientes de explotaciones mineras ubicadas en los territorios indígenas de destinar los correspondientes ingresos a obras y servicios que beneficien directamente a las comunidades y grupos aborígenes asentados en dichos territorios. (Artículo 129).

La previsión de que la concesión se otorgará a solicitud de la comunidad o grupo indígena y a favor de esta y no de las personas que la integran. La forma como estas participen en los trabajos mineros y en sus productos y rendimientos y las condiciones en las que puedan ser sustituidas en dichos trabajos dentro de la misma comunidad se establecerá por la comunidad indígena que los gobierna. Esta concesión no será transferible en ningún caso. (artículo 125 en concordancia con el artículo 35 de la misma ley).

La posibilidad de que las comunidades o grupos indígenas que gocen de una concesión dentro de la zona minera indígena contraten la totalidad o parte de las obras y trabajos correspondientes con personas ajenas a ellos. (Artículo 126).

La previsión de que cuando personas ajenas a la comunidad o grupo indígena obtengan título para explorar y explotar dentro de las zonas mineras indígenas delimitadas conforme al artículo 122 vinculen preferentemente a dicha comunidad o grupo a sus trabajos y obras y capaciten a sus miembros para hacer efectiva esa preferencia (Artículo 128).

El entendimiento de las anteriores formulaciones debe hacerse teniendo en cuenta que conforme al Artículo 5° de la misma Ley 685 correspondiente al título I sobre disposiciones generales del Código, los minerales de cualquier clase y ubicación yacentes en el suelo o subsuelo en cualquier estado físico natural son de la exclusiva propiedad del Estado sin consideración a que la propiedad, posesión o tenencia de los correspondientes terrenos sean de otras entidades públicas, de particulares o de comunidades o de grupos.

Así mismo se ha de considerar que para efectos de la protección a los grupos étnicos la ley define como territorios indígenas las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena de conformidad con lo dispuesto en la Ley 21 de 1991 y las demás leyes que la modifiquen, amplíen o sustituyan.

Dentro del contexto trazado, el Artículo 122, cuyo primer inciso es objeto de la acusación de inconstitucionalidad en el presente proceso, atribuye a la autoridad minera la competencia para señalar y delimitar dentro de los territorios indígenas zonas mineras indígenas en las cuales la exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros deban ajustarse a las disposiciones especiales que se han reseñado, dirigidas a la protección y participación de las comunidades y grupos indígenas asentados en dichos territorios. El señalamiento y delimitación en mención debe hacerse con base en estudios técnicos y sociales.

El inciso segundo de este artículo (disposición no demandada) dispone que “toda propuesta de particulares para explorar y explotar minerales dentro de las zonas mineras indígenas será resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas y sin perjuicio del derecho de prelación que se consagra en el artículo 124 de este Código”.

La Corte finalmente debe destacar, en torno del articulado del capítulo XIV de la Ley 685 que en él se establece, de una parte, la competencia para el señalamiento de delimitación de las zonas mineras indígenas en cabeza de la autoridad minera y, de otra, la competencia de la autoridad indígena para señalar dentro de “la zona minera indígena” los lugares que no pueden ser objeto de exploraciones o explotaciones mineras por tener especial significado cultural, social y económico para la comunidad o grupo aborigen de acuerdo con sus creencias, usos y costumbres”¹⁶⁴.

d) Por su parte las Leyes 160 de 1994 y 191 y 199 de 1995 “por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece

¹⁶⁴ Sentencia C-418 de 2002 M.P. Magistrado Álvaro Tafur Galvis.

un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones”, “se dictan disposiciones sobre Zonas de Frontera” y “se cambia la denominación del Ministerio de Gobierno y se fijan los principios y reglas generales con sujeción a los cuales el Gobierno Nacional modificará su estructura orgánica y se dictan otras disposiciones” respectivamente prevén la intervención de los pueblos indígenas y tribales en los asuntos que regulan y que pueden afectarlos, mediante el mecanismo de la concertación, instrumento de participación sobre el que la jurisprudencia constitucional tiene dicho:

“La concertación no se opone al principio de dirección general de la economía, a cargo del Estado (artículo 334 C.N.), ni impide que el Gobierno y los demás organismos públicos, cada uno dentro de su órbita constitucional de atribuciones, ejerzan el poder que les corresponde, sino que complementa la acción estatal mediante la mayor información sobre la realidad económica, e intercambio de criterios y propuestas y las posibilidades de acuerdo entre los sectores público y privado.

Considera la Corte que las formas de concertación establecidas por la ley, mientras no impliquen una subordinación del Estado y de sus agentes al querer del sector privado –lo cual implicaría una inaceptable resignación de su autoridad–, configuran importante desarrollo de la democracia participativa preconizada desde el Preámbulo de la Carta y contribuyen de manera eficaz a realizar el orden político, económico y social justo buscado por el Constituyente.

Recuérdese que uno de los fines esenciales del Estado, según el artículo 2º de la Constitución, es el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación.

Por su parte, el inciso 2º de la misma norma declara que las autoridades de la República están instituidas, entre otros propósitos, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Cuando la norma examinada incluye como miembro de la Comisión Nacional Agropecuaria a un representante de la Junta Directiva del Banco de la República, facilita la concertación en aspectos que son de su competencia como autoridad monetaria, cambiaria y crediticia y que, desde luego, interesan al sector pero que, dado el peso específico del mismo dentro de la economía nacional, conciernen a toda la colectividad”¹⁶⁵.

e) El Presidente de la República de Colombia, en uso de las facultades que le concede el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, en virtud de lo dispuesto por la Ley 21 de 1991 y el artículo 1º del Decreto-ley 1050 de 1968 y en cumplimiento del parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política, expidió el Decreto 1397 de 1996 “*por el cual se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas (...)*”,

¹⁶⁵ Sentencia C-489 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández.

normativa que creó una instancia gubernamental que velara por los derechos territoriales indígenas, y también dispuso lo conveniente para concertar con los pueblos indígenas las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectarlos –artículo 11–.

Ahora bien, el Consejo de Estado¹⁶⁶, al estudiar la nulidad del acto en mención, por quebrantar “los artículos 1º, 58, 79, 113, 114, 150-7, 189-11, 209, 330 y su párrafo, y 332 de la Constitución Política; el artículo 1º del Decreto 1050 de 1968; los artículos 6º, 7º-3 y 15 del Convenio núm. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989, aprobado por la Ley 21 de 1991; los artículos 51, 52, 54, 55, 62, 66, 68, 69, 70, 71, 72, 74 y 76 de la Ley 99 de 1993; los artículos 2º, 5º, 8º, 12-16, 29 y 32 de la Ley 160 de 1994; los artículos 13 y 40 de la Ley 191 de 1995 y el artículo 5º de la Ley 199 de 1995”, consideró infundados los cargos formulados, salvo por lo referente a la expresión “... suspenderán o revocarán ...”, contenida en el inciso segundo del artículo 7º del acto acusado, que resolvió anular, porque al proferirla el ejecutivo se excedió en el ejercicio de su facultad reglamentaria.

Para el efecto consideró que la normatividad en estudio no confiere facultades decisorias a la Comisión Nacional de Territorios Indígenas, como quiera que las funciones que el Decreto le asigna a la entidad son de concertación, tendientes a “acercar a las partes” en la formulación de propuestas viables, y “limar dificultades”.

En concordancia con lo anterior la Sección Primera de la Corporación en mención, adujo que la Mesa Permanente de Concertación tampoco tiene poder decisorio, por cuanto i) las facultades que el artículo 11 le asigna son “sin perjuicio de las funciones del Estado”, y ii) si bien a dicha Mesa le asiste la facultad de solicitar la suspensión y la revocatoria de los permisos y licencias ambientales otorgados sobre territorios indígenas, no puede decidir sobre ellos, ni imponer decisión alguna a la autoridad ambiental.

No obstante encontró “evidente exceso del ejercicio de la potestad reglamentaria”, en cuanto “se adiciona como causal de suspensión o revocación de las licencias ambientales el desmedro que se pueda causar o se esté causando a la “integridad económica, social o cultural de los pueblos o comunidades indígenas”, que no necesariamente se encuadra dentro de la genérica causal legal”.

Los siguientes son los apartes atinentes al derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados, contenidos en la providencia que se reseña:

“Sobre este punto se hace notar que, si bien en la primera parte del párrafo del artículo 330 de la Carta Política se dispone que “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”, ello no puede subsanar el vicio anotado, por dos razones:

¹⁶⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 8 de octubre de 1998, radicación 4373 C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez.

a) *Porque es al legislador, en principio, y no al Gobierno Nacional, a quien corresponde desarrollar y concretar dicho mandato constitucional.*

b) *Porque cuando en el indicado párrafo se impone al Estado la obligación de garantizar que la referida explotación de los recursos naturales se haga sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, la Sala entiende que es la respectiva autoridad ambiental la que debe tener en cuenta tal precepto constitucional en el acto de concesión de las licencias ambientales, de tal manera que si los beneficiarios de ellas no lo cumplen, se configuraría la causal de suspensión o revocatoria prevista en el referido artículo 62 de la Ley 99 de 1993.*

En cuanto a la disposición contenida en el numeral 2 del artículo 17 del decreto impugnado, en el sentido de que tanto la Comisión Nacional de Territorios Indígenas como la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas, adoptarán las decisiones por consenso, la Sala considera lo siguiente:

a) *A pesar de que, como ha quedado establecido en relación con las normas que determinan las funciones de los dos órganos mencionados, ninguna de ellas implica propiamente la facultad de adoptar decisiones jurídicas, pues no tienen la virtualidad de introducir modificaciones en el ordenamiento jurídico, ello no descarta que cada uno de los miembros de los citados órganos deban expresar sus puntos de vista sobre el tema puesto a discusión para el cumplimiento de sus funciones y que, al final de la misma deba constatarse la voluntad y el resultado del proceso de concertación sobre algunos de ellos, en virtud de los diferentes puntos de vista irreconciliables que puedan presentarse. Como puede fácilmente entenderse, lo anterior puede llevar a la necesidad de votar sobre los puntos controvertidos para establecer si existe o no consenso sobre el particular.*

b) *En consecuencia, la Sala considera que dentro del anterior marco conceptual debe entenderse el término “decisiones” contenido en el citado numeral 2 del artículo 17 y, por lo tanto, dentro de ese entendimiento, el mismo no puede ser considerado violatorio de las normas que se citan como vulneradas.*

c) *En lo referente a que dichas “decisiones” deban adoptarse “por consenso”, lo cual, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa “asenso, consentimiento, y más particularmente el de todas las personas que componen una corporación”, la Sala también encuentra esta disposición acorde con el espíritu de la concertación buscada por las normas demandadas y que ha quedado expresado en las argumentaciones anteriores, pues si bien el proceso de concertación debe darse obligatoriamente en los casos en que ella está prevista, su resultado en principio debe concretarse en el acuerdo de todos los participantes, lo cual quiere decir que si no se obtiene el consenso no podrá hablarse propiamente de concertación aunque se haya adelantado el proceso de participación de los diferentes sectores o personas que deban participar en ella, caso en el cual, la autoridad competente para adoptar la decisión respectiva,*

tendrá como elementos de juicio resultantes del proceso, no sólo el efectivamente concertado, sino los diferentes puntos de vista que no lograron consenso.

1. Porque el hecho de que algunos de los miembros que integran los organismos creados mediante el acto enjuiciado, representen intereses específicos de un grupo determinado y minoritario de la población, y no el interés general de toda ella, en momento alguno afecta los principios de igualdad e imparcialidad, con fundamento en los cuales, entre otros, debe desarrollarse la función administrativa, pues, en primer término, la igualdad no consiste en la ausencia de toda distinción respecto de situaciones disímiles, sino en el adecuado trato a los fenómenos que surgen en la sociedad, diferenciándose aquellos que, por ser iguales entre sí, exigen una misma respuesta de la ley y de las autoridades, de aquellos que son diversos, pues, frente a estos últimos, la norma razonable no debe responder a un igualitarismo sin razón, sino al equilibrio que impone un tratamiento divergente para circunstancias no coincidentes, por lo cual, dado el objeto de los organismos cuya creación se dispuso mediante el decreto acusado, es natural y obvio que los particulares que de ellos forman parte representen un grupo minoritario de la población: los pueblos y comunidades indígenas, respecto de los cuales la Constitución Política de 1991 reservó una serie de prerrogativas que garantizan la prevalencia de su integridad cultural, social y económica; su capacidad de autodeterminación administrativa y judicial, la propiedad colectiva de carácter inalienable de sus resguardos y de los territorios indígenas como entidades territoriales, entre otras.

En relación con el quinto cargo, en el cual se plantea que el artículo 10 del decreto acusado viola el artículo 113 de la Carta Política, en razón de que dentro de los miembros de la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas se incluyen a “los Senadores Indígenas”, la Sala no encuentra que por ello se desconozca la citada norma constitucional, pues, por el contrario, ella deja entrever, en forma por demás clara, la colaboración armónica que debe existir entre los diferentes órganos del Estado para la realización de sus fines, a pesar de las funciones separadas que a ellos les corresponde ejercer, con mayor razón cuando se trata, como en el caso del decreto demandado, de establecer mecanismos de participación de las comunidades indígenas, en virtud de los mandatos contenidos en los artículos 40-2 y 330 parágrafo de la Constitución Política, el primero de ellos referido a todos los ciudadanos en general y, el segundo, a las comunidades indígenas en particular, así como en cumplimiento de lo previsto en el literal a), numeral 1 del artículo 6° de la Ley 21 de 1991, “por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la 76ª reunión de la Conferencia de la O.I.T., Ginebra 1989”, en el cual se dispone que, al aplicar las disposiciones del Convenio, los gobiernos deberán “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 afectarlas directamente” –destaca el texto–.

Así las cosas, tal como lo dispone el Decreto 1397 de 1996, en la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas toman asiento los Ministros del Interior y de Justicia, Agricultura y Desarrollo Rural, Ambiente y Desarrollo Territorial, Hacienda y Crédito Público, Comercio Industria y Turismo, Minas y Energía, Protección Social, y Educación Nacional –Ley 790 de 2002–, o sus delegados, el Director del Departamento Nacional de Planeación, los Consejeros Presidenciales de Fronteras y de Política Social, los Senadores y los ex constituyentes indígenas, los Presidentes de la Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC y de la Organización de Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana OPIAC, un delegado por la Confederación Indígena Tairona y un delegado por cada macro región Corpes o por las Regiones Administrativas de Planificación, que se conformen de acuerdo con el artículo 306 de la Constitución Nacional, seleccionados por las organizaciones indígenas de la respectiva región.

Además, la Organización Internacional del Trabajo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Conferencia Episcopal de Colombia, son invitados permanentes del gobierno a la Mesa en mención, en calidad de veedores. Y, tanto en sus deliberaciones, como en las Comisiones Temáticas, pueden participar los asesores que los grupos indígenas y tribales designen.

También el Decreto 1397 de 1996 dispone que corresponde a la Mesa de Concertación Indígena la preparación de la *“propuesta de reglamentación del derecho de participación y concertación de las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas, de acuerdo con las particularidades de cada uno, y concertar la expedición del decreto”*.

f) El Decreto 1320 de 1998 *“por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio”* –normatividad en que los Jueces de Instancia se fundamentan para negar la protección– fue expedido por el Presidente de la República *“en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las que le confiere el numeral 11 del artículo 189 y el parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política, en desarrollo de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 21 de 1991, en el artículo 44 de la Ley 70 de 1993 y en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993”*.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, al estudiar la anulación del acto, se refirió así al contenido de la norma:

“En sus considerandos se alude, además, a los artículos 7º y 330 de la Constitución; 7º, numeral 3, y 15, numeral 2, de la ley 21 de 1991, por la cual se aprueba el Convenio número 169 de 1987 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas y Tribales; los artículos 17 y 44 de la ley 70 de 1993; el 35 del decreto 1745 de 1995 y el artículo 76 de la ley 99 de 1993.

Su contenido está dado en cinco (5) capítulos, de los cuales, el capítulo I se refiere a disposiciones generales, como el objeto de la consulta previa, la determinación del territorio, la identificación de comunidades indígenas y negras y la extensión del procedimiento de que en él se trata. El capítulo II regula el procedimiento de la consulta previa en materia de Licencias Ambientales o

establecimiento de planes de manejo ambiental. El capítulo III se ocupa del procedimiento para la misma consulta, pero respecto del documento de evaluación y manejo; el capítulo IV hace lo propio pero en materia de permisos de uso, aprovechamiento o afectación de recursos naturales renovables; y el capítulo V contiene cuatro disposiciones finales, alusivas a la comunicación de la decisión, al régimen transitorio, a los mecanismos de seguimiento y a la vigencia del decreto”¹⁶⁷.

Ahora bien, mediante el pronunciamiento en mención la Sala en cita despachó los cargos formulados contra el Decreto 1320 de 1998, entre otros aspectos, por quebrantar los artículos 6° y 15 de la Ley 21 de 1991, por haber sido expedido sin adelantar la consulta que demanda toda medida administrativa que afecte los pueblos indígenas y tribales, y por regular una participación que no condice con los lineamientos del Convenio 169, con la normatividad vigente, y con la jurisprudencia de esta Corporación.

Empero, la Sección Primera en comentario consideró que el Gobierno podía entrar a regular directamente el artículo 330 de la Constitución Política, *“toda vez que en su parte final se le impone a este, de manera clara y directa, el deber de propiciar la participación de los representantes de la respectivas comunidades indígenas.”* Y que dada la expedición por parte del legislador de *“algunos desarrollos normativos que son pertinentes al asunto de la señalada atribución (...) a fin de hacer posible el cumplimiento de la misma, podía “utilizar para ello su potestad reglamentaria respecto de las normas legales que estime útiles o necesarias para tal efecto”.*

Respecto de las acusaciones atinentes al desconocimiento del derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa, el Consejo de Estado expuso i) que de la lectura del artículo 6° del Convenio 169 no se puede inferir *“(…) las circunstancias de tiempo y modo de efectuar la referida consulta, ni (...) reglas mínimas para el cumplimiento de la misma (...); “ ii) que el articulado demandado representa un mecanismo válido para implementar el procedimiento de la consulta, ante la ausencia de reglamentación al respecto, como quiera que “la prevista en el artículo 21 del acto acusado, bajo el título “MECANISMOS DE SEGUIMIENTO”, en el sentido de que el Gobierno propiciará reuniones con las mentadas comunidades dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia de dicho decreto, sin perjuicio de su plena aplicación, a fin de conocer sus observaciones e introducirle los correctivos que sean necesarios”; iii) que con la expedición del Decreto 1320 de 1998 el Gobierno regula “el procedimiento para la participación de tales comunidades en las decisiones que se adopten respecto de la explotación, mas no en dicha explotación, que es cuestión muy diferente”; iv) que en los términos del artículo 330 de la Carta “las medidas que con base en él tome el Gobierno, sólo pueden referirse a la participación de las comunidades aludidas en el proceso de la toma de las decisiones para la explotación de los recursos naturales en sus territorios (...), en cuanto “(...) la participación de estas en la adopción de medidas sobre asuntos distintos al*

¹⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 20 de mayo de 1999, radicación 5091, C. P. Juan Alberto Polo Figueroa -nota 92-.

examinado, dada la especial protección que la Constitución le da, es materia de regulación en ejercicio de otras atribuciones, muchas de ellas deferidas al legislador”, y v) que visto de manera global el Decreto 1320 de 1998 “(...) facilita hacer efectiva la preservación de las mismas, cuando de la explotación de recursos en sus territorios se trata, al permitirles participar, a través de sus representantes, tanto en la elaboración de los estudios ambientales (artículo 5º), como en acuerdos sobre la identificación de impactos y las medidas propuestas dentro del plan de manejo ambiental, y las demás que sean necesarias para su preservación.”.

No obstante, la expresión contenida en el literal d) del artículo 13 del decreto 1320 de 1998, con arreglo a la cual *“en caso de no existir acuerdo en la reunión previa de consulta, esta se suspenderá por un sola vez y por el término máximo de 24 horas, con el fin de que las partes evalúen las propuestas”* fue anulada, porque al decir de la Sala en mención *“no se adecua al artículo 2º de la Constitución”.*

Vale recordar, respecto del Decreto 1320 de 1998, que esta Corporación, en la sentencia T-652 de 1998¹⁶⁸, promovida por el pueblo indígena Embera-Katío del Alto Sinú contra el Presidente de la República, los Ministros del Interior, Agricultura, Medio Ambiente, y Minas y Energía, la Alcaldía Municipal de Tierralta (Córdoba) y la Empresa Multipropósito Urrá S. A. - E. S. P. por violación de sus derechos fundamentales a la supervivencia, a la integridad étnica, cultural, social y económica, a la participación y al debido proceso del pueblo accionante ordenó *“a los Ministerios del Interior y del Medio Ambiente que inapliquen del Decreto 1320 de 1998 en este proceso de consulta, pues resulta a todas luces contrario a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991”.*

Se pone de presente, además, 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.

Dice al respecto el informe GB.282/14/3 del Comité de Expertos:

“1. El Comité recomienda al Consejo de Administración que apruebe el presente informe, tomando en consideración las conclusiones recogidas en los párrafos 66 a 92 del mismo, y que:

a) pida al Gobierno que modifique el decreto núm. 1320 de 1998 para ponerlo de conformidad con el Convenio, en consultación y con la participación activa de los representantes de los pueblos indígenas de Colombia, en conformidad con lo dispuesto en el Convenio;

¹⁶⁸ Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

b) solicite al Gobierno que aplique plenamente los artículos 6 y 15 del Convenio y que considere establecer consultas en cada caso concreto, conjuntamente con los pueblos interesados, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, o antes de emprender o autorizar cualquier programa de exploración o explotación de los recursos existentes en sus tierras;

c) sugiera al Gobierno que, en relación con las actividades de exploración y explotación petrolera de la empresa Occidental, involucre al pueblo interesado para poder establecer y mantener un diálogo constructivo en la adopción de decisiones;

i) solicite al Gobierno que continúe informando a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, mediante las memorias que debe presentar en virtud del artículo 22 de la Constitución de la OIT en relación con este Convenio, sobre la evolución de las tres cuestiones en que se fundamenta la reclamación de la CUT, en particular sobre:

ii) toda medida tomada para modificar el decreto núm. 1320 de 1998 de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio, así como de toda medida tomada o que se podría tomar para asegurar la participación más plena y libre posible de representantes de los pueblos interesados en el proceso de reforma; toda medida tomada para remediar la situación del pueblo Embera Chamí del resguardo de Cristianía;

iii) las medidas tomadas o que podrían tomarse para remediar la situación en que se encuentran los U'wa, incluyendo medidas para la aplicación de la resolución núm. 056 de 1999 sobre la compra de tierras, así como una nueva examinación del impacto que las actividades exploratorias han tenido y podrán tener sobre ellos, y de la manera en la cual los U'wa podrán percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que hayan sufrido como resultado de estas actividades, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 15, 2), y

iv) las medidas tomadas o contempladas para remediar las situaciones que dieron origen a la reclamación, tomando en consideración la necesidad de establecer un mecanismo eficaz para la consulta previa con los pueblos indígenas y tribales como dispone el artículo 6, así como la protección de su integridad como lo dispone el artículo 2;

v) las medidas tomadas o contempladas para investigar los hechos señalados en el párrafo 45 del presente informe con el objetivo de establecer justicia y reparar los daños causados, y para asegurar que no se utilizará la fuerza contra el pueblo U'wa en el futuro;

d) que declare cerrado el procedimiento terminado ante el Consejo de Administración al presentarse la reclamación”¹⁶⁹.

¹⁶⁹ GB.282/14/3. Ginebra noviembre de 2001, 282ª reunión. En igual sentido GB.282/14/4 –nota 92–.

5. Las comunidades indígenas de la Amazonía Colombiana ostentan las calidades que el Convenio 169 exige para su aplicación. Delimitación geográfica de la región para efectos de la consulta

La Organización accionante –como quedó explicado- demanda el amparo transitorio de los derechos a la vida, a la salud, al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad cultural, a la participación, al debido proceso y al ambiente sano de los pueblos indígenas de la amazonía colombiana, en razón de que las autoridades accionadas adelantan, en los territorios que los pueblos en mención ocupan, el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos sin consultarlos previamente y ocasionando un daño ambiental considerable.

Ahora bien, el artículo 34 del Convenio 169 de la OIT prevé que las medidas que se adopten para dar aplicación al instrumento “*deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país*”, previsión que ha sido entendida por la jurisprudencia constitucional como la necesidad de adentrarse en las características de la cultura que se verá involucrada en la decisión, a efectos de determinar su grado de autonomía y así maximizar o minimizar la naturaleza y el alcance tanto de la consulta, como de las medidas¹⁷⁰.

En consecuencia se requiere determinar si las comunidades indígenas de la región amazónica ostentan condiciones sociales, culturales y económicas que les den derecho a ser tratados como “pueblos” i) por distinguirse de otros sectores de la colectividad nacional, y estar regidos total o parcialmente por sus propias costumbres y tradiciones; o ii) por descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista y colonización, y conservar sus propias instituciones sociales económicas culturales y políticas o parte de ellas¹⁷¹.

También deberá definirse lo atinente a la procedencia de la delimitación de la región, para efectos de la aplicación del instrumento, porque es la conciencia de su identidad indígena o tribal el criterio que determina la aplicación del Convenio 169 de la OIT, y sólo tres de los departamentos de la amazonia colombiana –Guainía, Vaupés y Amazonas- se caracterizan por el predominio de la población indígena.

5.1 Condiciones que distinguen a los pueblos de la amazonía colombiana de otros sectores de la colectividad nacional

En la selva amazónica colombiana, que comprende un área de 403.350 Kms², aproximadamente un tercio del territorio nacional¹⁷², habitan más de un centenar de

¹⁷⁰ Sentencias T-349 de 1996, T-523 de 1997, C-169 de 2001, entre otras.

¹⁷¹ “*Entiéndese por Parcialidad Indígena o Comunidad Indígena al conjunto de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identidad con su pasado aborigen, manteniendo rasgos y valores de su cultura tradicional, así como formas de gobierno y control social internos que los distinguen de otras comunidades rurales*” –Artículo 2° Decreto 2001 de 1988.

¹⁷² La región amazónica “(...) *se extiende, por el Norte con los ríos Ariare Guayabero y Guaviere (sic); por el Sur con el río Amazonas, Brasil, Perú, Trapecio Amazónico y el río Putumayo; por el Oriente con Brasil y se extiende por el Occidente hasta los Andes en la Cordillera Oriental*” –Ministerio del Interior, División de asuntos Indígenas, Respuesta al oficio OPT-187/2000 (sic) expediente T-517.583, cuaderno 8 folio 49.

pueblos indígenas de las lenguas nativas kano, Witoto, Arawak, Maku-Puinave, Caribe, Tukano y otras más independientes, conformados por grupos étnicos, algunos ubicados en terrenos limítrofes, que en un alto porcentaje poseen segmentos poblacionales más allá de la frontera colombiana -literal c) artículo 96 C.P.-¹⁷³.

El medio ambiente amazónico ha sido clasificado en dos hábitat: tierra firme –afloramientos rocosos de Paleozoico, superficies residuales del escudo Guayanés y superficies del Terciario Amazónico–, y tierra de varzea –llanuras de inundación de los ríos andinos–¹⁷⁴. El primero caracterizado por suelos de arena y arcilla, entre ácidos y semiácidos, con limitantes químicos y poco fértiles, y el segundo conformado por áreas más fértiles llamadas “*terrazas inundables*” altas, medias y bajas, según los periodos en que llegan y se mantienen las aguas.

Los pueblos indígenas que ocupan los departamentos de la Amazonía Colombiana¹⁷⁵, conservan, en general (...) *sus instituciones sociales, económicas culturales y políticas, sin desconocer también que el contacto cultural, la educación del estado (sic) ajena en parte a su cultura y formas de organización ha ocasionado cambios al interior de los pueblos que no podemos desconocer*¹⁷⁶; cultura manifestada especialmente, según lo explican los estudios a los que a continuación se hace referencia, por la permanencia de valores culturales ancestrales, manifestados en una singular relación del hombre con la naturaleza, pero no terminados en ella.

El profesor Gerardo Reichel–Dolmatoff¹⁷⁷, en su estudio sobre las categorías indígenas –incorpora aspectos del esquema ideológico de la cosmovisión indígena de la población aborigen de la Amazonía, circunscrito a los indígenas Desana de la región del Vaupés- sostiene que estas categorías se interrelacionan “*en tiempo y espacio con eventos del pasado, prácticas actuales y planificación de aspectos futuros*”.

¹⁷³ En el territorio nacional existen 81 grupos étnicos con una población estimada de 450.000 indígenas que hablan 64 lenguas y habitan en 27 de los 32 departamentos, en su mayoría asentada en las selvas húmedas de la región oriental y occidental. “Derechos Territoriales Indígenas y Ecología”, publicación del seminario “Situación de tenencia de las tierras ocupadas por comunidades indígenas en áreas bajas de Selva Tropical y manejo de los Recursos Naturales”, Villa de Leyva, Colombia, marzo de 1991, Fundación Gaia, Cerec 1992, en igual sentido Arango Raúl y Sánchez Enrique “ Los Pueblos Indígenas de Colombia, DNP, 1989.

¹⁷⁴ “B. Meggers. Amazonía: man and culture in a counterfit paradise. Aladine”. Citado por Angela Andrade- Profesora Asistente de la Subdirección de Docencia e Investigación , Ciaf –Igcac- en “Sistemas Agrícolas Tradicionales en el Medio Río Caquetá”, Francois Correa editor, Instituto Colombiano de Antropología, Fondo FEN Colombia, Fondo Editorial Cerec, 1993, páginas 64 a 66.

¹⁷⁵ La clasificación de los pueblos indígenas, por razón de su ubicación geográfica, distingue entre otras regiones la de la Orinoquía y la de la Amazonía, la primera comprende los departamentos del Meta, Arauca, Casanare, Guaviare, Guainía, Vichada y Vaupés, y la segunda los departamentos del Caquetá , Putumayo y Amazonas.

¹⁷⁶ Ministerio del Interior, División de Asuntos Indígenas, cuaderno 8, folio 53.

¹⁷⁷ “Algunos Conceptos de los Indios Desana del Vaupés sobre Manejo Ecológico”, Reichel-Dolmatoff Gerardo, profesor adjunto del Departamento de Antropología de la Universidad de California, en “La Selva Humanizada-Ecología alternativa en el trópico húmedo” –Francois Correa editor, Instituto Colombiano de Antropología, Fondo FEN Colombia, Fondo Editorial Cerec, 1993–.

Destaca el autor en cita que tal cosmovisión, que puede parecer irracional e irrelevante para quienes no la entienden, “*constituye un cuerpo coherente de informaciones que no solo contienen una gran riqueza de conocimientos sólidos, sino que también ofrecen a ese saber una base ética*”, siendo esta base la que les permite a los pueblos indígenas adaptarse al medio, aún en condiciones adversas, y, que, a su juicio, si llegare a ser destruida no podría ser recuperada jamás.

Sostiene el profesor Reichel-Dolmatoff que el indígena Desana subdivide la selva en unidades “*ka doáro*”, que sin importar la extensión constituyen un ecosistema conformado como categorías que reciben energías cósmicas y atmosféricas, penetran a la biosfera, la fertilizan y rebotan hacia el cielo donde, eventualmente, se hacen invisibles en forma de arco iris y se reciclan para producir la lluvia. Rebote o resonancia del que depende la continuidad de la vida.

Indica que cada ecosistema tiene para el indígena sus propias características energéticas, de manera que la flora y la fauna de cada uno difieren, no obstante estar ocupados por las mismas especies, como quiera que “*según la sistemática Desana animales y plantas, aunque fueren de la misma especie no se adaptan a otros sistemas*”.

Enseña que el indígena subdivide el paisaje entero de la selva -pluvial-nëngë, baja abierta-tara boa, anegadiza-tara, rastrojo - diadó, ribereña - dia vehke y lacustre - dihtauro- en unidades ka doáro a las que imagina ubicadas en un espacio hexagonal llamado tabú, caracterizado por diversas intensidades de energía de las que dependen el olor, el color, la vegetación y la forma de irrigación, de ríos, quebradas y lagunas. Elementos entre los cuales el indígena destaca el color de las flores, el diámetro de los troncos de los árboles y las especies endémicas de las hormigas.

Agrega que el indígena concibe el ecosistema como un todo en el que las tierras ancestrales deben conservarse puras y sanas para que puedan ser transmitidas a futuras generaciones bajo las mismas energías cósmicas benéficas que alimentaron el pasado, porque lo uno depende de lo otro en un “*nuestro pensar día*”, que se funda en el pensamiento abstracto para luego pasar al biológico y llegar a las pautas éticas, las que permiten a sus moradores, los indígenas, mantener, como sus guardianes, el sistema en equilibrio.

Por su parte el profesor Kaj A°rhem, en un estudio adelantado en el “*contexto etnográfico del noroeste amazónico*”, y por ende más general que el anterior, en referencia al pueblo Makuna –indígenas hablantes de lenguas Tukano¹⁷⁸- sostiene

¹⁷⁸ La Profesora Darna Lee Dufour, Asociada del Departamento de Antropología de la Universidad de Colorado, en Boulder, EE. UU., en referencia a los grupos indígenas Tukano del Vaupes sostiene: “*Los Tatuyo, entre otros, han sido reconocidos bajo la denominación genérica de Tukanos, tradicionalmente habitaban en pequeños asentamientos en Malocas dispersas a lo largo de las cabeceras de los ríos Papurí, Tiquie y Pira Paraná (...). El actual patrón de asentamiento en el área del Papurí incluye ahora pequeñas aldeas multihabitacionales, malocas y una gran aldea misionera en Acaricuara. La región está dispersamente poblada; posee una densidad aproximada de 0,2 personas por Km2 (...).*” “*Uso del a Selva Tropical por los Indígenas Tukano del Vaupés*” -Francois Correa editor, Instituto Colombiano de Antropología, Fondo FEN Colombia, Fondo Editorial Cerec, 1993- páginas 48 y 49.

que estos grupos conciben el mundo en un sentido “*transformacional y en perspectiva*”, por cuanto la naturaleza es transformada por la relación permanente de los seres que la componen, cada uno de los cuales tiene una concepción diferente del mundo, en una actitud “*moralmente cargada*” que guía sus prácticas e informa el manejo de sus recursos.

Destaca que debido a que para estos pueblos todos los seres vivientes son “*gente*” vestida con distintas pieles, “*(...) porque comparten los poderes primordiales de la creación y de la vida*”, su visión del mundo “*(...) produce un sistema de utilización de recursos –un modo de interacción con la naturaleza- completamente diferente de aquel en que el hombre se define como una forma radicalmente distintas (sic) y superior a todos los otros seres vivientes*”¹⁷⁹.

A su vez el investigador del Instituto Colombiano de Antropología, Francois Correa, en referencia al pueblo indígena Taiwano, sostiene que este pueblo fundamenta sus relaciones con la naturaleza en el principio de reciprocidad, como expresión de la solidaridad que informa su pensar y actuar, el que a su turno le permite “*la articulación y complementariedad del control de dominios ambientales*”, porque su modelo de apropiación no es de dominio, sino de alianza con su hábitat, geofísico y social¹⁸⁰.

El profesor Roberto Pineda Camacho, por su parte, en referencia a la cosmovisión del pueblo Wuitoto, realiza un estudio de la cacería de danta, dada la importancia del procedimiento y la significación del mismo para los pueblos indígenas, y advierte que para el indígena “[l]a danta, como los hombres tiene un carácter, una personalidad que moldea considerablemente nuestra relación con ella, aun en el rol de cazadores”.

Resalta los rituales, creencias y prácticas sociales derivadas de tal actividad, entre los que se cuentan la necesidad de que los “*abuelos*” obtengan el permiso para la cacería de los dueños de los animales a contraprestación de “*coca y ambil*”, porque quien se adentra en el salado -lugar privilegiado para la caza, pero embrujado- sin observar los rituales se somete al poder de la danta y puede traspasar “*el umbral de la vida de los animales*”.

Añade que “*diversos pueblos indígenas del Amazonas*” no solo asocian la danta con el destino y la vida, sino que creen que muchos indígenas en la ancianidad se transforman en dicho animal, en cuanto adoptan sus modales y su comportamiento. Transformación que también puede ocurrir en niños, adolescentes y mujeres maduras, cuando no se cumplen a cabalidad con las normas sociales, o a causa de las acciones de sus padres, es imposible sustraerse a las represalias de los dantas, y a la que

¹⁷⁹ El profesor Kaj Arhém, director del Departamento de Antropología Social de la Universidad de Gotemburgo, Suecia, escribió en *La Selva Humanizada*, obra varias veces citada en esta providencia, un artículo destinado al estudio del carácter particular de la utilización de los recursos naturales por parte del pueblo Makuna, uno de los 15 o más grupos hablantes de la lengua Tukano que habitan la región nororiental de la amazonía colombiana, titulado “*Ecosofía Makuna*” páginas 109 a 126.

¹⁸⁰ “*La Reciprocidad como Modelo Cultural de la Reproducción del Medio y la Sociedad Taiwano*” Francois Correa, obra citada páginas 88 a 107.

atribuye el abandono al que son sometidos niños y adultos que llegan a ser poseídos por el espíritu danta.

Se refiere al poder del chamán en la cosmovisión indígena, manifestado en el dominio de los salados y en el poder de curación, circunstancias que lo hacen indemne al espíritu danta, y en virtud de las que, no obstante permanecer separado, le dan derecho a ser atendido por los demás integrantes de la maloca.

Para terminar su análisis sostiene que “*muchos de los modelos culturales de cacería en el mundo y en el Amazonas conciben este rol como un acto de amor*”, porque el cazador debe seducir a la presa, mediante una comprensión de su “*ethos (...) como animal o como gente*”¹⁸¹.

En el estudio relativo a la ocupación y utilización del espacio de la Amazonía Colombiana, que se encuentra en la obra “La Selva Humanizada” -ya referida- los investigadores Carlos A. Rodríguez y María Clara Van Der Hammen¹⁸², distinguen las formulaciones “*ambientalistas*” fundadas en las consideraciones técnicas de los científicos del ambiente, de los modelos culturales basados en la relación hombre-naturaleza de los indígenas, en cuanto los primeros conciben la selva como un “espacio vacío”, en tanto para los segundos “*(...) el espacio amazónico posee un fuerte contenido simbólico, y los recursos se utilizan bajo estrictas normas, conocidas y manejadas por los chamanes (...)*”.

Para el efecto estudian la ocupación y utilización de la selva amazónica, tomando como referente a los indígenas y colonos del Bajo Caquetá y explican que la subsistencia de los primeros depende del aprovechamiento temporal del territorio diferenciado en catorce espacios diferentes, que son utilizados y aprovechados con base en los patrones estacionales de la selva, de manera intensiva para la agricultura y extensiva para la caza, la pesca y la recolección de especies naturales, en tanto los colonos conciben el espacio físico “*enmarcado dentro del esquema occidental de la propiedad privada (...) en términos de continuidad física*” de suerte que puedan convertir la selva en un área conocida.

Indican que el indígena realiza la distribución espacial de los cultivos en la chagra¹⁸³ utilizando criterios simbólicos, de manera que cada cultivo ocupa el lugar que según la connotación indígena ocupa el rol que el cultivo representa en la organización

¹⁸¹ “*Convivir con los Danta*”, Roberto Pineda Camacho, Director del Departamento de Antropología de la Universidad de los Andes, en Francois Correa editor, Instituto Colombiano de Antropología, Fondo FEN Colombia, Fondo Editorial Cerec, 1993, páginas 151 a 159.

¹⁸² “*Ocupación y Utilización del Espacio por Indígenas y Colonos en el Bajo Caquetá*”, Carlos A. Rodríguez –Master en planificación del desarrollo regional del Cider, Universidad de los Andes y María Clara Van Der Hammen –antropóloga de la Universidad de Utrecht Holanda-, en “*La Selva Humanizada-Ecología alternativa en el trópico húmedo*” –Francois Correa editor, Instituto Colombiano de Antropología, Fondo FEN Colombia, Fondo Editorial Cerec, 1993.

¹⁸³ Como chagra se conocen las parcelas de cultivos, que tienen una extensión entre 0.4 y 0.7 hectárea. Su utilización se prepara en bosques primarios o sucesivos mediante los procedimientos de tala y quema, o de tala y pudre, lejos de las aldeas –entre 15 minutos y 2 días de camino-, también utilizadas como campamentos para la caza y la pesca.

social indígena. Así los principales productos que se cultivan en el área en estudio -Bajo Caquetá-, la coca y la yuca, se siembran en el centro y en la periferia respectivamente, simbolizando lo femenino y lo masculino.

No obstante el colono se asienta en los mejores suelos, generalmente a lo largo del río Caquetá, sin adentrarse en la selva, porque no la conoce, y con la idea de crear mejoras, para lograr la rápida legalización del lote por parte de las autoridades del ramo o, si esto no es posible, cuando menos obtener una retribución económica en razón del incremento que en el valor del lote representa su intervención.

Rodríguez y Van Der Hammen afirman que los indígenas son concientes de que el “*macro espacio chamanístico*” es sagrado y que requiere ser manejado cuidadosamente, en la medida que es compartido con otros grupos étnicos y con generaciones pasadas y futuras, de modo que a cada grupo le corresponde una tarea y un lugar que debe conservar y respetar.

Ejemplifican su dicho explicando los rituales que preceden al cultivo de ciertas variedades de yuca, que sólo pueden ser cultivadas bajo determinadas condiciones y con previa autorización de los chamanes; agregan que si el chaman no autoriza el cultivo él mismo debe encargarse de hacer entrega de las semillas al chamán del grupo a su juicio autorizado para adelantarlos. En tanto el cultivo de los colonos es puramente

La derriba o tala de árboles para la preparación de la chagra dura alrededor de dos meses, después de la tala sucede la quema o el pudre y, una vez convertida la vegetación en cenizas o descompuesta la materia orgánica, según el caso, viene la siembra.

El sistema de tala y pudre se utiliza en las regiones con mayor pluviosidad, pero tanto la quema como el pudre proveen al suelo de los nutrientes que carece y luego del largo periodo de barbecho, entre 2 y 40 años, en ambos casos le permiten al suelo restaurar su fertilidad.

Los cálculos de siembra, recolección y barbechos proveen al indígena de una permanente producción alimentaria. De ordinario se hace necesario una derriba anual, porque la fertilidad de las chagras declina después de los dos años, aunque el barbecho conformado por árboles frutales sigue siendo utilizado, en algunas ocasiones por largo tiempo, de manera que una familia nuclear puede disponer al mismo tiempo de varias huertas en plena producción.

Entre los indígenas de la selva amazónica el principal cultivo es la yuca y la coca. La yuca ocupa casi toda la superficie de la huerta y la coca protege el cultivo de la yuca del viento y de la lluvia. En la región se conocen más de cien variedades de yuca clasificadas en dulce y brava, según tenga que ser sometida a un proceso antes de ser ingerida o pueda ser consumida simplemente asada o cocida.

El cultivo de la yuca amarga se combina con otras variedades como el taro, la maranta, la batata, el ají, el banano, el plátano y frutales como el lulo, la uvilla, la piña, la guama y el chontaduro.

La distribución de los cultivos dentro de la huerta simula la conformación del bosque natural, porque se hace de manera que las enfermedades y la competencia entre nutrientes puedan ser controladas. Aspecto importante en la distribución de los cultivos en la chagra es que las plantas débiles sean protegidas por las lluvias y los vientos, por esto la yuca amarga se intercala con el cultivo tradicional de coca, debido a que este les da sombra a las plantas jóvenes de yuca, durante los primeros doce a nueve meses que lo requieren.

Los grupos étnicos que tienen la posibilidad de utilizar terrenos inundables o varzea, siembran en ellos productos de rápida recolección, porque el periodo de utilización no supera los seis meses, de manera que requieren combinar estos cultivos con otros de larga duración en las chagras creadas en tierra firme. Consultar Francois Correa, Darna Lee y Angela Correa, artículos citados.

extractivo, se dirige a los productos fácilmente cultivables y de mayor rentabilidad, esto es la madera, las pieles y el pescado y, hasta hace algunos años, el caucho.

Explican que muchos pueblos indígenas de la región amazónica se encuentran en relativo aislamiento, debido a que las condiciones geográficas de la región en que habitan impiden la navegación, de suerte que la comunicación sólo es posible por vía aérea.

No obstante aclaran que “*los blancos*” han logrado penetrar a la zona, a la que comenzaron a llegar a principios del siglo pasado, motivados por el auge del cultivo del caucho, e influir en algunas de las pautas de comportamiento del indígena, sin que esta interferencia haya modificado la cosmovisión del indígena, al punto que en los espacios de uso pueden ser claramente identificadas la concepción y utilización simbólica de los indígenas, de los criterios puramente técnico comerciales de los colonos¹⁸⁴.

En cuanto al tiempo de ocupación de la región por los grupos Tukano, los Profesores en cita sostienen que estudios recientes, realizados en el espacio amazónico en la zona del Bajo Caquetá –comprendida entre la desembocadura del río Mirití y la desembocadura del río Apaporis-, evidencian un poblamiento que data de por lo menos “*2.000 años, con un rango de ampliación que cubriría aún más de 4.000 años*”.

En suma, los estudios a los que la Sala ha hecho referencia le permiten concluir que las comunidades indígenas y tribales de la Amazonía colombiana, en general, ostentan las condiciones que reclama el artículo 1° del Convenio 169 de la OIT para su aplicación, en cuanto son depositarios de condiciones sociales, culturales y económicas que los distinguen de los otros sectores de la colectividad nacional, están regidos total o parcialmente por sus propias costumbres y tradiciones y ocupan sus territorios desde antes de la conquista y colonización de las actuales fronteras estatales.

b) La delimitación geográfica de la región amazónica debe ser objeto de consulta

El reconocimiento de la entidad territorial indígena es una de las previsiones que la Constitución Política destina para proteger la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.

Entidad esta que no se define en la Carta, pero que es dable considerar como una división político-administrativa, habitada por pueblos indígenas o tribales, que bajo el gobierno de sus autoridades asume las funciones y ejerce los derechos que le asignan la Constitución y la Ley -artículos 1°, 2°, 286, 287, 286 y 356 C.P.-¹⁸⁵.

¹⁸⁴ El informe de la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior refiere a los departamentos del Guaviare, Caquetá, y Putumayo como los de mayor presión colonizadora, agrega que, en consecuencia, algunos sectores indígenas de estos departamentos han sufrido cambios en sus economías, en el aprovechamiento y uso de los recursos naturales e inclusive en la organización social y cultural que les es propia. Informe citado folio 52, cuaderno 8.

¹⁸⁵ El artículo 123 de la Ley 685 respecto del “*Territorio y Comunidad Indígenas*”, dispone: “*Para los efectos previstos en el artículo anterior, se entienden por territorios indígenas las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena de conformidad con lo dispuesto en la Ley 21 de 1991 y demás leyes que la modifiquen, amplíen o constituyan*”.

Debe recordarse, además, que el ordenamiento constitucional asigna al legislador la delimitación del territorio, en el que se comprenden las entidades territoriales indígenas, tarea que hasta el momento no ha sido cumplida, de manera que tal delimitación deberá ser uno de los aspectos que las autoridades demandadas habrán de consultar, para efectos de adelantar la consulta definitiva que sobre el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos, se ordena mediante esta providencia.

En este orden de ideas, cabe considerar que la concepción territorial de los pueblos indígenas y tribales no concuerda con la visión de ordenamiento espacial que maneja el resto de la nación colombiana, *“porque para el indígena, la territorialidad no se limita únicamente a una ocupación y apropiación del bosque y sus recursos, pues la trama de las relaciones sociales trasciende el nivel empírico y lleva a que las técnicas y estrategias de manejo del medio ambiente no se puedan entender sin los aspectos simbólicos a los que están asociadas y que se articulan con otras dimensiones que la ciencia occidental no reconoce”*¹⁸⁶.

De ahí que el profesor e investigador de la Universidad Nacional, Juan Alvaro Echeverri, define el vocablo territorio, atendiendo a la cosmovisión indígena así:

*“Entonces tenemos que el territorio es un espacio y es un proceso que lleva a la configuración de una palabra de ley, entendida como palabra de consejo, educación. Ese espacio no es necesariamente un espacio geográfico marcado por afloramientos rocosos, quebradas, lomas, cananguchales, pozos, barrancos. Ese espacio geográfico es memoria, es efectivamente escritura de ese proceso de creación que está ocurriendo todo el tiempo: en la crianza de los hijos, en las relaciones sociales, en la resolución de problemas, en la curación de las enfermedades”*¹⁸⁷.

Se tiene también que los grupos étnicos de la región del amazonas desde la llegada de los españoles han estado sometidos a un *“proceso permanente de recomposición étnica, debido al exterminio inicial a que fueron sometidos, las epidemias, el tráfico de esclavos, la actividad cauchera, la guerra con el Perú, la actividad cocalera y la incursión de grupos armados en sus territorios”*, de gran impacto socio cultural que continúa y es evaluado por la Asociación de Capitanes Indígenas del Yaigoje y Bajo Apaporis (Acícuaya) de la siguiente manera:

“Toda nuestra forma de vida empezó a cambiar hace mucho tiempo, cuando llegaron los comerciantes y los caucheros blancos. En esta época fue donde nos quedamos muy atrasados en nuestros usos y costumbres tradicionales. Fue cuando nuestros abuelos se murieron, se llevaron parte de su sabiduría y no

¹⁸⁶ Carlos Eduardo Franky y Dany Mahecha, profesor de la Universidad Nacional de Colombia, Sede Leticia, y Antropóloga de la Fundación Gaia Amazonas respectivamente, *“La Territorialidad entre los pueblos de tradición nómada del noroeste amazónico colombiano”* en Territorialidad Indígena y ordenamiento de la Amazonía, Universidad Nacional de Colombia, Fundación GAIA Amazonas, Bogotá 2000.

¹⁸⁷ Juan Álvaro Echeverri, Reflexiones sobre el concepto de territorio y ordenamiento territorial indígena, en Territorialidad indígena, obra citada página 175.

alcanzaron a enseñarla. A la gente se la llevaron a trabajar y unos de los que sabían de su tradición no volvieron. Otros que regresaron llegaron con una idea diferente. A otros nos llevaron pequeñitos o muy muchachos sin haber conocido las bases fundamentales de nuestra vida, y perdimos parte de nuestro pensamiento y sabiduría. Luego de haber recibido las diferentes bonanzas que trajeron los hombres blancos nos comenzamos a olvidar de lo propio. En esa época se comienzan a nombrar los primeros capitanes indígenas de la región (1998:3)”¹⁸⁸.

Otros aspectos a tener en cuenta para la delimitación de la entidad territorial indígena son la concurrencia de intereses en los lugares sagrados -como lo advierte el profesor Clemente Forero de la Universidad Nacional¹⁸⁹- y el “*cambio frecuente de asentamiento*”, “[*característica básica*] del patrón de uso del medio de los cazadores y recolectores¹⁹⁰” del noroeste amazónico colombiano.

Ahora bien, la delimitación político-administrativa actual, es sólo uno de los referentes a valorar en la delimitación de la entidad territorial indígena para efectos de su derecho a ser consultados, porque como lo informa el profesor Orlando Fals Borda, dicha delimitación no concuerda con la real ubicación de los pueblos indígenas, aspecto que reconocido por el Constituyente al disponer en el artículo 290 constitucional la adecuación de los límites de las entidades territoriales¹⁹¹.

De manera que con miras a distinguir dentro del territorio de la amazonía colombiana cuáles son las poblaciones o comunidades con conciencia e identidad cultural propia y dónde se ubican, a fin de que sean consultadas sobre el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos, las entidades accionadas deberán consultar a las autoridades de dichos pueblos y a las organizaciones que los agrupan.

Y, una vez adelantada esta consulta preliminar, las autoridades encargadas del Programa, considerando las situaciones planteadas por los consultados y con las ayudas técnicas e históricas que sean del caso, podrán determinar donde principian y terminan los territorios indígenas de la amazonia colombiana, cuáles son los espacios indígenas propios y cuáles los compartidos, y en que lugares no se da, o nunca se ha dado presencia indígena.

Al respecto, vale destacar que los pueblos indígenas y tribales de la Región Amazónica Colombiana han avanzado más que los habitantes del resto del país en la elaboración de una propuesta para el proyecto de ley de ordenamiento territorial, y que para presentar sus propuestas -Simposio de la Territorialidad Indígena, Leticia 1° y 2 de

¹⁸⁸ Carlos Eduardo Frankly C. profesor de la Universidad Nacional, Sede Leticia, , Mirití-Paraná y Bajo Apaporis, Gente de Tabaco y Oler, en Territorial Indígena, obra citada, página 30.

¹⁸⁹ Descentralización y Ordenamiento Territorial, *ídem* página 140.

¹⁹⁰ La territorialidad entre los pueblos de tradición nómada del noroeste amazónico colombiano, Carlos Eduardo Frankly y otra, citados en 131, página 183.

¹⁹¹ “(...) *estos punticos y rayas que vemos en el mapa oficial de Colombia son ficciones no son reales. No respetan la realidad de nuestros pueblos y por eso todos los días los ignoramos en la práctica de la vida* (...). El ordenamiento territorial: perspectivas después de la Constitución de 1991, en Territorialidad Indígena, obra citada páginas 152 y 153.

diciembre de 1998 –se organizaron en tres grupos–*“de acuerdo con las características culturales geográficas homogéneas: la “Gente de tabaco de Oler” constituida por las propuestas del Bajo Caquetá, el río Mirití - Paraná y el Bajo Apaporis; la “Gente de ambil” agrupa la zona del predio Putumayo e incluye las propuestas del Encanto, Chorrera, Puerto Alegría, Puerto Arica y el Medio Caquetá; mientras que la “Gente de huito y achote” comprende a los ponentes del Trapecio Amazónico¹⁹²”, ejercicio que podría ser utilizado para adelantar la consulta a que se hace referencia –comillas en el texto–.*

Otro aspecto que debe traerse a colación, a fin de resaltar la viabilidad de adelantar la consulta a que se hace mención, es la operatividad actual de las Asociaciones de Cabildos y Autoridades Indígenas AATIS¹⁹³, entidades estas que dentro del marco del Convenio 169 de la OIT han suscrito acuerdos interadministrativos con entidades públicas, actualmente en ejecución.

Tal es el caso del Acuerdo suscrito el 22 de agosto del año 2002, entre el departamento del Amazonas y las Asociaciones AIPEA, ACIMA, CRIMA, ACIYA, COINZA, OZIPA, COZICH, OIMA, PANI, y CIMTAR, para consolidar procesos educativos en la región amazónica.

Además, representantes de los distintos territorios indígenas han presentado a la Gobernación del Amazonas y en el Consejo Nacional de Planeación los procesos adelantados en la delimitación territorial indígena, para lo cual han adaptado a sus condiciones y necesidades *“la metodología de cartografía social (Restrepo y Velasco, 1996)”* la que *“ha facilitado el análisis participativo y activo de los miembros de las comunidades, así como la sistematización y documentación de todo este proceso por parte de los dirigentes indígenas¹⁹⁴”*.

Para finalizar no debe olvidarse que los indígenas de los ríos Mirití y Apaporis fueron los gestores de la Mesa Permanente de Concertación –*“espacio institucional de carácter permanente para organizar la función administrativa y asegurar la presencia estatal en el departamento¹⁹⁵”*– en la que tienen asiento, además de las autoridades de los grupos indígenas de la región, la gobernación del departamento del Amazonas y los funcionarios del orden nacional y municipal de esta entidad territorial.

¹⁹² Carlos G. Zarate Botía, Director Universidad Nacional, sede Leticia, Territorialidad Indígena, obra citada, Introducción.

¹⁹³ El Decreto 1088 de 1993 –dictado en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 56 transitorio de la la Carta- regula la creación de las Asociaciones de Cabildo y Autoridades Indígenas –AATIS–, como autoridades de carácter público especial, con capacidad para la definición, ejecución y seguimiento de los planes, proyectos y programas que promueven el desarrollo integral de las comunidades asociadas.

¹⁹⁴ Fundación Gaia Amazonas, Ordenamiento Territorial Indígena: clave para el futuro del Amazonas, en Territorialidad Indígena, obra citada, página 236.

¹⁹⁵ Gobernación del Amazonas, Mesa Permanente de coordinación administrativa entre las Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas y el Departamento del Amazonas, memorias, Contrato Administrativo 002 del 22 de agosto de 2002.

6. Caso concreto. Las decisiones de instancia se revocarán parcialmente

Retomando el asunto cuya definición ocupa a la Corte, vale recordar:

Que la Organización accionante demanda el amparo transitorio de los derechos a la vida, a la salud, al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad cultural, a la participación, al debido proceso y al ambiente sano de los pueblos indígenas de la amazonía colombiana, en razón de que las autoridades accionadas adelantan en los territorios que los pueblos en mención ocupan el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos, sin consultarlos previamente y ocasionando un daño ambiental considerable.

Y que los Jueces de Instancia niegan la protección i) porque los derechos fundamentales en conflicto no fueron particularizados, ii) dada la acción popular que en la actualidad considera el daño en mención; y iii) en razón al interés público que comportan las políticas estatales de erradicación de cultivos ilícitos.

En consecuencia las decisiones de instancia se revocarán parcialmente, en el sentido de restablecer el derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales de la amazonia colombiana a la consulta previa, y confirmar la improcedencia del amparo para el restablecimiento de los derechos a la salud y seguridad colectivos en la región amazónica.

Con el propósito de que las autoridades a las que se refiere la presente decisión, como resultado de las consultas, consideren y ponderen la efectiva protección de los derechos fundamentales amparados, como también de los demás habitantes de los respectivos territorios, al igual que el interés general de la nación colombiana y las potestades inherentes al Estado para definir y aplicar de manera soberana y autónoma la política criminal, y dentro de ella los planes y programas de erradicación de los cultivos ilícitos.

Y que el daño ambiental se defina por la jurisdicción competente, con plena garantía de los derechos constitucionales de las partes, como corresponde.

6.1 El Programa de erradicación de cultivos ilícitos en la región amazónica deberá consultarse

La definición de Colombia como un Estado social de derecho democrático participativo y pluralista, y por ende el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, comportan considerar los temas de la participación y de la identidad indígena, como presupuestos de existencia del Estado, y como requisitos inescindibles para construir una nacionalidad única, pero real, es decir fundada en una diversidad viable¹⁹⁶.

No escapan a la Sala las dificultades que comporta el proceso, por cuanto se requiere dejar atrás una concepción de Estado que fundaba su soberanía en la identidad y en la igualdad de los nacionales, para avanzar en la realización de un Estado en el que se reconozcan las diferencias y se equilibren las desigualdades.

¹⁹⁶ Sentencias T-428 de 1992, T-380 de 1993, SU-039 de 1997.

Es cierto que desde mediados de los años cincuenta fueron expedidas varias disposiciones que protegieron el derecho a la propiedad de la tierra de las comunidades indígenas asentadas en el territorio nacional, tal el caso de la Ley 81 de 1958, que puso fin a la disolución de los resguardos indígenas y la Ley 135 de 1961, por cuya virtud pudieron erigirse en resguardos las tierras baldías, y no puede olvidarse la adhesión de Colombia al Convenio 107, aprobada por la Ley 31 de 1967.

No obstante estas disposiciones estuvieron orientadas a la protección de las comunidades indígenas, y a su integración a la cultura nacional mayoritaria, dentro del marco de la Constitución de 1986, en cuanto esta no reconocía la diversidad étnica y cultural que prohija y protege la Carta Política actual, ni definía la república como participativa y pluralista.

Habiendo logrado entonces los pueblos indígenas y tribales la vinculación del Estado al Convenio 169 de la OIT, y que el Constituyente de 1991 reconociera su derecho a la diversidad, no podían los Jueces de instancia escudar el mecanismo de la consulta, y menos arguyendo que razones de interés general impiden su utilización, ni dar a entender que los pueblos que reclaman su aplicación han perdido su derecho a exigirla por estar incurso en el delito de plantaciones ilegales, que el Estado se encuentra en la obligación de reprimir. Porque de ser esto así, también requieren ser consultados, con miras a considerar los mecanismos que les permitan conservar sus costumbres e instituciones –artículos 8 Convenio 169, 246 C. P.–.

Al respecto procede recordar que los pueblos indígenas y tribales, obtenido el reconocimiento de la comunidad internacional de sus derechos a no ser asimilados por las culturas dominantes, emprendieron la lucha para que este avance se incluya en los ordenamientos constitucionales, de suerte que no es dable suponer que la Carta Política de 1991 implicó un retroceso en el proceso, el que, además, como quedó explicado, avanza en la comunidad internacional hacia la autodeterminación plena.

De suerte que el mecanismo de la consulta previa, y el derecho de participación de los pueblos indígenas, como acción concreta y específica de participación, con los lineamientos en que la misma debe surtir según los términos del Convenio 169, su Guía de aplicación y las recomendaciones de la OIT, y conforme lo dictaminan los artículos de la Carta atinentes a la participación ordinaria de los pueblos indígenas, y a su participación específica, obligan al Estado:

- Porque el artículo 6º del Convenio 169, aprobado por la Ley 21 de 1991, dispone que los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a ser consultados, previamente, sobre las decisiones y medidas administrativas y legislativas que los afecten, sin restricciones.
- Dado que ninguna de las disposiciones del Convenio puede dar lugar a la asimilación de los pueblos indígenas y tribales a la cultura mayoritaria.
- Debido a que los derechos y deberes consagrados en el ordenamiento constitucional se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

- En razón de que el Convenio 169 de la OIT es un instrumento del derecho internacional de los derechos humanos, y el de mayor significación en el respeto de los derechos de las minorías étnicas.

Y a causa de que el derecho internacional de los derechos humanos encuentra en la participación de los pueblos indígenas y tribales un mecanismo tendiente a su no discriminación, insta a que se adelante la consulta y recomienda a los países adherirse para el efecto al Convenio en mención –Declaración y Programa de Acción de Durban, A/CONF.189/12, enero 2002–.

No pueden aducir entonces, los Jueces de instancia, justificando, en consecuencia, el incumplimiento estatal de la obligación contraída y de los dictados constitucionales atinentes al reconocimiento y protección de la diversidad étnica nacional, mediante la participación específica de las comunidades indígenas en las medidas administrativas y legislativas que los afectan, que la consulta solo procede para propiciar la participación de los representantes de las comunidades en la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, acudiendo a los términos precisos del artículo 330 de la Carta Política.

Porque, atendiendo a la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, ha de entenderse que al referirse el artículo 330 de la Carta a los territorios indígenas conjuga la cosmovisión espiritual del indígena que no deslinda el espacio el mundo y su vida de los sistemas técnico-geográficos, a los que acude el resto de la población nacional para obtener una delimitación –artículos 1° y 7° C.P.–.

Es más, de conformidad con lo previsto en el artículo 94 constitucional, la participación prevista en el artículo 330 de la Carta Política es un desarrollo de la consulta previa establecida en el Convenio 169 de la OIT, como quiera que este mecanismo, por ser inherente a la existencia misma de los pueblos indígenas y tribales, se entiende enunciado en todos los derechos y garantías que el ordenamiento constitucional les reconoció a estos pueblos, toda vez que solo escuchándolos, con la finalidad de llegar a un acuerdo, o de lograr su consentimiento de las medidas propuestas, se puede proteger el carácter pluricultural y multiétnico del Estado colombiano –artículos 6 del Convenio, 1° y 7° C.P.–.

De ahí que el artículo 13 del Convenio 169 estipule que al aplicar las disposiciones del acuerdo los Gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con sus tierras y territorios que ocupan o utilizan de alguna otra manera, atendiendo de manera particular los aspectos colectivos de dicha relación.

No implica lo anterior que la Corte esté desconociendo el derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser previamente consultados cuando se adelanten proyectos de explotación de los recursos naturales en sus territorios ancestrales, por el contrario, i) la Carta destaca esta modalidad de consulta, ii) la trascendencia de la misma ha sido reconocida por la jurisprudencia constitucional¹⁹⁷, y iii) la observancia estricta

¹⁹⁷ En la sentencia SU-039 de 1993 esta Corporación tuteló el derecho de la comunidad U'WA a ser consultada antes de que sea proferida una licencia ambiental en su territorio. En este caso la Corte señaló: “(..) la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en

de esta modalidad de participación preocupa a la comunidad internacional, en razón de que los efectos de la minería y de los grandes proyectos inconsultos que se adelantan en los territorios indígenas “(..) *amenazan con desplazar o ya han desplazado a cientos de miles de indígenas y tribus (..)*” de su hábitat¹⁹⁸.

Lo que acontece es que el derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados sobre las decisiones legislativas y administrativas que puedan afectarlos directamente, en cuanto propende por la integridad cultural, social y económica de las culturas indígenas, es una modalidad de participación de amplio espectro, como viene a serlo la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, en la que la especificidad del mecanismo para decisiones atinentes a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas está comprendida.

6.2. La seguridad interna, lo ilícito de las plantaciones y los compromisos internacionales del Estado no comportan la omisión de las consultas

Establecido entonces que los pueblos indígenas y tribales deben ser consultados, sobre el programa de erradicación de cultivos ilícitos que las entidades accionadas adelantan en sus territorios, “*con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas*”, corresponde determinar si la seguridad interna, el carácter ilícito de las plantaciones que se pretenden erradicar, y los compromisos internacionales del Estado en la lucha contra el narcotráfico pueden ser utilizados por las autoridades accionadas como criterios válidos de omisión o flexibilidad en la aplicación de la consulta. Porque los Jueces de Instancia también se apoyaron en estas razones para negar la protección.

a) Esta Corporación tiene definido que el derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados no es un asunto de interés particular, y que en el Estado social de derecho los derechos fundamentales no pueden ser desconocidos, con la afirmación vaga e imprecisa de que se preserva el interés general.

Como quedó expuesto -4.2.1.- en repetidas oportunidades esta Corporación se ha referido al conflicto existente entre el derecho a la integridad cultural de los pueblos indígenas que invocaron la protección constitucional y el interés mayoritario, representado en las decisiones que las entidades accionadas ejecutaban en sus territorios, sin adelantar la consulta previa, en los términos del Convenio 169 de la OIT.

Ahora bien, en todos los casos, esta Corte ha considerado que la protección de los valores culturales, económicos y sociales de los pueblos indígenas y tribales, que

relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento 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”. Asimismo en la sentencia T-652 de 1998 se protegió a la comunidad Emberá Katíos, porque la entidad ambiental expidió una licencia para la construcción de una hidroeléctrica en su territorio sin el requisito de la consulta previa –nota 92–.

¹⁹⁸ Una Agenda Internacional de Burger Julian responsable del programa a favor de los pueblos indígenas en el Centro de Naciones Unidas por los Derechos Humanos. En “Estado de los Pueblos”. Cultural Survival, 1993. Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2000.

aún subsisten en el territorio nacional, es un asunto de interés general en cuanto comporta el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, y la existencia misma del Estado social de derecho. Y ha puntualizado que la consulta previa es el mecanismo que permite ponderar los intereses de los pueblos indígenas y tribales en conflicto con intereses colectivos de mayor amplitud, a fin de poder establecer cuál de ellos posee una legitimación mayor¹⁹⁹.

También en reciente decisión esta Corporación se refirió a la necesidad de determinar los intereses en conflicto, a fin de establecer la posible limitación de los derechos fundamentales, en cuanto estos, como componentes del interés general, no pueden ser desconocidos con la afirmación vaga e imprecisa de que se protegen intereses de mayor amplitud. Dice así la decisión:

“13- El análisis precedente no significa que la Corte deba desestimar el interés general si este entra en conflicto con un derecho fundamental, o que esta Corporación esté ignorando que la propia Carta señala deberes a las personas (CP art. 95), pues la interpretación constitucional debe en lo posible armonizar los principios constitucionales en tensión. Es más: es posible que en una situación específica puedan existir poderosas razones de interés general que justifiquen la restricción de un derecho fundamental, siempre y cuando esta sea proporcionada y respete el contenido esencial del derecho afectado. La restricción puede ser mayor a las limitaciones ordinarias que derivan de las leyes de policía o de orden penal, siempre y cuando cada incremento en el grado de limitación del derecho sea estrictamente proporcionado para alcanzar un fin específico de carácter imperioso. Es pues claro que la simple invocación del interés general, o de la necesidad de asegurar la convivencia pacífica y el orden público, no representa un argumento que justifique, por sí solo, la limitación o restricción de un derecho constitucional, pues no tendría sentido que los derechos constitucionales sean sacrificados supuestamente para asegurar la realización de las condiciones que permiten gozar de ellos.

14- La anterior doctrina, lejos de ser una novedad conceptual de esta sentencia, lo único que hace es sistematizar la jurisprudencia de esta Corte sobre la relación entre convivencia pacífica, orden público y derechos constitucionales, que a su vez se basa en la idea misma de derechos humanos, tal y como ha sido desarrollada por el derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, conforme a los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, como la Convención Interamericana o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que hacen parte del bloque de constitucionalidad (CP art. 93), los Estados tienen el deber no solo de respetar, sino también de garantizar los derechos humanos a todos los habitantes de sus territorios²⁰⁰. Es obvio que en desarrollo del deber de garantía, el Estado tiene

¹⁹⁹ Sentencia T-428 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

²⁰⁰ Ver los artículos 1° de la Convención Interamericana y 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

la obligación de asegurar unas condiciones básicas de orden público y de convivencia pacífica, pues sin ellas, mal podrían las personas gozar verdaderamente de sus derechos. Es más, ese deber estatal es tan importante que los propios instrumentos internacionales autorizan que, en situaciones de especial gravedad, las autoridades puedan decretar un estado de excepción y limitar la vigencia de ciertos derechos humanos²⁰¹. Sin embargo, la obligación estatal de asegurar la paz y el orden no permite a las autoridades olvidar su deber de respetar y no vulnerar los derechos humanos, y por ello todas las políticas de seguridad están enmarcadas por el estricto respeto a los límites impuestos por los derechos humanos. Así lo señalan con claridad esos tratados que Colombia ha ratificado y que constituyen una pauta vinculante para interpretar los derechos constitucionales (CP art. 93). En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no solo establece que ninguna de sus cláusulas “podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él” (art. 5°), sino que además, al regular los estados de excepción, señala limitaciones estrictas a los Estados para conseguir el restablecimiento de la convivencia pacífica: no solo ciertos derechos no pueden ser suspendidos sino que además las medidas deben ser estrictamente proporcionadas a la gravedad de la situación (art. 4°). Con idénticos criterios, la Convención Interamericana establece que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de “permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella” (art. 29). Igualmente esa Convención también regula de manera rigurosa las facultades de los Estados en las situaciones de emergencia, pues no solo prohíbe la suspensión de ciertos derechos sino que, además, prevé que las medidas de excepción deben ser estrictamente proporcionadas a la gravedad de la crisis (art. 27)”²⁰².

b) Respecto del delito de conservación o financiación de plantaciones, que las accionadas pretenden erradicar –artículo 375 Código Penal²⁰³–, es dable puntualizar i) que las autoridades de los pueblos indígenas pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la república –art. 246 C. P.–; ii) que la legislación nacional se aplica en consideración a las costumbres o derecho consuetudinario de los pueblos indígenas,

²⁰¹ Ver los artículos 27 de la Convención Interamericana y 4° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²⁰² Sentencia C-251 de 2002, M(s).P(s). Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández, en igual sentido C-606/92, M.P. Ciro Angarita Barón

²⁰³ Consultar, entre otras, sentencias C-689, M.P. Álvaro Tafur Galvis, y C-420 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

teniendo presente que estos tienen derecho a conservar sus instituciones y métodos de represión de los delitos, siempre que no sean incompatibles con el sistema jurídico nacional, y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos –artículos 8° y 9° del Convenio 169–; y iii) que el Gobierno Nacional formuló reserva sobre los literales b), c), d) y e) del Parágrafo 1 del artículo 9° de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, entre otras razones, porque la Carta Política reconoce la jurisdicción territorial indígena.

Por ello la jurisprudencia constitucional ha considerado que para delimitar el alcance de la autonomía jurisdiccional indígena debe acudir a la conciencia étnica de los grupos involucrados en las decisiones, y al conjunto de elementos que distinguen al pueblo como perteneciente a una cultura, a fin de que el interprete pueda determinar en qué medida y con qué alcance debe reconocer el derecho a la integridad cultural, cuando se trata de reprimir y sancionar conductas delictivas. Al respecto ha dicho la Corte:

- Que dada la indeterminación del postulado de la diversidad étnica y cultural, y en razón del conflicto que genera cuando colisiona con principios constitucionales de igual jerarquía “*resulta útil acudir a la definición de lo que es una cultura o, en términos más actuales, una etnia, ya que es este el objeto al que se refiere la norma*”.
- Que dos son las condiciones subjetivas y objetivas a las que acude la doctrina especializada para identificar un grupo humano como etnia, de un lado “*la conciencia que tienen los miembros de su especificidad*”²⁰⁴, y de otro “*los elementos materiales que distinguen al grupo, comúnmente reunidos en el concepto de cultura; (...) conjunto de creaciones, instituciones y comportamientos colectivos de un grupo humano. (...) el sistema de valores que caracteriza a una colectividad humana*”²⁰⁵. En este conjunto se entienden agrupadas, entonces, características como la lengua, las instituciones políticas y jurídicas, las tradiciones y recuerdos históricos, las creencias religiosas, las costumbres (folklore) y la mentalidad o psicología colectiva que surge como consecuencia de los rasgos compartidos”²⁰⁶.

Y, que, por consiguiente, atendiendo la mayor o menor presencia de los anteriores elementos -como aproximación al concepto de etnia- deberá considerarse que “*sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural*”²⁰⁷, de manera

²⁰⁴ De Obieta Chalbaud, José A. *El Derecho Humano de la Autodeterminación de los Pueblos*. Editorial Tecnos, Madrid, 1989. P. 43.

²⁰⁵ Id., p. 38.

²⁰⁶ Id., p. 39.

²⁰⁷ El derecho a la supervivencia cultural encuentra su fundamento en el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos, reconocido en el artículo 9 de la Carta Política y en el artículo 1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Como derecho específico de los pueblos indígenas está consagrado en el Convenio 169 de la OIT, ratificado por la ley 21 de 1991. Así mismo, este derecho ha sido elaborado jurisprudencialmente en las sentencias de la Corte Constitucional T-428 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón); T-380 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); C-058 de 1994 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-342 de 1994 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), entre otras.

que “*puede concluirse como regla para el intérprete la de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía*”²⁰⁸ -destaca el texto-.

En este punto debe la Corte nuevamente referirse a la necesidad de que las entidades accionadas adelanten la consulta, para poder establecer en qué medida los pueblos indígenas y tribales de la Amazonía colombiana tienen derecho a mantener sus plantaciones, y con qué alcance sus autoridades o las autoridades nacionales, según el caso, pueden reprimir el delito de plantaciones ilícitas, dentro de un ámbito territorial determinado.

En efecto, sin la consulta previa no resulta posible i) maximizar el grado de autonomía que requieren los pueblos indígenas de la región para conservar su integridad étnica y cultural, ii) determinar para cuáles pueblos indígenas y tribales la coca es una planta sagrada, y deberá seguir siéndolo dadas las implicaciones que en su cultura tiene esta concepción, iii) en qué casos del cultivo de la coca depende la supervivencia del pueblo, dada la modalidad de sombrero que la plantación brinda a las otras plantaciones en algunas regiones y épocas, y iv) lo trascendente de la utilización de la planta de coca en sus prácticas curativas y rituales²⁰⁹.

Porque solo consultando a los pueblos involucrados, de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, podrán determinarse las implicaciones del Programa de erradicación de cultivos en las vidas, creencias, instituciones, bienestar espiritual y la utilización de las tierras que ocupan los pueblos indígenas –artículo 7° Convenio 169–, a fin de definir la naturaleza y alcance de las medidas que se adopten, con la flexibilidad que el artículo 34 del Convenio permite.

Vale, para el efecto, traer a colación el siguiente aparte que denota la importancia de la coca, el problema que para los pueblos indígenas comporta su comercialización y transformación, y las diferencias existentes entre estos mismos pueblos sobre su utilización.

“(...) Para nosotros, la maloca, no sé, que es lo que significa; no hay un significado de la maloca, y por no haber significado, entonces hoy en día cualquiera hace maloca, entonces partes hay maloca, uno ve maloca, pero no sabe qué es eso, porque ése es el vientre de nuestra madre, donde nosotros fuimos educados, fuimos creados, fuimos alimentados. Lo que decía el compañero Pacual, en ese centro, lo que se llama el mameadero, es una sola cabeza, porque el padre creador crea el centro ¿para qué? Para educar a los demás ¿Y qué es lo que nos da a nosotros? Eso es lo que se llama la coca, por eso para nosotros la coca es nuestra Biblia, la coca para nosotros es nuestras leyes, la coca para nosotros es nuestro reglamento, la coca para nosotros es nuestro sexto sentido y la coca para nosotros es nuestra madre y esto es espiritual.

²⁰⁸ Sentencia T-349 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁰⁹ En la sentencia T-377 de 1994 M.P. Jorge Arango Mejía se puede consultar la relación de las prácticas curativas de los pueblos indígenas con su ámbito cultural.

Recuerdo que una vez hace dos años, creo que el Padre Juan fue a hacer una misa, allá en la maloca del (Kilometro) –sic– siete y dice “Mire, la coca fue la primera palabra que vino del padre creador para ustedes los indígenas y por eso nosotros los tratamos con mucho respeto”. Luego viene el hermano menor y la diversifica, le mete química, ahí donde dice, ya no es la coca sino es la cocaína, su color lo dice, es blanco, es muerte y es destrucción, mientras la nuestra es verde, es vida, naturaleza, salud y fortaleza, eso es” -se destaca²¹⁰.

Y en igual sentido estas intervenciones:

“Vemos que nuestra coca ha sido también violada. Así como se violaron los recursos naturales, también violaron nuestra cultura. A través de tanto experimento que han hecho ¿ Y cuál es el resultado de esa violación? La muerte en Colombia y en el mundo. Primero, para nosotros la coca era vida y ahora es muerte para nosotros, es peligro para nosotros. Allí es donde lloran los ancianos, porque el espíritu del creador se ha ido del pensamiento de ese anciano, le han comprado su pensamiento y le han comprado el espíritu, si no es que se ha ido ese espíritu. Muchos son los perjuicios que se han venido haciendo cuando no conocemos los que es bueno, porque son millonadas de plata lo que se gana vendiendo coca, destruyendo la selva y más violencia. Entonces compañeros, paremos aquí y miremos de donde venimos, dónde estamos y para dónde vamos, porque nosotros no queremos ser víctimas de ese problema que vive el país, porque eso no ha nacido en nosotros. Ha nacido de ese pensamiento occidental. Antes la sangre contra nosotros fue el caucho y después fueron las pieles. O sea que el mundo occidental pone precio a los recursos que hay en la selva y eso destruye²¹¹.

“ (...) Los indígenas tenemos una malla cultural vinculado (sic) por unas costumbres y por una tradición. La planta sagrada que nos rige y que nos constituye, que reglamenta nuestras actitudes, nuestros deberes, como lo decía Jitoma y como lo decían otros compañeros, son la coca, la yuca, el tabaco; una es planta medicinal y la otra es alimento. En fin (la cultura del manejo de estas plantas) tiene un radio de acción en toda la selva y la ceja de selva, tocando la parte de la sierra nevada de Santa Marta (sic).

Lo que decía el doctor Fals Borda pues coincide con el pensamiento nuestro de acuerdo con ese manejo de las plantas sagradas. Pero los sectores como provincias son de acuerdo con las nazonas (clanes). Estas tierras (ancestrales de los Uitoto) están manejadas con bebidas dulces, estas tierras (del Trapecio Amazónico) están manejadas y controladas por bebidas fuertes. Entonces, ¿hay diferencias, no? Por eso es que acá nos gusta tanto el tatusiño (aguardiente),

²¹⁰ Octavio García “Jitoma” representante de Azcaíta, Asociación Zonal de Cabildos Indígenas de Tierra Alta - Ticuna Uitoto, Acitu, “Experiencia de ordenamiento territorial del Trapecio Amazónico Comunidades de tierra firme. En Territorialidad indígena obra citada, página 130.

²¹¹ Reinaldo Giagreko, Coidam, Región del Caquetá –Putumayo Gente de Ambil” *ídem* página 96.

*porque estas tierras están bautizadas con eso, pero por acá en la tierra (ancestral nuestra, el sector del Caquetá-Putumayo) se toman bebidas dulces*²¹².

c) El apoderado de la Dirección Nacional de Estupefacientes, y de la Policía Nacional aduce, en su intervención, que el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos se respalda en normatividad interna, y además, en el artículo 3° de la Convención de Viena, aprobada mediante la Ley 67 de 1993, en el Plan de Acción Mundial del Programa de Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de las Drogas, aprobado en junio de 1998 en sesión extraordinaria, y en la Estrategia Hemisférica de Lucha Contra las Drogas de la Comisión Interamericana Contra el Abuso de Drogas –CICAD–.

Ahora bien, como quedó explicado –4.1 y 4.2–, la Convención en comento prevé que cada una de las Partes adoptará medidas adecuadas para la evitar el cultivo ilícito de las plantas que contienen estupefacientes o sustancias sicotrópicas, al igual que aquellas que resulten necesarias para tipificar como delito el cultivo de plantas productoras de los mismos –artículos 14 y 3°–, amén de que los Estados Partes sancionen penalmente los cultivos con intención de producir estupefacientes, sin quebrantar los derechos humanos fundamentales, y teniendo en cuenta los usos tradicionales lícitos, y la protección del medio ambiente.

Además el instrumento no excluye la consulta prevista en el Convenio 169 de la OIT, antes por el contrario, permite acudir a las recomendaciones de las Naciones Unidas, y de los organismos especializados.

Es más, dentro de esta línea se pronunció esta Corporación, al revisar la Convención en comento y su Ley aprobatoria, puesto que consideró necesario distinguir para efectos del instrumento entre “*la coca y la cocaína*”, como quiera que “*la persecución del narcotráfico no puede traducirse en un desconocimiento de la identidad cultural de las comunidades indígenas, protegida por la Constitución*”²¹³.

Dentro de este contexto, la tipificación del delito de erradicación de cultivos ilícitos, aunque es un mecanismo de política criminal del Estado enmarcado dentro de los compromisos adquiridos con la comunidad internacional, para enfrentar los problemas derivados del narcotráfico, compatible con la Carta Política en los términos de la sentencia C-176 de 1994, no comporta el desconocimiento de la consulta previa a los pueblos indígenas afectados con la medida, porque es la comunidad internacional la que propugna porque el mecanismo de la consulta previa se aplique sin restricciones, para combatir la discriminación a que estos pueblos están expuestos, y es la misma comunidad la que propende porque la erradicación de cultivos no conlleve el desconocimiento de los derechos humanos, y de los usos tradicionales de las plantaciones.

En concordancia con lo expuesto, también para cumplir con los compromisos adquiridos con la comunidad internacional, en materia de erradicación de cultivos

²¹² Juan Flórez, delegado de Azcaita, Región del Caqueta, Putumayo, “Gente de Huito y achiote”, en Territorialidad indígena, páginas 131 y 132.

²¹³ Sentencia C-176 de 1994.

ilícitos, los pueblos indígenas y tribales de la región amazónica tienen que ser consultados, dado el trasfondo multicultural que tal erradicación comporta, asunto que la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988 no desconoce.

No de otra manera se pueden llegar a ponderar los objetivos del Programa, que las entidades accionadas adelantan, con la integridad cultural de los pueblos indígenas y tribales de la región amazónica, empeñados en hacer valer su autonomía y su derecho al reconocimiento, como lo indica la promoción de la acción que se revisa, por la mayor Organización indígena de la región, y lo explica el aparte de la sentencia que a continuación se transcribe:

“Esta regla supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la nación, sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a) Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.gr. la seguridad interna).*
- b) Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.”*

Ahora bien, para determinar la gravedad de la lesión, el intérprete tendrá que remitirse, de todas maneras, a las características específicas de la comunidad, consultando el efecto de la medida en consideración al pueblo de quien se trata²¹⁴”.

En consecuencia las decisiones de instancia deberán revocarse, parcialmente, para conceder el amparo constitucional de los pueblos indígenas y tribales de la Amazonía colombiana a su integridad cultural, mediante el mecanismo de la consulta previa sobre las medidas atinentes al Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos, que los afectan directamente.

Protección esta que deberá abarcar todas las etapas de la consulta, incluyendo lo atinente al procedimiento a seguir, porque tal como quedó definido en la sentencia C-410 de 2002, ya reseñada, y tal como lo consideró la Comisión de Expertos que el Consejo de Administración de la OIT designó para adelantar el estudio de las reclamaciones presentadas contra el Gobierno Nacional por la aplicación del Convenio 169 “*si bien el artículo 6° no requiere que se logre el consenso en el proceso de consulta previa, sí prevé que los pueblos interesados tengan la oportunidad de participar libremente en todos los niveles de la formulación, aplicación y evaluación de medidas y programas que les afecten directamente*” –GB.282/14/4.61–.

7. Alcance de la protección. Objetivo, modalidades, acompañamiento y vigilancia

Las entidades accionadas, en los asuntos que a cada una compete, deberán consultar de manera efectiva y eficiente a los pueblos indígenas y tribales de la Amazonía

²¹⁴ Sentencia T-349 de 1996, en igual sentido T-523 de 1997 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

colombiana sobre las decisiones atinentes al Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos que adelantan en sus territorios “*con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas*” –Convenio 169 Ley 21 de 1991–.

Procedimiento este que deberá iniciarse y culminar en los tres meses siguientes a la notificación de esta decisión.

Previamente, dentro de los primeros treinta días, las autoridades de los pueblos indígenas y las organizaciones que los agrupan deberán ser consultadas, preferentemente i) sobre el procedimiento y los términos en que se adelantarán las consultas, ii) respecto del ámbito territorial de las mismas, y iii) sobre la determinación de los medios adecuados para adelantar en el ámbito territorial previamente delimitado la erradicación de los cultivos ilícitos, ya sea mediante la aspersión aérea o por otro método alternativo, siempre que el método elegido garantice real y efectivamente los derechos fundamentales que mediante esta providencia se amparan, y de los demás habitantes de los respectivos territorios.

Lo anterior porque la consulta a la que tienen derecho los pueblos indígenas y tribales de la Amazonía colombiana abarca la adopción de todas las medidas que pudieren llegar a afectar a dichos pueblos, tal como lo dispone el artículo 6° del Convenio 169, la Guía de la Organización Internacional del Trabajo que informa su aplicación, y la recomendación emitida por el Consejo de Administración del organismo al Gobierno colombiano, al resolver las reclamaciones contra el Estado colombiano, por incumplimiento del Convenio en mención, a que se hace referencia en esta providencia.

7.1. Las consultas deberán permitir ponderar los intereses generales en conflicto

Las plantaciones de coca se encuentran ligadas a las creencias, costumbres, métodos de cultivo, instituciones y bienestar espiritual de las comunidades indígenas, elementos que el Convenio 169 de la OIT destaca y protege especialmente –artículo 7°– y que la Convención de Viena de 1988 no desconoce, pero “*las medidas para erradicar el cultivo ilícito de plantas de las que se extraen estupefacientes y para eliminar la demanda ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*” es un asunto previsto en la Convención en mención, como potestad inherente al Estado colombiano para definir y aplicar de manera soberana y autónoma la política criminal.

En ese sentido las autoridades a las que se refiere la presente decisión deberán, en la adopción de las medidas pertinentes, como resultado de las consultas a los pueblos indígenas y tribales de la amazonía colombiana, considerar y ponderar i) la efectiva protección de los derechos fundamentales amparados, ii) la garantía de los derechos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas y de los demás habitantes de los respectivos territorios –tales como el derecho a la vida e integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad y a la salud–, iii) el interés general de la Nación colombiana, y iv) las potestades inherentes al Estado colombiano para definir y aplicar de manera soberana y autónoma la política criminal y dentro de ella los planes y programas de erradicación de los cultivos ilícitos.

Ahora bien, tal como quedó explicado, las consultas se adelantarán en dos fases, la primera comprenderá a las autoridades y organizaciones indígenas y permitirá determinar el método que se aplicará para adelantar la consulta definitiva, el ámbito territorial de la misma, y los medios adecuados para la erradicación de los cultivos en los territorios delimitados.

Y, la segunda fase, o definitiva, permitirá adelantar la consulta efectiva y eficiente a los pueblos indígenas y tribales, sobre todas las decisiones atinentes al Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos que las entidades mencionadas adelantan en sus territorios, en los aspectos que a cada una de dichas entidades compete, “*con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas*”, con plena observancia de los principios y reglas contenidos en el Convenio 169 aprobado por la Ley 21 de 1991.

Si adelantadas las consultas de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias no se logra el consentimiento de los pueblos consultados acerca de las medidas propuestas, las entidades accionadas deberán evaluar, en lo que a cada una de ellas concierne, la gravedad de las lesiones individuales y colectivas que se causen con las medidas, a fin de implementarle al Programa los correctivos que sean necesarios para salvaguardar a las personas, sus bienes, instituciones, trabajo, cultura y territorio.

Sin que les sea posible a las autoridades involucradas en el Programa decidir las prioridades de los pueblos aludidos en sus procesos de desarrollo, porque en este aspecto los pueblos aludidos no solo tienen derecho a participar en su formulación, aplicación y evaluación, sino a tomar decisiones válidamente –artículo 7° Convenio 169–.

De modo que las autoridades accionadas encargada de planificar, ordenar, ejecutar, supervisar y evaluar el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos deberán consultar las medidas que afecten a los pueblos indígenas en las fases antes anotadas, porque la consulta previa, además de ser el mecanismo imprescindible para proteger el derecho de estos pueblos a mantener su diversidad, en los términos del Convenio 169 de la OIT, se erige como un instrumento indispensable para asegurar el derecho de sus pobladores a gozar, en pie de igualdad, de las oportunidades que el programa está en la posibilidad de otorgar – 1°, 2°, 6°, 9° y 13 Convenio 169 OIT–.

Promoviendo, de la manera anotada, la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas y respetando su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones e instituciones, con miras a contribuir a la eliminación de las diferencias socioeconómicas que los afectan de manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida, como lo tiene previsto el ordenamiento constitucional –artículos 1°, 2°, 7°, 13 y 93 C.P.–.

7.2. Las consultas deberán adelantarse de buena fe, atendiendo las circunstancias, con miras a un concertación

El artículo 6° del Convenio 169 dispone que la consulta a que los pueblos indígenas y tribales de los países miembros tienen derecho debe formularse “*de buena fe y de*

una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las comunidades indígenas, acerca de las medidas propuestas”. Y a su vez el instrumento responsabiliza a los gobiernos de los Estados Partes de adelantar una acción “coordinada y sistemática” para su desarrollo “con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad” –artículos 6° y 13 Convenio 169 OIT–.

Pautas generales que han sido desarrolladas en el ordenamiento, en virtud de lo dispuesto en la Ley 21 de 1991 y en razón de la reglamentación prevista para el efecto en el Decreto 1397 de 1996 que creó la Mesa de Concertación, sin que esta instancia sea óbice para que el Gobierno Nacional acuda a otro mecanismo para acordar con los pueblos indígenas y tribales el procedimiento que se seguirá para adelantar las consultas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente.

Siguiendo los lineamientos del Convenio 169 de la OIT, entonces, las consultas que se ordenan no podrán tomarse como un mero formalismo, puesto que su ejecución de buena fe comporta que los pueblos indígenas y tribales de la región Amazónica colombiana sean informados del contenido del Programa que se adelantará en sus territorios, con el fin de procurar su consentimiento sobre el impacto de las medidas en su hábitat, y en sus estructuras cognitivas y espirituales.

Y que también conozcan las medidas actualmente en ejecución, con todas sus implicaciones, con miras a que estos pueblos consientan en la delimitación y continuación del Programa, y estén en capacidad de discutir diferentes propuestas atinentes al mismo y también a formular alternativas.

Cabe precisar que el derecho a la consulta previa, previsto en el Convenio 169, no conlleva el derecho de los pueblos indígenas y tribales a vetar las medidas legislativas y administrativas que los afectan, sino que se presenta como una oportunidad para que los Estados partes consideren y valoren las posiciones que sobre sus decisiones tienen los integrantes y representantes de las minorías étnicas nacionales, forzándose a propiciar un acercamiento y, de ser posible, un acuerdo.

Las consultas que se ordenan, entonces, no pueden ser utilizadas para imponer una decisión, como tampoco para eludir el cumplimiento de una obligación, sino que deberán ser tenidas como una ocasión propicia y no desperdiable para que las entidades gubernamentales encargadas de autorizar, ejecutar y vigilar la política estatal de erradicación de cultivos ilícitos consideren el derecho de los pueblos indígenas y tribales a exponer los condicionamientos que dicha política debe incluir, con miras a respetar su derecho a la integridad cultural, y la autonomía de sus autoridades en sus territorios.

Oportunidad que debe ser utilizada para que dichos pueblos y autoridades conozcan la posición de las mayorías nacionales, en torno de las medidas consultadas, y participen activamente en ellas, usando canales apropiados y, en consecuencia, propiciando un acercamiento.

De modo que a las entidades accionadas les corresponde explorar y ponderar, siguiendo para el efecto el procedimiento previamente acordado con las autoridades

de los pueblos afectados, i) la posición y las propuestas que estos ostentan y formulen, ii) la garantía de los derechos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas y de los demás habitantes de los respectivos territorios –tales como el derecho a la vida e integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad y a la salud–, iii) la protección del interés general de la Nación colombiana a la diversidad étnica y cultural; y iv) el interés general y las potestades inherentes al Estado colombiano para definir y aplicar de manera soberana y autónoma la política criminal y, dentro de ella, planes y programas de erradicación de los cultivos ilícitos.

7.3. Intervención del Ministerio Público. Acompañamiento y vigilancia

- a) Compete a la Defensoría del Pueblo asesorar y acompañar a los pueblos indígenas y tribales de la Amazonía colombiana, a sus representantes y autoridades en la consulta que les deberá ser formulada; asesoría y acompañamiento que se prestará a partir de la notificación de esta providencia, si los pueblos indígenas o sus representantes así lo solicitan.

Lo anterior porque el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT indica que la consulta que debe ser formulada a los pueblos indígenas debe propender a lograr un acuerdo, propósito que exige que los pueblos consultados conozcan todos los aspectos de la propuesta y sus implicaciones, y que a su vez puedan recibirla, analizarla, difundirla, discutirla y responderla utilizando canales apropiados de persuasión, con miras a que sus intereses, prevenciones y recomendaciones sean considerados y valorados por sus interlocutores.

De manera que corresponde al Defensor del Pueblo en ejercicio de su función constitucional de velar por la promoción, ejercicio y divulgación de los derechos humanos, acompañar y orientar a los pueblos indígenas de la Amazonía colombiana en la formulación de las consultas que les deberán ser formuladas en acatamiento de lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio en mención.

Además, si las autoridades y los representantes de las organizaciones indígenas y pueblos indígenas así lo consideran, el Defensor del Pueblo o sus delegados, podrán participar en las deliberaciones y estudios que se adelanten por razón de la propuesta.

- b) La Procuraduría General de la Nación, por su parte, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, deberá ejercer la vigilancia administrativa que le compete, respecto del cumplimiento de esta decisión, por parte cada una de las entidades accionadas.

8. Improcedencia de la protección transitoria invocada

La Corte no concederá la protección transitoria de los intereses colectivos de los habitantes de la región amazónica, incluidos los pueblos indígenas y tribales de la región a la vida, a la salud y a un ambiente sano, porque para el efecto el artículo 88 constitucional prevé el mecanismo de las Acciones Populares, el que, además, permite al juzgador adoptar medidas cautelares, para evitar la realización de daños ambientales inminentes e irreparables.

Además, en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se adelanta un proceso que pretende alcanzar tal protección, asunto en el que la suspensión del Programa que la Organización accionante reclama fue negada, y en el que fueron ordenadas medidas cautelares actualmente en ejecución, mediante decisiones que no corresponde a esta Corte evaluar.

III. DECISIÓN

En concordancia con lo expuesto, la Sala Plena de la Corporación, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución.

RESUELVE:

Primero. REVOCAR PARCIALMENTE los fallos proferidos por el Juzgado Quince Civil del Circuito de Bogotá y por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá el 3 de agosto y el 12 de septiembre del 2001, respectivamente; en su lugar, **TUTELAR** los derechos fundamentales a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la participación y al libre desarrollo de la personalidad de los pueblos indígenas y tribales de la amazonía colombiana.

Y confirmar las decisiones en el sentido de negar la protección de los intereses colectivos a la vida, a la salud y a un ambiente sano, impetrada por la Organización de los Pueblos Indígenas y Tribales de la amazonía colombiana contra la Presidencia de la República, los Ministerios del Interior y de Ambiente, el Consejo Nacional de Estupefacientes, la Dirección Nacional de Estupefacientes y la Policía Nacional.

Segundo.- En consecuencia, **ORDENAR** a la Presidencia de la República, a los Ministerios del Interior y la Justicia, y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, al Consejo Nacional de Estupefacientes y a cada uno de sus integrantes, a la Dirección Nacional de Estupefacientes y a la Policía Nacional, consultar de manera efectiva y eficiente a los pueblos indígenas y tribales de la amazonía colombiana sobre las decisiones atinentes al Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos que las entidades mencionadas adelantan en sus territorios, en los aspectos que a cada una de dichas entidades compete, “*con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas*”, con plena observancia de los principios y reglas contenidos en el Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991.

Tercero.- El procedimiento de consulta deberá iniciarse y culminar en el plazo de tres (3) meses, contados a partir de la notificación de esta decisión. Las entidades antes nombradas deberán someter a consideración de las autoridades de los pueblos indígenas y de las organizaciones que los representan, dentro de los treinta días siguientes a la notificación de esta providencia, entre otros temas, i) el procedimiento y los términos en que se adelantarán las consultas, ii) el ámbito territorial de las mismas, y iii) la determinación de los medios adecuados para adelantar en el ámbito territorial respectivo la erradicación de los cultivos ilícitos ya sea mediante la aspersión aérea o por otro método alternativo, siempre y cuando que uno y otros garanticen en forma efectiva y eficiente los derechos fundamentales que mediante esta providencia se amparan.

Cuarto.- Las autoridades a las que se refiere la presente decisión deberán, en la adopción de las medidas pertinentes, como resultado de las consultas a los pueblos indígenas y tribales de la amazonía colombiana, considerar y ponderar la efectiva protección de los derechos fundamentales amparados, así como la garantía de los derechos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas y de los demás habitantes de los respectivos territorios –tales como el derecho a la vida e integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad y a la salud–, el interés general de la nación colombiana y las potestades inherentes al Estado colombiano para definir y aplicar de manera soberana y autónoma la política criminal y dentro de ella planes y programas de erradicación de los cultivos ilícitos.

Quinto.- Vincular a la Defensoría del Pueblo, para que en ejercicio de las funciones que le asigna el artículo 282 de la Constitución Política asesore y acompañe a los pueblos indígenas y tribales de la amazonía colombiana, a sus representantes y autoridades en las consultas que les deberán ser formuladas; asesoría y acompañamiento que se prestará a partir de la notificación de esta providencia, si los pueblos indígenas o sus representantes así lo solicitan. Oficiese.

Sexto. Vincular a la Procuraduría General de Nación para que en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ejerza la vigilancia que le compete, respecto del cumplimiento de esta decisión por parte de las entidades accionadas. Oficiese.

Séptimo.- Ordenar que por Secretaría se dé cumplimiento al artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Octavo. Levantar los términos que se encuentran suspendidos.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO A LA SENTENCIA SU-383/03

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte Constitucional, los suscritos magistrados nos vemos precisados a salvar parcialmente nuestro voto en relación con lo resuelto en la Sentencia SU-383 de 13 de mayo de 2003, por las razones que a continuación se expresan:

1ª. La Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana, OPIAC, interpuso acción de tutela contra la Presidencia de la República, el Ministerio del Interior y de Justicia, el Ministerio de Medio Ambiente, el Ministerio de Vivienda y Desarrollo Territorial, el Consejo Nacional de Estupefacientes y cada uno de sus integrantes, la Dirección Nacional de Estupefacientes y el Director de la Policía Nacional, para que le fueran protegidos de manera transitoria a la población indígena residente en esa porción del territorio nacional los derechos a la vida, a la existencia comunitaria, al medio ambiente sano, al libre desarrollo de la personalidad, al debido proceso y a la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que los afectan, tutela que impetran con motivo de la fumigación de cultivos ilegales en los territorios que ellos habitan.

- 2ª. Mediante la Sentencia SU-383 de 13 de mayo de 2003 se decidió por la Corte revocar parcialmente los fallos proferidos por el Juzgado 15 Civil del Circuito de Bogotá y por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá fechados el 3 de agosto y el 12 de septiembre de 2001 y, en su lugar, se decidió tutelar los derechos fundamentales a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la participación y al libre desarrollo de la personalidad de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales de la amazonía colombiana.

Así mismo, se ordenó a las autoridades con respecto a quienes se interpuso la acción de tutela mencionada que consulten *“de manera efectiva y eficiente a los pueblos indígenas y tribales de la amazonía colombiana sobre las decisiones atinentes al Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos que las entidades mencionadas adelantan en sus territorios, en los aspectos que a cada entidad compete, ‘con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas’, con plena observancia de los principios y reglas contenidos en el Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991”*.

Se agregó además que las consultas a que se ha hecho referencia se realizarán para que las autoridades mencionadas tengan en consideración y ponderen el resultado de las mismas, con el propósito de que se haga efectiva la protección de los derechos fundamentales amparados, teniendo en cuenta, además, el interés general de la nación colombiana y las potestades inherentes al Estado para definir y aplicar de manera soberana y autónoma la política criminal y, como parte de ella, los planes y programas de erradicación de los cultivos ilícitos.

- 3ª. En las decisiones anteriormente mencionadas, al igual que en lo que respecta a la vinculación de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación para que estos órganos del Estado, dentro del ámbito propio de sus funciones actúen para hacer efectivo lo resuelto por la Corte Constitucional, los suscritos magistrados compartimos la sentencia y, por tal razón, en esos puntos votamos favorablemente.
- 4ª. No obstante, disentimos del fallo a que se refiere este salvamento de voto, por cuanto a nuestro juicio es equivocada la decisión contenida en el segundo inciso del numeral 1º de la parte resolutive en el cual se dispuso *“negar la protección de los intereses colectivos a la vida, a la salud y a un ambiente sano, impetrada a favor de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales de la amazonía colombiana”*; e igualmente discrepamos de la sentencia aludida en cuanto que en ella la consulta que se ordena a las autoridades en relación con la aspersión aérea con glifosato como medio para combatir los cultivos ilícitos ha de realizarse en el plazo que en el numeral 3º de la sentencia referida se señala, pero manteniendo entre tanto ese método de erradicación de los cultivos ilícitos.

A nuestro juicio, la Corte Constitucional ha debido dar aplicación integral y sin aplazamiento alguno a los artículos 79 y 80 de la Constitución Política, que imponen al Estado, como uno de sus deberes la protección del medio ambiente y de los recursos naturales, pues es ese un derecho fundamental no solo de las generaciones presentes, sino de las generaciones futuras, derecho este que,

además, ha de garantizarse dándole plena aplicación al artículo 226 de la Constitución, que ordena al Estado promover la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, normas estas que guardan estrecha relación con el artículo 95, numeral 8°, de la Carta Política, que incluye entre los deberes de todas las personas en Colombia, y con mayor razón de las autoridades públicas, el de *“proteger los recursos culturales y naturales del País y velar por la conservación de un ambiente sano”*.

En tal virtud, es claro para los suscritos magistrados que las autoridades colombianas se encuentran en el deber jurídico de hacer efectivo el “principio de precaución”, establecido en la legislación colombiana, acorde con las normas constitucionales aludidas desde la Ley 99 de 1993 en cuyo artículo 1°, numeral 6°, se dispuso que *“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”*.

En la misma dirección, la norma mencionada dispone que *“las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución”*, norma que guarda relación con la Ley 29 de 1993, que en su artículo 5°, numeral 25, le asigna al Ministerio del Medio Ambiente, entre otras funciones, la de ejercerlas *“sin perjuicio del principio de precaución”*.

Por otra parte, la *“Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992, sobre medio ambiente y desarrollo, suscrita por Colombia”*, incluyó, entre otros, el principio de precaución, que allí aparece bajo el numeral 15, y que para mayor claridad se transcribe a continuación:

“Principio 15. Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”. (Se subraya).

Sorprende entonces que ante la claridad de las disposiciones constitucionales mencionadas, y haciendo caso omiso de la legislación vigente y de convenios internacionales suscritos por Colombia, en esta acción de tutela no se haya impartido la orden de suspensión inmediata de la fumigación aérea de los denominados cultivos ilícitos en la Amazonía Colombiana, pese a la existencia de abundantes pruebas que en la propia sentencia se mencionan y analizan según las cuales no se encuentra demostrado que el glifosato no causa daño a los seres humanos, ni a la vida animal, ni a la vida vegetal, ni a los recursos hídricos, sino que por el contrario lo que aparece es que existen daños a la salud de la niñez y de la población adulta con manifestaciones tales como enfermedades de la piel, afectación de las vías respiratorias, alteración de la función digestiva, pérdidas de cosechas de cultivos de pan coger, muerte de animales domésticos, alteración de las aguas para el consumo humano y de los animales.

Siendo ello así, solo una decisión era posible: la orden de suspender la aspersión aérea con glifosato, mientras no se adujera una prueba que demostrara de manera absoluta que esa sustancia no tenga las consecuencias anotadas sobre la salud de los

seres humanos, sobre la vida vegetal y animal, sobre los recursos hídricos y, en general, sobre el medio ambiente, cuya sanidad es un imperativo constitucional garantizar por parte de las autoridades colombianas, que en este punto no tienen alternativa distinta a la de cumplir con la Constitución y con los convenios internacionales para la protección del medio ambiente en condiciones que no menoscaben la soberanía colombiana y hagan efectivo el principio de la cooperación con otros estados o personas de derecho internacional “*sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional*”, como imperativamente lo ordena el artículo 226 de la Carta Política.

No lo decidió así la Corte Constitucional en la Sentencia SU-383 de 13 de mayo de 2003. Por eso, en ese punto salvamos nuestro voto.

Fecha ut supra.

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA SU-383/03

Con todo el respeto que me merece la mayoría de la Corporación, me permito consignar las razones de mi salvamento de voto:

1. Me separo de la decisión de tutelar sólo algunos de los derechos fundamentales invocados, cuando las comunidades indígenas habían solicitado la protección de otros derechos fundamentales como el derecho a la vida y a la integridad personal, que en este caso concreto se encontraban en íntima conexión con los derechos a un ambiente sano y a la salud de las comunidades indígenas. Esos derechos fundamentales también debieron ser tutelados y la consecuencia inmediata era ordenar la suspensión de las fumigaciones, aun antes de la consulta.

Esto es mucho más claro, cuanto que la propia Corte tiene establecido en su jurisprudencia que pueden tutelarse derechos colectivos cuando están en conexión con derechos fundamentales.
2. Siendo como soy, enemigo del narcotráfico y respetuoso de los Tratados Internacionales que obligan al Estado colombiano a combatirlo, incluida la Convención de Viena; lo que no está claro es que la única manera o modo de cumplir esas obligaciones sea mediante la fumigación aérea. No podemos aceptar que los colombianos seamos, como dijo Gabriel García Márquez en Cien años de soledad, una estirpe condenada a combatir el narcotráfico únicamente por medio de las fumigaciones aéreas. Deben existir otras formas de combatirlo como, por ejemplo, la erradicación manual u otras que no afecten la vida, la integridad personal o el medio ambiente y es deber de las autoridades buscar esas otras alternativas. Tampoco es válido el argumento dado por el Gobierno de que esta es la única forma de combatir los grupos armados al margen de la ley, pues coincidiendo en que el Estado debe combatirlos, tampoco es cierto que la única manera de combatirlos sea fumigando.
3. No es cierto, como se afirma, que los derechos fundamentales deban estar supeditados a la política de seguridad del Estado, pues el argumento de la

seguridad ha sido siempre el argumento de las dictaduras para acabar con la libertad de los ciudadanos.

En el Estado de Derecho los derechos fundamentales se protegen aun contra el propio Estado, aun contra la seguridad del Estado, aun contra la razón de Estado; pues de lo contrario se trata de una fementida protección de las libertades de los ciudadanos.

4. Las pruebas existentes en el expediente, y especialmente los documentos científicos que lo acompañan, demuestran que con las fumigaciones se ha afectado la vida, la integridad física (personas que nacen con deformidades físicas o disminuidos síquicamente) de niños y adultos; enfermedades respiratorias (alergias y otros daños a la salud); destrucción de la flora, de la fauna y del medio ambiente sano. Todas estas pruebas debieron llevar a la suspensión inmediata de la fumigación con glifosato.

Los Tratados Internacionales sobre protección del medio ambiente, la Constitución de Colombia y las leyes consagran como columna vertebral el principio de precaución, que se traduce en que, cuando existe duda sobre si un producto afecta a la naturaleza, se debe suspender su uso hasta tanto no se aclare con certeza absoluta que no la afecta. La razón de ser de este principio: in dubio pro natura, es que si después de 50 años se tiene la certeza de que el producto contamina y se ha usado hasta ese momento, los daños han afectado a varias generaciones de seres vivos (hombres, animales, plantas, etc.) y sus daños son irreversibles e irreparables.

Las pruebas científicas obrantes en el expediente demostraban que la fumigación con glifosato afectaba derechos fundamentales como la vida y la integridad personal y en consecuencia su uso debió suspenderse y en gracia de discusión, si existiera duda sobre su efecto dañino, debía aplicarse el principio de precaución y también suprimir su uso.

5. Es reprochable la actitud del Gobierno, quien por conducto del Presidente ha afirmado que mientras él lo sea seguirá fumigando, pues esto lo que denota es que si los jueces ordenan la suspensión, el Gobierno ya anunció el desacato a una decisión judicial y demuestra una actitud autoritaria y prepotente que es lo que yo denomino mentalidad de Gulliver, el personaje de Jonathan Swift, que era enano en tierra de gigantes y gigante en tierra de enanos; un Gobierno soberbio ante las humildades y humilde ante los soberbios extranjeros. No es cierto, como lo afirma el Ministro del Interior y lo reiteró en la carta que le dirigió a la Corte, que quienes están por la suspensión de las fumigaciones con glifosato están con el narcotráfico, ya que estando contra el narcotráfico, debemos proteger los derechos a la vida, a la integridad personal y al medio ambiente sano de las comunidades indígenas; por esa razón es que dejamos claramente establecido que la suspensión de las fumigaciones no debía implicar nunca la suspensión de la lucha contra el narcotráfico ni contra los grupos armados al margen de la ley, pues debía continuar e intensificarse por todos los medios posibles. Lo único que se proponía era excluir ese medio (fumigación con glifosato), que estaba

probado en el expediente que atenta contra derechos fundamentales y que en el mejor de los casos (la duda) había que aplicarle el principio de precaución.

6. El asunto de fondo de la tutela no era como lo resolvió la mayoría, el tema de la consulta a las comunidades indígenas y tribales, pues ese derecho, yo estaba de acuerdo en garantizarlo, lo que no se me escapaba es que el derecho a la consulta no garantizaba la suspensión de las fumigaciones, que era lo fundamental; mucho más cuando la consulta no obliga al Gobierno, que podía después de la consulta seguir fumigando; de modo que la situación de los indígenas era dramáticamente grave, ya que antes de la consulta, durante y después de la misma, el Gobierno, como lo había anunciado, continuaría fumigando y los niños indígenas continuarían muriendo o no naciendo (infertilidad, aborto), o naciendo degenerados o enfermándose de múltiples enfermedades, etc.; y como la causa del daño eran las fumigaciones, a esa causa había que atacarla deteniendo las fumigaciones. Ese era el tema central de la tutela y ese fue el que la Corte eludió y no hizo respetar los derechos fundamentales que habían sido invocados por las comunidades indígenas y lo que hizo fue darles un paliativo al protegerles el derecho de consulta, que no ataca la causa fundamental, que son las fumigaciones, y que como todo paliativo, lo que busca es disimular o encubrir el problema de fondo, sin atacar la raíz del problema y la causa de todos los males que es la fumigación con glifosato. Esa falsa solución que dejaba vivo el problema era en mi sentir un engaño a las comunidades indígenas y tribales, y una forma de eludir el problema central sin desairar al Gobierno de Colombia y a los gobiernos extranjeros. Esto es más grave por cuanto, como el propio Gobierno lo señaló, se fumigan cerca de 4.000 a 5.000 hectáreas por semana, y durante este Gobierno se han fumigado más de 150.000 hectáreas, y si agregamos que mientras se consulta se puede seguir fumigando y después de la consulta también, lo que les vamos a dejar a nuestros hijos, si es que no mueren, es un desierto.

Sintetizando, mi posición era que se debía proteger otros derechos fundamentales que habían sido invocados por las comunidades indígenas como era el derecho a la vida, a la integridad física y conexos con ellos, el derecho a la salud y a un medio ambiente sano, y que la consecuencia no podía ser otra que la suspensión inmediata de las fumigaciones con glifosato aun antes de la consulta y que tutelar el derecho de consulta sin suspender era equivalente a no hacer nada por los pueblos indígenas, enmascarar el problema, dar un contentillo o paliativo que dejaba viva la causa de todos los males y era preferible salvar el voto, que mandar un mensaje de fementida protección.

Fecha ut supra.

5. SENTENCIA T-880 DE 2006 (“Caso Motilón Barí”)

CORTE CONSTITUCIONAL
SALA OCTAVA DE REVISIÓN

Ref.: Expediente T-1.352.585.

Acción de tutela instaurada por el Pueblo Indígena Motilón Barí contra el Ministerio del Interior y de Justicia y otros.

Magistrado Ponente: Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D.C., octubre veintiséis (26) del año dos mil seis (2006).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Álvaro Tafur Galvis, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos adoptados por el honorable Tribunal Administrativo de Norte de Santander y la Sección Segunda Subsección B de la Sala en lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dentro de la acción de tutela instaurada por el Pueblo Indígena Motilón Barí contra los ministerios del Interior y de Justicia, de Defensa, de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol S.A.

I. ANTECEDENTES

Miembros del Pueblo Indígena Motilón Barí, caciques, líderes e integrantes de las distintas comunidades que lo conforman, demandan la protección de sus derechos a la diversidad étnica y cultural, a la participación en las decisiones que los afectan, a la vida y a la integridad, que consideran vulnerados, porque el Ministerio del Interior y de Justicia expidió una certificación que los desconoce y el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial una licencia ambiental, para adelantar una explotación y exploración de petróleo en su territorio, sin consultarlos.

1. Hechos

1.1. Integrantes del Pueblo Indígena Motilón Barí denunciaron ante la Defensoría Regional del Pueblo de Norte de Santander que su territorio estaba siendo intervenido y el 7 y el 12 de diciembre de 2002 la directora de la entidad se dirigió al defensor delegado para Indígenas y Minorías Étnicas y al director nacional de Atención y

Trámite de Quejas, con el fin de solicitarles recaudar información al respecto “(...) **para proteger el último relicto (sic) de bosque húmedo tropical existente en el nororiente del país así como los asentamientos de las Comunidades Indígenas Barí**”¹.

1.2. El 13 de diciembre del mismo año, la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior y de Justicia, en atención a la solicitud presentada el día 4 del mismo mes, por el gerente general de ..., informó al peticionario:

“(...) que en el momento no contamos con una verificación cartográfica. Sin embargo, con base en la información existente en la Dirección, cuya fuente es el DANE, la doctora Celmira Janer Cuervo, profesional especializado del grupo de educación y divulgación, ha verificado los datos suministrados y teniendo en cuenta la información sobre comunidades reconocidas se establece que en jurisdicción de los municipios de Tibú, El Tarra, Convención y Teorama se encuentran las comunidades indígenas que a continuación se relacionan así:

- Municipio de Tibú: Resguardos Gabarra Motilón Barí, pertenecientes a la etnia Barí; comunidad Bedoquira, Cacricacha identificada por el DANE como etnia Barí.
- Municipio de El Tarra: Comunidad no determinada identificada por el DANE como perteneciente a la etnia U’wa.
- Municipio de Convención y Teorama: Resguardo Gabarra y Motilón Barí, pertenecientes a la etnia Barí (...).”

1.3. El 6 de febrero de 2003, el gerente de Prospección de Exploración de Ecopetrol S.A.² en respuesta a la solicitud de información sobre las actividades adelantadas en el Parque Nacional Natural Catatumbo Barí, ya relacionada, se dirigió al director nacional de Atención y Trámite de Quejas de la Defensoría del Pueblo para informarle i) que la empresa Geocol Ltda., contratista de Ecopetrol S.A. elaboraba un “Estudio de impacto ambiental del área de perforación exploratoria Álamo, localizada en jurisdicción del municipio de Tibú, Norte de Santander”, y ii) que “[c]on el fin de dar cumplimiento a los decretos 1320 de 1998 y 1728 de 2002, Ecopetrol ha solicitado al Ministerio del Interior la certificación sobre existencia o no de comunidades negras e indígenas legalmente constituidas en el área prevista para el proyecto, a lo que dicho ministerio aún no ha dado la respectiva respuesta”.

1.4. El 5 de junio de 2003, el director de etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, mediante oficio dirigido al gerente de Geocol Ltda. en respuesta a la solicitud de información sobre presencia de comunidades indígenas en el área en mención, expuso:

“1. Revisadas las bases de datos DANE 2001, Asociación de Cabildos y/o autoridades tradicionales y de reconocimiento de esta dirección, se registra la

¹ Comunicaciones del 7 y 12 de diciembre de 2002 —5015 DPRNS DRG—.

² El Decreto 1760 del 26 de junio de 2003 modificó la estructura orgánica de la Empresa Colombiana de Petróleos y la convirtió en Ecopetrol S.A., una sociedad pública por acciones, ciento por ciento estatal, vinculada al Ministerio de Minas y Energía.

comunidad indígena Barí denominada Beroquirá-Cacricacha, en el municipio de Tibú, por lo que se debe dar cumplimiento a la realización del proceso de consulta previa de que trata el artículo 330 de la Constitución Política, el artículo 7° de la Ley 21 de 1991 y el artículo 76 de la Ley 99 de 1993”.

1.5. El 25 de noviembre de 2003, en el Centro Cultural del municipio de Tibú, tuvo lugar la “Reunión de acercamiento e información comunidades indígenas Motilón Barí proyecto perforación exploratoria Álamo I”, según “acta” de la fecha, levantada en manuscrito —sin firmas—³.

De conformidad con el contenido del escrito los asistentes habrían convenido en adelantar un nuevo acercamiento el 10 de diciembre del mismo año.

1.6. Los días 11 y 12 de diciembre de 2003, según Acta 002, en el Centro Cultural del municipio de Tibú se adelantó el “*Taller sobre exposición del proyecto evaluación del impacto y establecimiento de medidas socioambientales y culturales - Proyecto de perforación exploratoria Álamo I Ecopetrol S.A.*”, con asistencia de 13 integrantes del Pueblo Indígena Motilón Barí, entre autoridades y miembros de las comunidades.

—La presentación y las discusiones tuvieron que ver principalmente con la ubicación del proyecto, “dentro del límite del municipio de Tibú”⁴.

1.7. El 16 de febrero de 2004 el doctor Jaime Pinto Serrano “actuando como apoderado general de Ecopetrol S.A.” solicitó al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial “Licencia ambiental para el Bloque de perforación exploratoria Álamo, jurisdicción del municipio de Tibú, departamento de Norte de Santander, cuenca del Catatumbo, de acuerdo con la zonificación de manejo ambiental consignada en el capítulo 6 del Estudio de impacto ambiental adjunto en el que se determinan las áreas de exclusión, las áreas de intervención con restricciones y las áreas susceptibles de intervención”.

El apoderado anexó a su solicitud, entre otros documentos, el “Estudio de impacto ambiental del bloque de perforación exploratoria Álamo y Plan de manejo ambiental del Pozo Álamo I (dos (2) tomos en original)”, como también el “Informe final del proceso de consulta previa con comunidades indígenas Motilón Barí, Bloque de perforación exploratoria Álamo (un (1) tomo en original)”.

—El 11 de marzo del mismo año, mediante Auto 204 de 2004, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial dispuso iniciar el trámite administrativo de la solicitud a que se hace mención.

1.8. El 7 de julio de 2004, el señor Gonzalo Arabadora, en calidad de representante legal de la Asociación Comunidad Motilón Barí de Colombia, Asocbarí, en comunicación dirigida al presidente de Ecopetrol S.A. i) solicitó información respecto

³ “Acta de acercamiento e información. Reunión de acercamiento e información Comunidades Indígenas Motilón Barí, Proyecto de perforación exploratoria Álamo I” —folios 14, 15, 16 cuaderno de pruebas—.

⁴ Acta 002 “Proyecto de perforación exploratoria Álamo. 1 Taller sobre exposición del proyecto Evaluación de impacto y establecimiento de medidas socioambientales y culturales Ecopetrol S.A.” —folios 17-20 del cuaderno de pruebas—.

de la reunión programada los días 10, 11 y 12 de agosto de 2004, a la vez que afirmó desconocer sobre la realización “de una actividad la cual fue referenciada como un primer taller de profundización sobre el Estudio de impacto ambiental mucho menos ahondar en sus alcances o explicación”; ii) dio cuenta de haber recibido en el mes anterior un documento contentivo de un estudio de impacto ambiental, y iii) reclamó espacios de participación para las comunidades indígenas, haciendo referencia a las disposiciones legales que así lo preceptúan.

El 22 de julio de 2004, el señor vicepresidente de exploración de Ecopetrol S.A. en comunicación de esa fecha, respondió al peticionario que “los temas y la agenda de trabajo corresponde (sic) al plan de manejo ambiental del proyecto Álamo 1 y a la identificación de los impactos ambientales y culturales que el proyecto pueda ocasionar al entorno de las comunidades indígenas”. Agregó el funcionario:

“El taller de impactos realizado entre el 11 y 12 de diciembre de 2003 precedió de tres reuniones de acercamiento con Asobarí los días 31 de octubre, 6 de noviembre y 14 de noviembre de 2003, así como una reunión de concertación con los caciques de la comunidad y miembros de Asobarí el día 25 de noviembre en la Casa de la Cultura Municipal, sitio en el cual se acordó realizar el taller de impactos (anexo 2). Adicionalmente se contó con la participación de los garantes locales y regionales y el delegado del Ministerio del Interior y de Justicia.

Respecto al temario desarrollado los días 11 y 12 de diciembre comentados, se tomó como base el estudio ambiental del proyecto por tanto se procedió con su exposición y la comunidad tuvo oportuno acceso a la información.

En lo relacionado con el punto 3 les manifestamos que la reunión celebrada el día 7 de julio de los corrientes en Tibú, que contó con su participación y consentimiento, se acordó que la empresa contribuiría con el apoyo a la comunidad, manifestando que la asesoría de tres profesionales de su confianza y escogencia, determinación que redundaría en afianzar el conocimiento del colectivo hacia el proyecto. Igualmente se acordó realizar el segundo Taller de impactos para los días 8, 9 y 19 de julio, fechas que usted mediante comunicación del pasado junio 29 de 2004 solicita modificar, aduciendo mayor tiempo para evaluar el impacto ambiental para la etnia; con lo cual se infiere el oportuno y completo conocimiento de Asobarí en torno del proceso.

(...)”.

1.9. Los días 10 y 11 de agosto de 2004, en el Centro Cultural del Municipio de Tibú, tuvo lugar el “Segundo taller sobre exposición del proyecto — Evaluación de impacto y establecimiento de medidas socioambientales y culturales. Proceso de consulta con Comunidades Indígenas Motilón Barí Ecopetrol S.A.”.

Indica el acta respectiva que los representantes de Ecopetrol S.A. dieron lectura al estudio y al plan de manejo ambiental y se comprometieron a actualizarlos y corregirlos una vez conocidas las objeciones de las autoridades e integrantes de las comunidades indígenas, quienes i) dejaron sentado que no conocían algunos apartes de los documentos, ii) expusieron que estos fueron elaborados sin su intervención y

en su territorio sin contar con su autorización y iii) que los estudios no reflejan los problemas de orden público, social y económico de la región⁵.

1.10. El 17 de agosto de 2004, la Defensora Regional del Pueblo de Norte de Santander presentó al defensor delegado para asuntos indígenas y de minorías étnicas de la misma entidad, informe sobre la comisión que le fuera conferida a la ciudad de Tibú, para asistir al taller ya reseñado.

Expone la funcionaria, entre otros aspectos:

“El objetivo de las reuniones fue el de exponer y sustentar el Estudio de impacto ambiental (sic) y su respectivo plan de manejo ambiental, como paso preliminar en el proceso de consulta previa con el pueblo Motilón Barí.

Copia de este estudio de impacto ambiental había sido remitido por Ecopetrol a los representantes legales de Asocobarí, sin los capítulos correspondientes al plan de manejo ambiental.

Hay una serie de inconsistencias en el estudio de impacto ambiental del Boque Exploratorio Álamo I presentado al Ministerio de Medio Ambiente (sic) con el objetivo de obtener la respectiva licencia que la comunidad Motilón Barí y sus asesores el “Colectivo de abogados Luis Carlos Restrepo” detectaron lo que denominaron “19 fallas graves”, entre estas, por ejemplo, que para los estudios social, biológico y técnico los encargados de elaborar el estudio no estuvieron en el lugar definido para la exploración, aparece vegetación inexistente en la región, además tampoco se entregaron los capítulos 6 y 7 correspondientes al plan de manejo ambiental, estos solamente fueron entregados durante la última jornada correspondiente al 11 de agosto del año en curso.

(...)

A la luz de lo anteriormente expuesto la Defensoría del Pueblo considera que el proceso de acercamiento no se ha llevado a cabo de manera adecuada a las normas establecidas, las que estipulan que se debe contar con la participación de la comunidad; desde el mismo momento del inicio de los estudios preliminares esta no fue convocada a participar.

El mapa generado por los estudios de sísmica (1987) y geología para el bloque álamo (sic), muestran claramente las áreas interconectadas de potencial petrolero, dentro de los municipios de Tibú, El Tarra, El Carmen, Convención y Teorama, el área presentada para el sector del llamado pozo exploratorio álamo (sic) (2003) se acomodó para que quedara ubicada en el borde externo del Resguardo de Catalura y del Parque Nacional Natural Catatumbo Barí y solo en jurisdicción del municipio

⁵ El Acta 003, que da cuenta del Segundo Taller sobre exposición del proyecto de perforación exploratoria Álamo 1, refiere que el evento se desarrolló los días 10 y 11 de agosto del 2004. Suscriben el documento los señores Yaneth Rincón, José Urrea Uyaban, Édgar Kairuz y María Alejandra Restrepo —Ecopetrol—, Freddy Villán —Procuraduría Judicial para Asuntos Ambientales y Agrarios—, José Jacinto Silva Quintero —gobernación de Norte de Santander—, César Ortega —Corponor—, Dustano Luis Rojas Garcés —Defensoría del Pueblo—, César Zuluaga, Mónica Lopesierra y Regina Chassin —Gema Ltda.—.

de Tibú, el mapa de los estudios de sismica está en su mayoría dentro de los resguardos indígenas de Catalura o Carikachaboquira y Motilón Barí y del Parque Nacional Natural Catatumbo Barí. Es bueno anotar que tanto el pueblo Motilón Barí como El Parque Nacional son Binacionales (sic); por ello es necesario revisar la legislación internacional vigente para estos casos.

Se expresaron adicionalmente temores por parte de los dirigentes indígenas y sus asesores de una eventual represalia contra ellos, como desafortunadamente se ha presentado en otros procesos en Colombia y en otros países, en ese sentido los representantes del pueblo Barí solicitan a la Defensoría del Pueblo se haga lo pertinente con el fin de prevenir amenazas o violaciones al derecho fundamental a la vida.

De igual manera se hace necesario propender por la defensa del derecho fundamental al territorio que tienen los pueblos indígenas.

Lo acontecido en este proceso de acercamiento por los motivos anteriores no da confianza al pueblo Barí (sic), por la falta de claridad dentro de las acciones hasta ahora desplegadas por Ecopetrol y sus consultores. Por lo anterior el pueblo indígena (sic) Motilón Barí se manifestó en contra del proyecto exploratorio denominado Bloque Álamo.

Se hace entonces un llamado a Ecopetrol y a sus consultores a reemprender un proceso que cumpla ampliamente con la normatividad vigente o en su defecto cancelar definitivamente el proyecto.

Por información recolectada por la Defensoría Regional se sabe que la zona prevista para la exploración del pozo Álamo I ha sido desocupada por acción de los actores armados, esta corresponde al sitio en el cual se perpetró la masacre de 34 personas en julio pasado.

Lo acontecido durante las deliberaciones se consignó de manera resumida en un escrito de Ecopetrol GEMA, del que se comprometieron a remitir copia a la Defensoría del Pueblo, este documento se firmó por parte de los asistentes con excepción de los miembros del pueblo (sic) Motilón Barí”.

1.11. El 20 de agosto de 2004, Ecopetrol S.A. remitió al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial “una copia de la versión original del acta suscrita en el municipio de Tibú como resultado de la reunión programada para los días 10, 11 y 12 (sic) de agosto de 2004, en desarrollo del proceso de consulta previa. Además, dando por concluida la labor de sensibilización, solicita al ministerio para que se sirva convocar a la respectiva “Protocolización de la consulta previa”⁶.

El 30 de agosto del mismo año, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial solicitó a Ecopetrol S.A. “hacer las aclaraciones correspondientes a la entrega previa a la comunidad Barí del documento completo del estudio de impacto ambiental con el objeto de continuar con el proceso de consulta”, y el mismo día

⁶ Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales, concepto 45, Proyecto área de perforación exploratoria Álamo, 12 de enero de 2005.

obtuvo respuesta, toda vez que Ecopetrol S.A. le informó haber entregado la documentación exigida, por conducto de “nuestra firma consultora Gema Ltda. (...) a mano de los representantes de la comunidad indígena Motilón Barí”.

1.12. El 8 de septiembre de 2004, mediante Auto 946 de la fecha, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial dispuso “ordenar a la Empresa Ecopetrol S.A. para que realice el veintitrés (23) de septiembre de 2004, la reunión de consulta previa”.

El 20 de septiembre del mismo año, el “Director de etnias del Ministerio del Interior y de Justicia interpuso recurso de reposición contra el Auto 946 del 8 de septiembre de 2004, considerando que no se debe surtir la reunión de consulta previa hasta tanto no se tenga absoluta certeza sobre la real presencia de comunidades indígenas en el área de influencia directa del proyecto (...)”; también la asociación Asobarí, mediante escrito presentado el 21 del mismo mes, recurrió la decisión, con miras a que en su lugar se disponga la suspensión del trámite de la licencia ambiental en curso y, en subsidio, se ordene “la suspensión del acto de protocolización del 23 de septiembre de 2004”.

Mediante oficios del 20 y 21 de septiembre de 2004, el ministerio dio respuesta a los recurrentes, con el fin de hacerles conocer la improcedencia de los recursos interpuestos, como quiera que “el acto administrativo acusado no fue notificado al Ministerio del Interior [tampoco a la Asociación Comunidad Motilón Barí], por cuanto no [son titulares] del proyecto que se adelanta dentro del Expediente 2969”.

1.13 “El día 23 de septiembre de 2004, se llevó a cabo la reunión de consulta previa convocada mediante Auto 946 del 8 de septiembre de 2004, en la sede del Centro Cultural del municipio de Tibú, con la participación de representantes del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, de Ecopetrol S.A., de Gema Ltda., a la cual no se hicieron presentes los representantes de las comunidades indígenas del área de influencia del proyecto”⁷.

1.14. El 12 de enero de 2005, la Dirección de licencias, permisos y trámites del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, conceptuó que el estudio de impacto ambiental presentado por Ecopetrol S.A. “no contiene información suficiente para identificar y evaluar todos los posibles impactos generados por las actividades del proyecto sobre el área para la cual se solicita la licencia ambiental y por lo tanto para identificar las medidas de manejo correspondiente”.

En consecuencia el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial solicitó a Ecopetrol S.A. “la complementación, precisión y ajuste del estudio de impacto ambiental para su respectiva evaluación y continuación del trámite de licenciamiento ambiental”.

Recordó el ministerio que el “ajuste que la empresa debe hacer del estudio de impacto ambiental debe contar con la participación de las comunidades indígenas motilón

⁷ Ibídem.

(sic) Barí del área de influencia del proyecto de acuerdo con la normatividad vigente y en especial con lo contemplado en el Decreto 1320 de 1998”.

1.15. Visto el concepto de la Dirección de licencias, permisos y trámites ya referido, mediante Auto 57 del 21 de enero de 2005, la asesora del despacho del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial dispuso requerir “a la empresa Ecopetrol S.A., para que en el término de cuatro meses, contados a partir de la ejecutoria del presente acto administrativo, complemente, precise y haga el ajuste respectivo del estudio de impacto ambiental para el proyecto denominado “Bloque de perforación exploratoria Álamo” localizado en el municipio de Tibú, departamento de Norte de Santander, cuenca del Catatumbo”.

1.16. Ecopetrol S.A. solicitó reponer la decisión y en su lugar reducir el trámite en curso “para el área del pozo Álamo I” y no respecto de todo el bloque como se solicitó inicialmente, con el fin de disminuir el impacto ambiental.

Además, en respuesta a los requerimientos del ministerio, respecto de las falencias observadas por la Dirección de licencias, permisos y trámites, en cuanto al impacto sociocultural del proyecto, Ecopetrol entre otras apreciaciones expuso:

“17. Considerar dentro de la evaluación ambiental, los impactos potenciales y los riesgos asociados con el transporte helicoportado de materiales, equipos, combustibles y de los productos que se obtengan de las pruebas de producción, así como de los **impactos socioculturales sobre las comunidades Motilón-Barí de la zona de influencia.**

En el EIA (sic) en el capítulo 5 correspondiente a la evaluación ambiental se consideraron tanto las operaciones helicoportadas como **los impactos sobre las comunidades indígenas**, tal como se describe a continuación:

Inicialmente en la Tabla 5.2, pág. 16, se identifican las diferentes actividades del proyecto, donde se contempla la construcción del helipuerto y **la participación de las comunidades indígenas.**

(...)

En la Tabla 5.6, pág. 24, se presentan **los impactos ambientales** que se generan por las operaciones helicoportadas y **sobre las comunidades indígenas.**

(...)

Es importante tener en cuenta que uno de los objetivos durante **los talleres realizados con la comunidad Motilón-Barí**, durante el proceso de consulta fue coordinar el taller explicativo de los **impactos culturales y ambientales del proyecto Álamo-1** para validar todo el proceso de acercamiento, comunicación, sensibilización, diseño de los estudios etnográficos y diseño del plan de manejo cultural con las comunidades Motilón Barí. Las actas correspondientes a los talleres fueron entregadas al Ministerio del Interior.

Durante este taller **se identificaron los impactos** y se indicaron algunas preocupaciones sobre **los reales impactos de la explotación petrolera sobre el territorio Barí, el agua, el aire, 101111.**

–Territorio: **Existe el temor de invasión y colonización sobre el territorio Barí, específicamente sobre su resguardo**, mediante migraciones de nuevos colonos como consecuencia de la construcción del Pozo Álamo 1. Los Barí temen que estos colonos terminen apropiándose de terrenos del resguardo o terrenos vecinos considerados baldíos y proyectados para la ampliación del resguardo.

–Dentro del **pensamiento indígena se manifiesta el temor de que estas posibles migraciones de colonos pueden afectar la consolidación que con esfuerzo han tratado de mantener de su territorio y afecte su integridad cultural** como pueblo Barí.

–Agua: Los asistentes al taller, manifestaron su preocupación por la contaminación que sufre el agua, quebradas y ríos por los residuos químicos (Iodos) que utilizan en las actividades de exploración y explotación.

–Aire: La contaminación del aire por gases y residuos utilizados en la explotación y perforación petrolera.

–Pesca y caza: Manifestaron también la afectación sobre la pesca y la caza por los obreros que intervienen en la perforación del pozo y que a ellos como comunidad también se les prohíba cazar y pescar en zonas cercanas al proyecto.

–**Cultura Barí: Cometer el mismo error sobre los hechos pasados en cuanto a la penetración petrolera marca la pauta para pensar que los impactos sobre los Barí como pueblo y como cultura pueden ocasionar daños estructurales sobre esta sociedad.**

(...)

18. Ajustar, complementar y presentar a este ministerio, las medidas de manejo ambiental específicas para la perforación exploratoria del pozo Álamo-1 de acuerdo con las estrategias de manejo presentadas en el EIA y PMA y a los lineamientos del capítulo 4 de los términos de referencia HTER 210. Consecuentemente con **los resultados del análisis de impactos socioculturales sobre las comunidades Motilón Barí que se realice, se deben presentar las medidas correspondientes para su manejo.**

(...)

Con respecto a las medidas a implementar relacionadas con las comunidades indígenas, en el informe presentado sobre el proceso de consulta al Ministerio del Interior se contemplaron las acciones o programas establecidos en los términos de referencia HTER 210, los cuales establecen el proceso informativo a comunidades asentadas en el área de influencia, autoridades locales, el proceso de contratación de personal, la capacitación en protección del patrimonio arqueológico existente en el área de interés, la capacitación al personal que laborará en el proyecto y los sistemas de seguimiento y control que se deben implementar para este tipo de proyectos.

El **Plan de Manejo Cultural (PMC)** estableció los proyectos que Ecopetrol S.A. a través de su política social desarrolla en las áreas donde hace presencia. Comprende los diferentes programas y proyectos de carácter social que se realizan de manera

voluntaria y acorde con los criterios y política social de Ecopetrol S.A., estos programas y proyectos se enfocaron a la dinámica social y **a la realidad política y económica de la región con el objeto de orientar esta inversión de manera acertada y en común acuerdo con las comunidades** y los entes gubernamentales de la zona.

Para el diseño del **Plan de Manejo Cultural (PMC)** se tuvieron en cuenta los **posibles impactos expresados por la comunidad** en el taller explicativo de impactos, realizado los días 11 y 12 de diciembre/01 y consignados en el acta del taller en mención y que fue producto de talleres anteriores.

(...)

27. El ajuste que la empresa debe hacer al estudio de Impacto Ambiental debe contar con la participación de las comunidades indígenas Motilón Barí del área de influencia del proyecto, de acuerdo con la normatividad vigente y en especial con lo contemplado en el Decreto 1320 de 1998.

En cuanto a este punto, es necesario tener en cuenta que **con las comunidades Motilón - Barí ya se llevó a cabo el respectivo proceso de consulta en el cual se les explicó todo lo relacionado con el EIA**, esta información fue entregada en el informe correspondiente al Ministerio del Interior” —resaltado fuera del texto—.

1.17. El 10 de febrero de 2005, la directora de etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, en atención a la solicitud de certificación presentada por Ecopetrol S.A., el 27 de enero anterior, informó a este:

“De conformidad con la visita de verificación realizada por el profesional especializado de la dirección durante el 7 de febrero del 2005, al área del proyecto Exploratorio Pozo Álamo 1, según coordenadas NOR 08°-57-05” W 73°-01-19.6. **NO SE REGISTRAN** comunidades indígenas en el área del proyecto que puedan verse afectadas con su ejecución” —destaca el documento—.

1.18. El 21 de febrero de 2005, en atención a la solicitud presentada por Ecopetrol S.A., el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial, mediante decisión de la fecha, dispuso modificar los artículos primero y segundo “del auto 204 del 11 de marzo de 2004” y en su lugar i) “iniciar trámite administrativo de la solicitud de licencia ambiental presentada por Ecopetrol S.A. para el proyecto denominado “Área del pozo Álamo 1” en jurisdicción del corregimiento de Gabarra, municipio de Tibú, departamento de Norte de Santander que tiene como coordenadas (...) Centro A Norte 1.485.500 ESTE 1.116.450”; y ii) requerir a Ecopetrol S.A. para que radique, en la Corporación Autónoma Regional de la Frontera Nororiental, Corponor, la información correspondiente a la localización del área, con el fin de obtener el concepto técnico respectivo.

1.19. El 1° de abril de 2005, según informe presentado por la señora Amanda Londoño González —asesora— al defensor del pueblo delegado asuntos étnicos, en reunión adelantada “en la Dirección de Etnias sobre el caso de los indígenas Motilón Barí, los asesores de estos indígenas demostraron a través de documentos que la Dirección de Etnias había comunicado al Ministerio del Medio Ambiente (sic) en el año 2002 la presencia de comunidades indígenas en el área factible de exploración de petróleo”.

Agrega el informe;

“En febrero 7 de 2005 un funcionario del Ministerio del Interior de la Dirección de Etnias sobrevuela en un helicóptero de propiedad de Ecopetrol el área donde está proyectado el pozo Álamos (sic) y certifica por escrito al ministerio del Medio Ambiente (sic) que en esta área no habitan comunidades indígenas. Los Indígenas presentes en la reunión sostienen que en esta área habitan 3 comunidades indígenas.

El delegado de la procuraduría propone que una comisión interinstitucional integrada por la procuraduría, defensoría, Ministerio del Interior y Ministerio del Medio Ambiente (sic) verifique en terreno la presencia o no de comunidades indígenas en esta zona.

El pozo Álamos está proyectado en un área fuera de resguardo. Los indígenas Barí reconocen como propio a todo un territorio que está demarcado, señalado y mapeado (sic) según consta en los archivos de la Dirección de Etnias y en este territorio está proyectado el Pozo Álamos, los indígenas reclaman que exactamente este es un lugar sagrado ancestral (sic) para este pueblo indígena.

La Dirección de Etnias se comprometió oficial (sic) al Ministerio del Medio Ambiente (sic) solicitándole esperar, para seguir adelantando la licencia ambiental para dicho pozo, el resultado de la verificación sobre la presencia de comunidades indígenas en la zona, si no se encuentran comunidades indígenas se sigue avanzando en el proceso de licencia ambiental, pero si se encuentran comunidades indígenas se tiene legalmente que empezar el proceso de **consulta previa**.

Los indígenas se comprometieron a consultar (sic) lo decidido a sus autoridades propias y acompañar la comisión interinstitucional en la misión de verificación, pero la seguridad de la comisión fueron claros (sic) que no es responsabilidad indígena”.

1.20. El 6 de abril del mismo año, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial informó al Ministerio del Interior y de Justicia que, durante “la reunión celebrada en esta dirección el día viernes 1° de abril del presente año, los representantes del pueblo Motilón Barí y sus asesores plantearon el desacuerdo sobre la certificación expedida por ustedes sobre la no presencia de comunidades indígenas en el área de influencia del proyecto en referencia”; al tiempo que solicitó “hacernos conocer su concepto sobre dicho desacuerdo (...) [c]on el objeto de continuar el proceso de evaluación del proyecto Pozo Exploratorio Álamo 1”.

Comunicación esta que la directora de etnias del Ministerio del Interior y de Justicia respondió el día 15 siguiente, en el sentido de reiterar “nuestro N° 671 del 10 de febrero de 2005, en la (sic) que certificamos que **no se registran** comunidades indígenas en el área de perforación exploratoria, dejando claro que se trata de la Locación, del Pozo Álamos I” —destaca el documento—.

1.21. El 4 de mayo de 2005, el asesor del despacho del Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial respondió al señor Gonzalo Arabadora Sabarayda, representante legal del Consejo Autónomo de Caciques Barí, la solicitud presentada por este el 25 de abril del mismo año.

Expuso el funcionario al peticionario i) que “no se considera procedente acceder a su solicitud de promover la socialización del plan de manejo ambiental y sociocultural por parte de Ecopetrol, ya que ante la nueva condición del proyecto, todo lo referente al Bloque de Perforación Exploratoria Álamo deja de tener vigencia”; y ii) que el ministerio evaluaba la viabilidad de un proyecto ambiental “en cuya área de influencia no hay presencia de comunidades indígenas”, de manera que “no procede el proceso de consulta previa (...)”.

Respondía el asesor la petición presentada por el señor Arabadora Sabarayda i) en la cual el peticionario manifestó “su enfática posición de rechazo a la explotación de petróleo en el Bloque de Perforación Exploratoria Álamo en la zona del Catatumbo y solicit[ó] la negación de la licencia ambiental para la futura explotación petrolera, por parte de este ministerio” y ii) se pronunció sobre la necesidad de “fijar fecha y hora para la socialización del Plan de Manejo Ambiental y Sociocultural por parte de Ecopetrol, con participación de diferentes entidades gubernamentales de control y ONG, además de la revocatoria de todo lo actuado hasta la actualidad”.

1.22. El 31 de mayo de 2005, en comunicación dirigida al defensor del pueblo delegado para asuntos indígenas y minorías étnicas, la directora regional del pueblo de Norte de Santander dio cuenta de la certificación emitida por la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia a cuyo tenor “no se registra presencia de comunidades indígenas en el área del proyecto Perforación del Pozo Álamo 1 (Coordenadas N 08° 57-05” W; 73°01-19.6”) que se puedan ver afectadas con su ejecución”.

Agregó la funcionaria:

“En esas coordenadas se encuentra la comunidad Bedoquira cuyo cacique es el señor Edras Dora; el área del proyecto se encuentra dentro del territorio ancestral indígena Barí. Los líderes Barí aseguran que ni el Ministerio del Interior y de Justicia ni ninguna otra entidad se han hecho presentes en el área referida para verificar existencia (sic) o no de comunidades indígenas.

Esta certificación de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia ha dado pie a **la negación del proceso de consulta previa** (según lo expresado en el oficio anexo) por parte del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial con el Pueblo Barí, proceso este que se viene intentando desde el año 2002.

En visita de los representantes Barí y sus asesores jurídicos a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia el día 29 de marzo de 2005 a las 14:00 la Dra. Luz Helena Izquierdo y el Dr. Juan Fernando Monsalve se comprometieron a hacer una visita directa en el campo para verificar que en el territorio del proyecto sí hay presencia de comunidades indígenas. Al respecto después de casi dos meses no se ha presentado ningún pronunciamiento oficial de la mencionada institución sobre ese compromiso que desafortunadamente se hizo en forma verbal.

Con este procedimiento se está desconociendo el “**derecho fundamental de las comunidades Barí a la consulta previa**” —destaca el texto—.

1.23. El 24 de junio de 2005, en respuesta al derecho de petición presentado el 14 del mismo mes, por el señor Gonzalo Arabadora Sabarayda, representante legal de

Asocarí, quien se dirigió al funcionario solicitando la suspensión del trámite de licencia ambiental, para el proyecto exploratorio Área del Pozo Álamo 1, la Dirección de licencias, permisos y trámites ambientales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial puso al peticionario al tanto i) de la expedición de la Resolución 624 del 16 de mayo de 2005, ejecutoriada desde el 23 del mismo mes, que concede la mencionada licencia y ii) de su competencia para revocar o suspender el acto, “sin consentimiento expreso o tácito del beneficiario de la misma”, en caso de incumplimiento de las condiciones o términos establecidos.

Cabe precisar que la citada resolución, entre las “zonas con sensibilidad alta y sobre las cuales debe haber restricciones ambientales”, considera a la “población indígena Motilón Barí, distribuida en las parcialidades Istoda, Behoquira y el Castillo”, así dichas zonas y parcialidades “se encuentren por fuera del Pozo Álamo 1”.

1.24. El 31 de junio de 2005, la directora de etnias del Ministerio del Interior y de Justicia respondió al señor Gonzalo Arabadora Sabarayda, su derecho de petición relacionado, entre otros puntos, con el procedimiento de verificación adelantado por la entidad para constatar la presencia de comunidades indígenas en el área de influencia del Proyecto de Exploración Álamo 1.

Indica la comunicación:

“Por otra parte, respondemos a sus peticiones numeradas del 5 al 11:

5. Se anexa oficio 07808 del 5 de junio de 2003 dirigido al doctor Óscar Augusto Muñoz Henao, gerente de Geocol Ltda. y no del 3 de diciembre del año 2002, como lo comenta en su escrito.

6. Revisado 07808 del 5 de junio de 2003, se destacó lo siguiente: el numeral 1° de la certificación dice:

1. Revisadas las bases de datos DANE 2001, Asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales y de reconocimientos de esta Dirección SE REGISTRA la comunidad indígena Barí denominada Bedoquira-Cacricacha, en el municipio de Tibú.

La Dirección de Etnias certificó que la comunidad Bedoquira-Cacricacha, se encuentra dentro de la jurisdicción del municipio de Tibú, con base en la información suministrada por el DANE, pero esta información, no es suficiente para conocer la ubicación exacta de la comunidad Bedoquira-Cacricacha.

7. Esta dirección no posee un sistema de información georreferenciado que posibilite en la actualidad certificar la presencia de comunidades indígenas por fuera de resguardo. Así mismo, cuando la información es suministrada por el DANE, que es el caso que nos ocupa, esta certificación es de carácter general, porque se señala la Jurisdicción municipal y no permite ubicar con exactitud a las comunidades indígenas. Es por ello, que las empresas (dueñas de los proyectos) conocedores de las zonas, solicitan la verificación del área, y la no presencia de comunidades indígenas en la misma.

8. En este punto, me permito manifestarle nuevamente que una de las carpetas que contenía información sobre el proyecto Álamo 1 se extravió, sin embargo, la información ya se ha ido recuperando y la comunicación más importante que reposaba en esa carpeta era el oficio 07808 del 5 de junio de 2003, relacionado con la certificación sobre la presencia o no de comunidades indígenas en el área del proyecto, de la cual anexamos copia.

9. Certificación del 10 de febrero de 2005.

El funcionario comisionado para asistir a la verificación aérea fue el doctor Juan Fernando Monsalve.

Ecopetrol suministró las coordenadas entregadas al piloto de la aeronave así:

Áreas Coordenadas planas

Longitud Norte 05°-57-05" Norte A 1,481.500 Norte 1,116.450

Longitud Oeste 73°-01-19.6"

Dichos datos fueron incluidos en el instrumento aeronavegable el cual guía a los pilotos, y una vez se llegó al sitio indicado con las coordenadas se sobrevoló el sitio, con el fin de determinar la presencia de comunidades; no sobra comentar que por situación de orden público no se permitió el aterrizaje.

La solicitud de verificación la hizo la empresa de (sic) Ecopetrol.

Mediante oficio DRI-URS 0064 del 3 de febrero se protocolizó la solicitud de la visita aérea al pozo Álamo 1; se llevó a cabo la verificación el día 7 de febrero de 2005.

Ecopetrol suministró los gastos de traslado; no se tiene el dato de la empresa que hizo el sobrevuelo en helicóptero y transportó al funcionario.

El doctor Juan Fernando Monsalve fue el comisionado para la visita.

Con el sobrevuelo, en el sitio señalado y en las coordenadas indicadas no se identificó ningún poblado, ni caserío cerca del pozo, prueba visual y cierta que permitió tener juicios claros para la certificación de la no presencia de comunidades indígenas en el lugar.

10. En este punto me permito informar que para el día 21 de junio de 2005, Ecopetrol dispuso los medios logísticos para que se desplazara al sitio del pozo un grupo de ingenieros civiles, representantes de las siguientes compañías: CODISA S.A., INTRICON LTDA, PETROLABIN LTDA., I.C.C. LTDA., LUIS RODOLFO MARTHBYN y RICARDO HOYOS, dicha visita tenía el propósito de conocer el lugar por parte de los ingenieros, con el fin de presentar los pliegos licitatorios de las obras civiles del proyecto Álamo 1.

Para esta visita, realizada el pasado 21 de junio de 2005, ECOPETROL dispuso un cupo a la Dirección de Etnias en el helicóptero, con el fin de poder verificar en terreno la presencia o no de comunidades indígenas y para la cual, se comisionó nuevamente al doctor Juan Fernando Monsalve.

En el recorrido terrestre que se hizo al área del proyecto desde el sitio del aterrizaje al punto central del pozo Álamo 1, se encontró una vía que de acuerdo a la información suministrada por miembros del Ejército Nacional se denomina la pavimentada (“andén” de aproximadamente 50 cm. de ancho en cemento que atraviesa toda la región, por donde se transportaba coca). Una vez finalizado el trayecto se confirmó la no presencia de comunidades indígenas dentro del área del proyecto pozo Álamo 1.

En este orden de ideas y como es bien sabido, la situación de orden público impedía la llegada de personal al pozo, Ecopetrol realizó gestiones con el Ejército Nacional para que hiciera presencia en la zona, los cuales realizaron los operativos de seguridad en la zona desde mediados de junio de 2005.

11: Se anexa fotocopia de la certificación 0671 del 10 de febrero de 2005”.

1.25. El 8 de septiembre de 2005, el señor Gonzalo Arabadora, representante legal de Asobarí, fue convocado por el departamento de gestión social de la Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol S.A., a una reunión informativa, “programada para el próximo lunes 12 de septiembre del presente año, a las 9.00 a. m. en el teatro de las instalaciones del campamento de Ecopetrol S.A. -Tibú”.

1.26. El 19 de octubre de 2005 el defensor delegado para indígenas y minorías étnicas, en comunicación de la fecha, manifestó a la directora de licencias, permisos y trámites ambientales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, “la preocupación de esta delegada frente a la afirmación de los líderes del pueblo (sic) Barí”.

Agregó el funcionario que “[s]egún informan los peticionarios los datos proporcionados por Ecopetrol S.A. no coinciden con los estipulados en la licencia ambiental otorgada para el proyecto de perforación exploratoria Álamo 1”.

También puso de presente cómo “esta situación afecta los derechos al territorio y a la autonomía de la comunidad, le solicito verificar la situación y de ser así adelantar las gestiones correspondientes con el propósito de salvaguardar los derechos del pueblo (sic) Barí (...)”.

2. Pruebas

En el expediente obran, entre otros, los siguientes documentos:

2.1. Fotocopia del oficio suscrito por la defensora del pueblo regional de Norte de Santander el 12 de diciembre de 2002, dirigido al defensor delegado para indígenas y minorías étnicas de la entidad, con el fin de exponer las inquietudes del Pueblo Motilón Barí en relación con la presencia de personal no autorizado en su territorio y solicitar se gestione información al respecto.

2.2. Fotocopia del oficio dirigido por la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior y de Justicia al gerente general de Geocol Ltda., fechado el 13 de diciembre de 2002, en respuesta a su solicitud de información que da cuenta de la presencia de comunidades indígenas en jurisdicción de los municipios de Tibú, El Tarra, Convención y Teorama.

2.3. Fotocopia del memorial suscrito por el gerente de prospección de Ecopetrol S.A al director nacional de atención y trámite de quejas de la Defensoría del Pueblo, sobre la iniciación de estudios con fines de exploración petrolera, en el municipio de Tibú, departamento de Norte de Santander, cuenca del Catatumbo.

2.4. Fotocopia del escrito sin firmas, levantado en manuscrito, denominado “ **Acta de acercamiento e información** Comunidades Indígenas Motilón Barí Proyecto Perforación Exploratoria Álamo 1” fechado el 25 de noviembre de 2003.

2.5. Fotocopia del Acta 002 (sic) que da cuenta del “Taller sobre exposición del proyecto –Evaluación de impacto y establecimiento de medidas socioambientales y culturales– Proyecto de Perforación Exploratoria Álamo 1 Ecopetrol S.A.” adelantado los días 11 y 12 de diciembre de 2003, suscrita por representantes del Ministerio del Interior y de Justicia, de Asocbarí, de la Procuraduría Judicial para Asuntos Agrarios y Ambientales, de la gobernación de Norte de Santander, de la personería del municipio de Tibú, de Ecopetrol S.A. y de Gema Ltda.

2.6. Fotocopia de la solicitud presentada el 16 de febrero de 2004, por el apoderado general para asuntos ambientales de Ecopetrol S.A., ante el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial con el fin de solicitar licencia ambiental para el bloque de perforación exploratoria Álamo.

2.7. Fotocopia del Auto 204 del 11 de marzo de 2004, expedido por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial para dar inicio al trámite instaurado por Ecopetrol S.A., con fines de licencia ambiental sobre el Bloque de Perforación y Pozo Álamo 1, con la siguiente determinación:

	Vértice	Norte	Este	
	A	1.484.027	1.115.500	
	B	1.484.027	1.120.000	
	C	1.479.000	1.120.000	
	D	1.479.000	1.115.5000	
Pozo	Coordenadas planas		Coordenadas geográficas	
Álamo -1	Norte	Sur	Latitud Norte	Latitud Oeste
	1.481.500	1.116.450	8°57'05,0"	73°01'19,6"

2.8. Fotocopia de la petición elevada por el representante del Consejo Autónomo de Caciques Barí al presidente de Ecopetrol S.A. solicitando información, sobre las reuniones que se llevarían a cabo el 10, 11 y 12 de agosto del año 2004 con fines de establecer el objetivo de la reunión y la agenda de la misma y obtener claridad sobre el llamado primer Taller de profundización sobre el estudio de impacto ambiental. Y fotocopia de la respuesta dada a la petición, a cuyo tenor se adelantaría un segundo taller de impactos ambientales y culturales, luego del primero realizado los días 11 y 12 de diciembre de 2003.

2.9. Fotocopia del “Acta 003 Proyecto de Perforación Exploratoria Álamo I Segundo Taller sobre exposición del Proyecto Evaluación de impacto establecimiento de medidas socioambientales y culturales. proceso de consulta con Comunidades Indígenas Motilón Barí, Ecopetrol S.A.”, que da cuenta de la reunión realizada los

días 10 y 11 de agosto de 2004 en el municipio de Tibú (Norte de Santander), con la participación de representantes de Ecopetrol S.A., de la gobernación de Norte de Santander, de Corponor, de la Defensoría del Pueblo, de la Procuraduría Judicial para Asuntos Ambientales y Agrarios y de Gema Ltda.

2.10. Fotocopia del concepto 45 emitido por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Dirección de Licencias y Permisos y Trámites Ambientales, el 12 de enero de 2005, sobre las deficiencias observadas en el “Estudio de impacto ambiental bloque de perforación exploratoria Álamo y Plan de manejo ambiental pozo de perforación exploratoria Pozo Álamo I”, habida cuenta de que el documento “no permite tener suficientes elementos de juicio, para definir la viabilidad ambiental del proyecto exploratorio, especialmente por las características particulares de cada uno de los componentes del entorno donde se pretende desarrollar el proyecto”.

2.11. Fotocopias i) parcial del Auto 946 de 2004, emitido por la asesora del grupo licencias, permisos y trámites del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el 8 de septiembre de 2004, con el fin de citar para efectos de protocolización de la consulta previa; ii) del oficio remitido de la decisión, librado el 9 de septiembre de 2004 por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, con el fin de remitir al Ministerio del Interior y de Justicia “copia de los actos administrativos proferidos por este ministerio que a continuación se relacionan: Auto 946 del 8 de septiembre de 2004. Exp. 2969”, y iii) de los escritos de reposición interpuestos por el director de etnias del Ministerio del Interior y de la Justicia –“esta dirección tiene serias dudas sobre la real existencia de comunidades indígenas en el área directa del proyecto Proyecto (sic) Bloque de Perforación Exploratoria Álamo I”– y por el representante legal de Asobarí –acompañada de un escrito en el que solicita abstenerse de expedir la licencia ambiental–.

2.12. Fotocopias de los oficios librados por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, al director de etnias del Ministerio del Interior y Justicia y al representante legal de Asobarí, para hacerles saber que la titularidad de la licencia en trámite corresponde a Ecopetrol S.A. y así mismo el derecho de recurrir las decisiones atinentes a la misma.

2.13. Fotocopias i) del documento fechado el 23 de septiembre de 2004, dirigido por el representante legal de Asobarí al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial donde relata el trámite adelantado por Ecopetrol S.A. con fines de consulta previa, la historia del Pueblo Indígena Motilón Barí y sus consideraciones y comentarios al estudio de impacto ambiental; y ii) de la comunicación del 30 de noviembre del mismo año, que responde el escrito anterior, en el sentido de informar que las observaciones de las comunidades indígenas serán evaluadas y las decisiones que se adopten al respecto les serán comunicadas “al Consejo que usted representa de manera oportuna”.

2.14. Fotocopias i) del derecho de petición, dirigido por una abogada vinculada a la Corporación Colectivo de Abogados Luis Carlos Pérez al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, sobre solicitud de información de los trámites adelantados por Ecopetrol S.A. para la obtención de su licencia ambiental –13/12/04– y ii) de los oficios que responden la petición –22/12/04–.

Cabe precisar que, en respuesta a los interrogantes de la representante del colectivo de abogados, sobre cómo se garantizarían los derechos de las comunidades indígenas, la directora de licencias, permisos y trámites ambientales del ministerio respondió:

“La evaluación ambiental que este ministerio hace del proyecto en mención, con el propósito de decidir sobre su viabilidad ambiental, involucra el examen de la participación de la comunidad indígena motilón barí (sic) a la luz de la normatividad vigente al respecto y toma en consideración todas las manifestaciones de dicha comunidad sobre el proyecto, luego de lo cual se emite concepto técnico respectivo y se expide el acto administrativo correspondiente.

(...)

La evaluación que la Dirección de licencias, permisos y trámites ambientales de este ministerio hace del proyecto, se basa en los diferentes documentos presentados por la empresa, en las observaciones que las comunidades indígenas y las diferentes instituciones involucradas hagan a través de documentos u oralmente en las reuniones que se realicen, en la inspección de campo del equipo técnico a la zona del proyecto y en la formación y experiencia profesional de este, de manera que garanticen suficientes elementos de juicio para decidir sobre la viabilidad ambiental del proyecto.

(...)

Como se ha señalado anteriormente, este ministerio se encuentra evaluando el proyecto, incluido el proceso de participación de las comunidades indígenas asentadas en el área de influencia del mismo, sobre lo cual se emitirá el respectivo concepto técnico y se expedirá el acto administrativo correspondiente el cual será comunicado oportunamente”.

2.15. Fotocopia del Acta 004 “Proyecto de perforación exploratoria Álamo I Protocolización proceso de consulta previa con Comunidades Indígenas Motilón Barí”, fechada el 23 de septiembre de 2004 y suscrita por “los representantes del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Luz Stella Téllez, Jorge Idárraga y Alfonso Hernández, quien presidirá la reunión, Juan Fernando Monsalve Peña, funcionario de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y Justicia, Edgar Kairuzy, José Urrea Uyabán, representantes de Ecopetrol S.A., con el fin de adelantar la reunión de protocolización del proceso de consulta previa (...)”.

El documento da cuenta de la no asistencia de “la comunidad indígena Motilón Barí, ni [de] los representantes de la Asociación Asobarí involucradas con el proyecto Bloque de Perforación y Exploratoria Álamo y Plan de manejo Pozo Álamo –1”, sin perjuicio de la convocatoria realizada a los mismos, en los términos del Auto 946 del 8 de septiembre de 2004.

2.16. Fotocopias i) del Concepto 045, emitido por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, sobre las deficiencias encontradas en el estudio de impacto ambiental y en el plan de manejo ambiental del Proyecto Álamo –el 12 de enero de 2005– y ii) del Auto 57 del 21 de enero del mismo año, que requiere a Ecopetrol S.A. para que complemente, precise y presente los documentos con los ajustes respectivos.

2.17. Fotocopia del escrito mediante el cual Ecopetrol S.A. i) interpuso recurso de reposición contra el Auto 57 de 2005, en el sentido de solicitar que la evaluación se circunscriba “al área de locación para perforación del Pozo Álamo-1 y las medidas de manejo que apareja dicha actividad en un área sustancialmente reducida”; ii) presentó a consideración del ministerio el documento que da respuesta a los “Requerimientos del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial - Estudio de Impacto Ambiental Proyecto Álamo y Plan de Manejo Ambiental Pozo Álamo-1 (adjunto)”; y iii) solicitó realizar “los ajustes necesarios teniendo en cuenta la modificación de la solicitud de licencia para el área del Pozo Álamo I exclusivamente, reducida sustancialmente con los argumentos técnicos expuestos en este escrito”.

2.18. Fotocopia parcial, de la decisión emitida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, con el fin de modificar la “**Solicitud de licencia ambiental para actividades de perforación exploratoria pozo Álamo 1**” –27 de enero de 2005–.

2.19. Fotocopias de los oficios dirigidos por la directora de etnias del Ministerio del Interior y de Justicia a la dirección de responsabilidad integral de Ecopetrol S.A. para dar cuenta de la no presencia de comunidades indígenas en el área de influencia del Proyecto Exploratorio Pozo Álamo 1 –febrero 2005– y ratificar la certificación –15 de abril de 2005–.

2.20. Fotocopia del informe presentado por la “Asesora Amanda Londoño”, al defensor delegado de Indígenas y Minorías Étnicas, que da cuenta de la reunión adelantada el 1° de abril de 2005 –Informe reunión defensores comunitarios y reunión dirección de etnias–, “sobre el caso de los Indígenas Motilón Barí”.

2.21. Fotocopia de la Resolución 0624 del 16 de mayo de 2005, emitida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial “por la cual se otorga una licencia ambiental”.

Resolvió el ministerio, previo recuento del trámite iniciado el 16 de febrero de 2004 —Radicación 4120 –E1-8893– “[o]torgar licencia ambiental a la EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS, ECOPETROL S.A. (sic) para el proyecto de perforación exploratoria denominado ÁREA DEL POZO ÁLAMO 1, localizada en el corregimiento de La Gabarra, en jurisdicción del municipio de Tibú en el departamento del Norte de Santander delimitada por un círculo de 250 metros de radio, alrededor del punto con las siguientes coordenadas:

Pozo	Coordenadas planas		Coordenadas geográficas	
	Norte	Sur	Latitud Norte	Latitud Oeste
Álamo -1	1.481.500	1.116.450	8°57'05,0"	73°01'19,6"

La licencia comprende obras civiles –readecuación de la vía existente entre la cabecera del municipio de Tibú y la cabecera del corregimiento de La Gabarra y rehabilitación de los puentes de la vía Tibú– La Gabarra; locación de plataforma e instalaciones de apoyo, construcciones de helipuerto, campamentos de personal y de Policía, pruebas de producción, desmantelamiento, abandono y recuperación de las áreas intervenidas –si el resultado del proyecto no es positivo–.

La resolución permite el uso, aprovechamiento o afectación de la fuente de agua superficial denominada o conocida localmente como Caño Sucio y comprende autorización de vertimientos, manejo y disposición de residuos sólidos y emisiones atmosféricas.

(...)

2.2. Fotocopia del oficio suscrito por la directora de etnias del Ministerio del Interior y de Justicia el 31 de junio de 2005, con el objeto de informar al señor Gonzalo Arabadora Sabarayda, representante legal de Asobarí, sobre el procedimiento de verificación llevado a cabo por esa dependencia para constatar la existencia de comunidades indígenas en la zona de ejecución del proyecto exploratorio Álamo-1.

2.23. Fotocopia del escrito emitido por la oficina de gestión social de Ecopetrol S.A. el 8 de septiembre de 2005 donde se invita al representante legal de Asobarí, Gonzalo Arabadora Sabarayda, a una reunión que se celebraría el 12 de septiembre del mismo año.

2.24. Oficio emitido por el defensor delegado para Indígenas y Minorías Étnicas, en respuesta al requerimiento realizado por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, dentro del proceso de tutela de la referencia, que relaciona y anexa la documentación relativa a las actuaciones adelantadas por la Defensoría Regional del Pueblo, en calidad de coadyuvante de los derechos del Pueblo Indígena Motilón Barí, con ocasión de la solicitud de licencia ambiental, para el Proyecto de Exploración Álamo y Álamo- 1.

Entre la documentación remitida, obran i) copia del oficio emitido por la defensora regional de Norte de Santander y dirigido al defensor delegado para Indígenas y Minorías Étnicas el 31 de mayo de 2005, sobre la diligencia de verificación que le permite a la entidad dar cuenta de la existencia de la “comunidad Bedoquira cuyo cacique es el señor Edrás Dora”, en las coordenadas —N° 08° 57-05" W: 73° 01-19.6"— y ii) fotocopia de la comunicación 4080-0929 dirigida por el defensor delegado para Indígenas y Minorías Étnicas a la directora de licencias, permisos y trámites ambientales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el 19 de octubre de 2005, manifestando su preocupación frente a la afirmación de los líderes del pueblo Barí en el sentido de que los datos proporcionados por Ecopetrol S.A. no coinciden con los estipulados en la licencia ambiental.

2.25. Informe enviado al honorable Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en su calidad de juez de tutela de primer grado, por el coordinador de grupos étnicos de la Procuraduría General de la Nación.

Refiere el funcionario que hechas las solicitudes de información pertinentes —23 de agosto de 2003 y 31 de mayo de 2005— i) Ecopetrol S.A. “informó que a partir de septiembre de 2003 directamente y a través de su consultor en el área había realizado acercamientos con la comunidad indígena, con sus representantes, con sus caciques y con Asobarí por medio de talleres en los cuales se socializó las características técnicas del proyecto, sus impactos ambientales, sociales y culturales. Agrega que considera que había concluido el proceso de consulta previa y que solo restaba que el Ministerio de Ambiente citara a la protocolización del mismo”; y ii)

la oficina de control interno del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial envió copia del documento de respuesta a la petición presentada por el señor Arabadora Sabaydara y que “según certificación de la Dirección de Etnias en el área del proyecto del Pozo Álamo I, no se registran comunidades indígenas que se puedan ver afectadas con su ejecución, que en consecuencia no procede la realización de consulta previa”.

Agrega el informe:

“Finalmente el 1° de abril del año en curso —1° Nov. 2005— en reunión celebrada en la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia en la que participaron representantes de la comunidad indígena, la Defensoría del Pueblo y esta Procuraduría Delegada, teniendo en cuenta que se habían expedido dos certificaciones al parecer contradictorias sobre la presencia de comunidades indígenas en el área de influencia de los proyectos Bloque y Pozo Álamo 1, se recomendó realizar una nueva verificación en campo con asistencia de las entidades presentes, sin que hasta la fecha se haya recibido comunicación al respecto”.

3. Demanda

Los señores Gonzalo Arabadora Sabaydara, en calidad de representante legal de la Asociación Comunidad Motilón Barí, Asocbarí, y Ashcayra Arabadora Acrora, delegado del Consejo Autónomo de Caciques y 49 personas más “miembros del Pueblo Indígena Motilón Barí, caciques líderes y miembros de las comunidades integrantes del Pueblo Indígena Motilón Barí, vecinos de los municipios de Tibú, El Carmen, Teorama, Convención y El Tarro”, instauran acción de tutela en contra de los ministerios del Interior y de Justicia, de Defensa, de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y de Ecopetrol S.A. “con el objeto de que nos sean protegidos a los miembros de la comunidad indígena Motilón Barí los derechos humanos fundamentales a la integridad étnica, social, económica y cultural, a la subsistencia, a no ser sometidos a desaparición forzada, malos tratos, así como los derechos a la participación, consulta y debido proceso, quebrantados por los accionados, para evitar un **perjuicio irremediable**, como consecuencia de la acción de los demandados, si se permite la ejecución del proyecto de exploración y explotación del Pozo Álamo I y si continúan las acciones militares en función de brindar garantías a la Empresa para la ejecución del proyecto Álamo I, en territorios indígenas Motilón Barí”.

Inicialmente, los accionantes describen su pueblo, se detienen en el territorio que ocupan desde tiempos ancestrales, se refieren al proceso de titulación de tierras adelantado por el Estado colombiano en la región y culminan el primer aparte de su intervención describiendo los procesos de exterminio al que han estado y siguen estando sometidos —“Etnocidio (sic) Un Atavío del Progreso”—. Afirman que la étnica de los Motilón Barí es milenaria y está conformada por 23 comunidades que habitan en la cuenca del Río Catatumbo (Norte de Santander), pertenecen a la familia Arawak, hablan Barí Ara y basan su economía en el autoabastecimiento, a través de la agricultura, la caza y la pesca.

Sostienen que su sistema de trabajo se estructura como una red de alianzas y de hermandad (hombres: labores de caza, mujeres: labores de cultivo y domésticas) y

que el consejo de 23 caciques, uno por cada comunidad, los caciques menores, los asesores comunitarios y los miembros de la comunidad conforman su organización política, externamente representada por el Consejo Autónomo de Caciques y por la Asociación Comunidad Motilón Barí, Asoobarí.

Afirman que “históricamente, hemos enfrentado la pérdida constante de nuestro territorio” inicialmente por efectos de la conquista y de la colonización —”desde la época de los 70 hacen presencia en la zona los grupos armados, el ELN primero; las FARC y el EPL después (...) desde el primer trimestre del año 1999 las autodefensas (...) y hoy en día por invasiones más poderosas”—, al punto que un territorio que inicialmente comprendía toda la región del Catatumbo hasta el Lago Maracaibo en Venezuela, en la actualidad es de solo 1.200 kilómetros.

Aseguran que a la reducción del 90% de su territorio se suma la pérdida de pobladores, debido a las enfermedades contraídas “por contacto con los blancos y el mundo civilizado” que amenazan con exterminarlos y a la “pérdida de valores naturales y culturales, poniendo en riesgo la pervivencia de la etnia Barí; pues tales incursiones se vienen presentando con un constante y marcado desconocimiento e irrespeto por lo consagrado en la constitución (sic) y las leyes nacionales e internacionales de protección a los pueblos indígenas”.

Sostienen que su pueblo cuenta con la reserva forestal y con el Parque Natural Nacional del Catatumbo, más allá de “los límites estipulados por el Incora” —resguardos indígenas Motilón Barí y Catalaura—, si se considera que “los Barí en la actualidad y desde tiempos ancestrales”, ocupan los municipios del Carmen, Convención, Teorama y Tibú, con las comunidades Iquiacora, Ayatina, AratocBarí, Adosarida, Corrancayra Ichirindacayra, Pathuma; Batroctora, CaxBaríngcayra, Saphadana, Bridicayra; Bruducanina, Ocbabuda, Suerera, AsaBaríngcayra, ShubacBarína, Yera, Sacacú, Caricachaboquira, Bacuboquira, Beboquirae e Isthoda.

Señalan al respecto:

“El territorio Barí es predominantemente montañoso, salpicado de pequeños valles y llanuras y se halla cruzado en todas direcciones por múltiples, ríos y caños; la región, tradicionalmente dominada por selva húmeda tropical de fauna y flora silvestres, pertenece a la cuenca del Catatumbo que confluye en el lago de Maracaibo en la República de Venezuela (...). La comunidad Motilón Barí, cuenta en la actualidad con este territorio lleno de riquezas por la fauna y flora que la caracterizan, en el cual hemos transmitido generación tras generación nuestros valores culturales para conservar nuestra etnia indígena (...). Es muy importante para nosotros mantener nuestro territorio ancestralmente ocupado porque es donde está nuestra alimentación, es el medio para vivir con la madre naturaleza, de mantener la relación con los seres sagrados, con los espíritus y los aliados por medio del dios Sabaseba”.

Se refieren a los hechos relacionados en esta providencia, concretamente al proceso surtido por Ecopetrol S.A. ante el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, con miras a obtener licencia ambiental para la exploración del Pozo Álamo I y también a las actuaciones adelantadas por la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, “en forma irregular y con desconocimiento del

derecho fundamental de la comunidad relación (sic) con la consulta que formal y sustancialmente ha debido hacérsenos. Consecuencialmente, resultan vulnerados no solo los derechos de participación y a la integridad de la comunidad sino el derecho al debido proceso, al territorio y por último de capital importancia, nuestro derecho a la supervivencia física y cultural”.

Reseñan que, desde el año 2002, las comunidades indígenas conocieron “que se cernía una amenaza sobre su territorio”, ante “los trabajos realizados por Geocol y Gema”, razón por la cual acudieron a la Defensoría del Pueblo y en compañía de funcionarios de la entidad pudieron constatar “que las citadas empresas contratistas de Ecopetrol, hacían presencia en nuestro territorio y tenían allí herramientas e implementos que fueron decomisados por la comunidad allí asentada (...) dentro de nuestros resguardos y sin ningún tipo de autorización ni notificación o información de nuestro pueblo (...)”.

Indican que en razón de lo anterior, el 25 de noviembre de 2003, “algunos miembros de la comunidad sostuvimos una reunión informal con Ecopetrol y Gema (...)” la cual, más adelante, al revisar el expediente contentivo del trámite adelantado por Ecopetrol S.A., ante los ministerios del Interior y de Ambiente, pudieron constatar que “se hace pasar por primera reunión de concertación, de manera absurda”, si se considera que la pretendida acta no es más que “un manuscrito, tomado en hojas de cuaderno al que se le suma un listado de asistencia, a la reunión sostenida en la citada fecha, listado que por razones lógicas no constituye ni reemplaza la firma de un acta o constancia de acuerdo (...)”.

Agregan que el día antes señalado, algunos integrantes de sus comunidades convinieron en asistir a un encuentro que se realizó los días 11 y 12 de diciembre del mismo año, “(...) promovido por la empresa Gema Ltda., fuimos objeto de tratos irregulares por parte de la empresa, pues además de no haber tenido la posibilidad de conocer previamente el documento de estudio de impacto ambiental; este encuentro, en el que se hizo reiteradamente énfasis en su carácter informativo, no cumplió su objetivo pues de manera irrespetuosa dicho estudio fue presentado en un lenguaje no comprensible para el ciudadano común, en terminología demasiado técnica difícil de comprender para las autoridades Barí que apenas conocen el idioma español (...)”. Agregan al respecto:

“... El estudio de impacto ambiental mencionado fue elaborado de manera unilateral por una empresa contratista de Ecopetrol, lo que nos indica que el amañado taller se constituyó en un acto protocolario para legitimar el estudio de impacto ambiental realizado y de esa forma solicitar la correspondiente licencia ambiental. Por ello reiteramos en ese y en otros documentos sobre múltiples reuniones que se han tenido con las autoridades tradicionales cuando esas afirmaciones no son ciertas; se indica que los días 11 y 12 de diciembre de 2003 se procedió a la exposición del proyecto y que la comunidad tuvo oportuno acceso a la misma, cuando lo cierto es que recibimos el material del ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL en el mes de junio del año 2004, sin lo correspondiente al PLAN DE MANEJO AMBIENTAL y en el mencionado “taller” nunca se llevó a cabo la exposición del estudio de impacto ambiental, fue esa la razón por la cual solicitamos tiempo para estudiar y analizar el

estudio de impacto ambiental entregado *ad portas* de pretender finalizar el “proceso de consulta”; finalmente, al concluir la lectura del documento de contestación observamos que no incluía el cronograma de ninguna de las jornadas. Así que el segundo taller, a realizar los días 8, 9 y 10 de junio, fue postergado para el mes de agosto”.

Exponen que, a pesar de no contar con el plan de manejo ambiental, en la reunión convocada para los días 10 y 11 de agosto de 2003 “las autoridades tradicionales, las comunidades directamente afectadas con el proyecto y las organizaciones sociales (...)” presentaron dos documentos, “producto del estudio y análisis técnico y sociojurídico (...) sobre el estudio de impacto ambiental presentado por la empresa Ecopetrol a las autoridades ambientales”, y que fundamentado en los mismos documentos, “presentamos al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, otra solicitud esta vez pidiendo la abstención de otorgamiento de la licencia ambiental” y al Ministerio del Interior y de Justicia, solicitando su intervención en dicho trámite.

Afirman que conocido el documento por la Dirección de Etnias “(...) el señor Pedro V., proyecta inicialmente un recurso de reposición contra el auto 946 (sic) emitido por el Grupo de Licencias, Permisos y Trámites del Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial en el sentido de revocar dicho auto considerando que no se ha cumplido con la normatividad vigente, respecto a la participación de las comunidades indígenas”, el cual “extrañamente no fue el que finalmente se interpuso ante el Ministerio de Medio Ambiente, por el contrario en la misma fecha se presenta un recurso con el mismo objeto, es decir, revocar la convocatoria a reunión de consulta argumentando que dicha reunión no debe vestirse (sic) hasta tanto no se tenga certeza sobre la real presencia de comunidades indígenas en el área de influencia directa, por tanto dirección de etnias (sic) debe verificar, pues la dirección tiene serias dudas sobre la real existencia de comunidades en el área del proyecto álamo (sic)”⁸.

Agregan que los documentos relacionados demuestran que la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia siempre consideró que el derecho del Pueblo Indígena Motilón Barí a la consulta previa “resultaría afectado de realizarse dicha protocolización”, en consecuencia no encuentran clara “la razón por la cual el Ministerio del Interior cambia de criterio y opta por recurrir con el argumento de que no existe certeza de que nuestra comunidad haga presencia en la zona”.

⁸ Los accionantes anexa a la demanda, entre otros documentos con anotaciones, i) “el oficio del 9 de septiembre de 2004 proveniente del Ministerio de Ambiente y dirigido al señor Jesús María Ramírez Cano director general de Etnias, mediante el cual envía para su conocimiento copia del auto 946 del 2004 por medio del cual se convoca a reunión de consulta previa. Recibido por la dirección de etnias (sic) el 13 de septiembre de 2004 a 1:08 p.m. **al que se agrega una anotación que reza “ Pedro podríamos tumbar esto ?; Y ii)** “un documento que pese a haberse proyectado tampoco fue firmado por el entonces director de etnias y mucho menos fue enviado, que iría dirigido a nuestra comunidad a través de la representación legal de Asoebarí con posterioridad a nuestra inasistencia a fin de que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial convocara nuevamente a reunión de consulta previa (...) proyectado por JFM (Juan Fernando Monsalve) el día 27 de septiembre de 2004, se encuentra nuevamente una observación que nos llama mucho la atención pues reza: **“Juan Fdo. La posición nuestra es otra no debe haber consulta pues no hay indios”** —se destaca—.

En este punto, es decir respecto de las certificaciones emitidas por la dirección en comento, refieren que “el Ministerio del Interior y de Justicia a través de la Dirección de Etnias ha expedido tres certificaciones relacionadas con la presencia de comunidad Motilón Barí en la zona de influencia del proyecto Álamo I, las dos primeras expedidas el 13 de diciembre de 2002 y el 5 de febrero de 2004 y ahora con la expedición de una nueva certificación para el nuevo proyecto Pozo Álamo I, mediante oficio NC 0671 del 10 de febrero de 2005 de la Dirección de Etnias, Luz Helena Izquierdo certifica que no se registra presencia de comunidades indígenas en el área del proyecto perforación del pozo Álamo I coordenadas N 08° 57-05” W /3° 01-19.6”.

Señalan al respecto:

“(…) se tienen (sic) entonces que el ministerio (sic) del Interior y de Justicia a través de Dirección de Etnias ha certificado para la misma área de influencia 3 certificaciones (sic), siendo la última de ellas respecto de la (sic) otras incompatible y contradictoria, pues teniendo en cuenta que habiendo determinado para el caso del proyecto de Bloque Álamo I la presencia de comunidad en el área no es comprensible que Dirección de Etnias (sic) certifique en esta oportunidad la no presencia de indígenas en la zona del Pozo Álamo I, toda vez que aunque el nuevo proyecto de Bloque Álamo I alude solamente al área donde se ubica la plataforma de exploración, desde luego menor a la solicitada en el proyecto de Bloque, sin embargo el punto relacionado en el proyecto de Pozo Álamo I se encuentra al interior del Bloque señalado con antelación y para el cual se demostró la presencia de comunidad (sic), este prospecto de pozo no ha variado, en cambio sí lo han hecho con la delimitación del área de influencia que desde el inicio de los trámites se ha venido presentando y sobre la cual tanto la comunidad, como la defensoría (sic) habían venido solicitando claridad. Pues lo que sí ha estado claro es que un área de influencia no se determina solamente estableciendo sus posibles linderos cartográficamente, sino a los impactos ambientales reales que no están circunscritos a una sola coordenada con la del pozo de explotación sino que como es apenas lógico se extiende en un área de influencia a la redonda, área que en este caso se ha pretendido minimizar formalmente a fin de obtener la licencia sin el requerimiento de consulta previa con la comunidad indígena”.

Manifiestan que el 1° de abril de 2004, en reunión interinstitucional adelantada en el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, conocieron de la modificación de la licencia ambiental en curso, solicitada por Ecopetrol S.A. y fueron informados sobre la expedición de la certificación, que da cuenta de que “en el punto del pozo no se encuentran comunidades indígenas en la zona, certificación fechada a 10 de febrero de 2005”.

Circunstancia esta que el Ministerio del Interior y de Justicia, en reunión adelantada el 29 de marzo anterior, omitió informarles “aduciendo que frente al Proyecto de Bloque Álamo I no pueden determinar si certificaron o no la presencia de comunidades argumentando que “es posible que se haya extraviado una de las carpetas del expediente Motilón Barí (...)”.

Indican, respecto de las explicaciones dadas por “El Ministerio del Interior, Dirección de Etnias en cabeza de la doctora Luz Helena Izquierdo y el Dr. Juan Fernando Monsalve”, sobre la expedición de los certificados.

“(…) Allí se solicita al Ministerio del Interior explicaciones y respuestas sobre las dudas surgidas con ocasión de las certificaciones y sobre lo cual no obtuvimos respuesta en la reunión del 29 de marzo. Al interrogárseles sobre si habían certificado o no la existencia de comunidades indígenas para el trámite de licencia de Bloque Álamo I, el doctor Juan Fernando Monsalve manifestó que en el año 2002 se certificó que sí habían comunidades indígenas mediante oficio del (sic) fecha 3 de diciembre, igualmente se les cuestionó por la ausencia de la Dirección de Etnias en el proceso de consulta previa frente a lo cual aseguran haber asistido a 3 reuniones, sin embargo se les probó que solo existe constancia de su asistencia a la reunión de 11 y 12 de diciembre de 2003. (sic) en la misma reunión se debate sobre los criterios que emplea el Ministerio del Interior para determinar cómo certifica la existencia de pueblos indígenas, pues frente a las 3 certificaciones expedidas en diciembre de 2002, junio de 2004 y la entregada en enero de 2005 surge el interrogante sobre los criterios, a los cuales el doctor Juan Fernando Monsalve contesta que para dar certificados se mira primero la base de datos de los municipios y que de ese criterio partió la primera certificación y que cuando las empresas desean saber o determinar si en un punto específico hay comunidades indígenas. Dirección de Etnias se traslada al punto y de ahí partió el criterio de la última certificación. Ante esto surge un nuevo cuestionamiento pues de la certificación, pese a ser un acto administrativo no se infiere el método o motivaciones que dieron lugar a precisar la no existencia de comunidad en el área (coordinada), ni en el expediente obra prueba alguna de las diligencias adelantadas con ocasión de la aparente verificación, frente a esto añade el señor Juan Fernando Monsalve que la verificación se hizo por vía aérea y que se tomaron unas fotografías que incluso enseñó en la reunión pero que por una parte, se desconoce dónde fueron tomadas y por otra, no obran en el expediente, agrega, además, que del sobrevuelo se pudo determinar que allí no habían (sic) indígenas porque no los vio ni observó allí alguna choza. Nos preguntamos si es que en cada punto de nuestro territorio debe haber un bohío o un indígena de pie, para considerar que sí habitamos en lo que desde hace cientos de años es nuestro territorio?”.

Manifiestan que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial i) no les permitió intervenir en el trámite de la licencia ambiental, toda vez que se les negó el recurso interpuesto contra el Auto 946 de 2004 emitido con el objeto de ordenar la protocolización de la consulta, aduciendo que el pueblo indígena no tenía interés en el asunto y que ii) ante su insistencia en ser oídos, “el 30 de noviembre de 2004, mediante comunicación 1080-EZ-88995” fueron informados sobre “que la Dirección de licencias, permisos y trámites se encuentra evaluando el estudio de impacto ambiental presentado por Ecopetrol (sic) y se hace relación a que se tendrá en cuenta lo expuesto por nosotros en lo correspondiente a la participación de comunidades indígenas (...) sin embargo nunca fuimos comunicados respecto de las decisiones adoptadas con posterioridad”.

Indican al respecto:

“Por otra parte, Ministerio de Ambiente (sic), a quien no solo se informó de las irregularidades del proceso de consulta sino también de las fallas encontradas en el Estudio de Impacto Ambiental y en el Plan de Manejo omite pronunciarse respecto de nuestras solicitudes y respecto de las situaciones irregulares puestas en su conocimiento, así mismo, omite informar a la comunidad de la existencia de nuevos trámites y nuevas decisiones que evidentemente afectaban nuestros derechos.

Las actuaciones de las autoridades en mención, son abiertamente violatorias del derecho de contradicción, probablemente el de mayor trascendencia sustancial en cuanto implica a la actuación simultánea de administración y administrado dentro del trámite, enfrentando criterios y opiniones en torno a los medios de prueba solicitados o aportados, pues no solo no disponíamos de oportunidades reconocidas para interponer recursos pues “no somos el interesado”, sino que se nos impidió la participación inmediata y efectiva de toda actuación, la cual debió permitirse desde el mismo momento en que se advirtió que nuestros derechos o intereses podían ser objeto de la decisión final”.

Sostienen que los ministerios del Interior y de Justicia, de Defensa, de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y Ecopetrol S.A. “nos están violando los derechos de participación, de consulta, derecho al territorio, a la integridad étnica, cultural, social y económica, el derecho a la vida y a la subsistencia, como pueblo indígena, así como el derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, el derecho a la libre movilización y el derecho fundamental a la propiedad”.

Fundan el perjuicio irremediable que afrontan, en la ejecución de “la resolución que autorizó la licencia ambiental que se extiende hasta cuando culminen las labores de exploración y se evalúen sus resultados, pues la estrategia de Ecopetrol no se reducía al hecho de pretender obtener la licencia ambiental del Pozo Álamo I sino en la medida que se corroborara la existencia de petróleo, se iniciaría el trámite de licencia ambiental, pozo por pozo aumentando con ello el impacto ambiental sobre nuestro territorio indígena y vulnerando en forma permanente los derechos fundamentales señalados, llegando al punto de no retorno, como es la destrucción, desaparición, aniquilación y desplazamiento de nuestro Pueblo Indígena Motilón Barí”.

Para concluir señalan que desde que se iniciaron las exploraciones en su territorio i) la fuerza pública “ha acordonado el área y sus acciones y han minado nuestro territorio ancestral, impidiéndonos visitar nuestros lugares sagrados y confinando nuestras comunidades”, ii) las actividades de caza y pesca se han visto disminuidas “por el temor de caer víctimas de los ataques de la fuerza pública (...) lo cual empieza a generar efectos en nuestra salud”; iii) “se ha restringido por completo nuestra libre movilización y lo que hasta hace unos meses constituían caminos de paso entre nuestras comunidades, en particular entre las comunidades Ishtoda, El Castillo, Beboquira y Yera, hoy es territorio vedado para nosotros, so pena de caer víctimas de las minas instaladas por el Ejército y de las balas y morteros que implacablemente dispara la fuerza pública que allí hace presencia, al percibir movimientos en los alrededores de la zona acordonada y que constantemente propicia situaciones de

riesgo para nuestra vida e integridad”, iii) “se han incrementado los bloqueos de ingreso de alimentos a nuestro territorio indígena” y iv) “hemos venido soportando los efectos de enfrentamientos en territorio indígena, territorio donde cohabitamos con algunos colonos que han sido las primeras víctimas del accionar de la fuerza pública, pues algunos de ellos han resultado heridos, algunos con amputaciones, a lo cual se suma la imposibilidad de acceder a la prestación de los servicios médicos, pues al salir de la zona son dejados en los retenes militares”.

Igualmente señalan que las acciones de la fuerza pública no se “presentan únicamente en la coordenada de ejecución del proyecto, sino que han extendido su accionar militar acordonando la zona, arrojando bombas que ya han empezado a afectar ostensiblemente nuestra cotidianidad, nuestro territorio y nuestros animales, pues hemos perdido algunos de estos con ocasión de las bombas arrojadas”.

En armonía con lo expuesto, solicitan el restablecimiento de sus derechos fundamentales a la supervivencia, a la participación y al debido proceso.

En suma los accionantes pretenden:

“**Primero:** Se AMPARE O PROTEJA la diversidad étnica y cultural de la comunidad indígena Motilón Barí, que se protejan los derechos al territorio, a la subsistencia, a la vida e integridad personal, a la participación, al debido proceso, a la libertad de circulación y el derecho fundamental a la propiedad, que se estiman fundamentales, no meramente programáticos, sino ciertos, reales y considerados medulares para la supervivencia y el desarrollo sociocultural de la etnia Motilón Barí como grupo social que merece la especial protección del Estado en los términos de los artículos 7°, 7° y 8° de la C. P. a fin de evitar un perjuicio irreparable e irreversible como es la desaparición del Pueblo Indígena Motilón Barí.

Como consecuencia de lo anterior y como MEDIDA PROVISIONAL:

Primero: Se ORDENE al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, que proceda en forma inmediata a SUSPENDER la aplicación y/o los efectos de la Resolución 0624 del 16 de mayo de 2005, la cual otorga licencia ambiental para el proyecto Pozo Álamo I en territorio indígena.

Segundo: Que, como medida provisional se ORDENE al Ministerio del Interior y de Justicia, Dirección de Etnias que en forma inmediata suspenda la aplicación y/o los efectos de la certificación sobre presencia de comunidades indígenas expedida en fecha 10 de febrero de 2005, la cual certifica la no presencia de pueblos indígenas en el área del Pozo Álamo I, sin consultar con las comunidades y sin las motivaciones y fundamentos necesarios para tomar una decisión tan relevante como es la de determinar la existencia o no de pueblos indígenas.

Como consecuencia de lo anterior:

Primero: Que se ordene a la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol S.A. suspenda la construcción de obras civiles y la ejecución del proyecto de explotación y exploración pozo Álamo I en territorio ancestral indígena.

Segundo: Que se ORDENE a todas las autoridades civiles y políticas nacionales, departamentales y municipales ambientales y encargadas de la protección y

promoción de los derechos humanos y de asuntos étnicos, a tomar las medidas necesarias para garantizar la protección y realización de los derechos fundamentales tutelados, especialmente el derecho a la vida y el de la integridad física de todas las autoridades tradicionales, accionantes y miembros del Pueblo Indígena Motilón Barí, los cuales se encuentran siendo vulnerados por la acción de las autoridades públicas ambientales y encargadas de asuntos étnicos en el orden nacional y los cuales se encuentran amenazados por los altos niveles de riesgo que se derivan de la decisión de un pueblo indígena de Oponerse a un Proyecto de Exploración y Explotación de Recursos Naturales en el cual se encuentran inmersos muchos intereses económicos y políticos.

Tercero: Que se ORDENE a la fuerza pública que hace presencia en la zona demarcada por el ejército como cordón de seguridad para garantizar la integridad física de los materiales y de la infraestructura petrolera del Proyecto de Exploración y Explotación Álamo I, —EJÉRCITO NACIONAL— abstenerse de emprender cualquier acción bélica que atente contra la integridad física de los miembros del Pueblo Indígena Motilón Barí y de los colonos que se encuentran en la zona cercana a la vereda el Progreso; y acciones que impliquen la limitación del derecho a la libertad de locomoción, por lo que solicitamos se ordene a la Fuerza Pública levantar el veto que existe sobre la zona acordonada pues impide el tránsito y la realización de actividades propias de la Cultura y Pueblo Barí.

Cuarto: Que la Defensoría del Pueblo si así lo considera el HONORABLE TRIBUNAL sea vinculada, para que en ejercicio de las funciones que le asigna el artículo 282 de la Constitución Política asesore y acompañe a nuestro pueblo indígena como accionantes, a partir de la notificación de la sentencia.

Quinto: Que se dé trámite a lo procesos disciplinarios a que haya lugar, con ocasión del accionar de los señores JESÚS MARÍA RAMÍREZ CANO, JUAN FERNANDO MONSALVE y LUZ HELENA IZQUIERDO y demás funcionarios en la vulneración de nuestros derechos fundamentales, en la pérdida de documentos públicos del expediente del Ministerio del Interior, en la omisión de su deber de coordinadores interinstitucionales de la consulta previa y de veedores”.

4. Intervención pasiva

4.1. Ministerio de Defensa. Fuerzas Militares de Colombia

El señor brigadier general Édgar Ceballos Mendoza afirma que la Quinta Brigada del Ejército ejerce control operacional en los municipios de Tibú y de la Gabarra (área del Catatumbo), dada la presencia en la región de actores armados, FARC, ELN y AUC, y que en razón de la ejecución del Proyecto Álamo I y en coordinación con Ecopetrol S.A., dicha brigada presta seguridad física en el área del proyecto.

Asegura que “la Fuerza Pública en ninguna de sus actividades de seguridad y control emplea o ha empleado la siembra de minas antipersonales, proscritas por el derecho internacional humanitario constituyéndose a la inversa en blanco de estos medios de guerra que han dejado miles de víctimas militares en el territorio nacional” y también afirma que las actividades operacionales, llevadas a cabo en los municipios

de Tibú, la Gabarra y en general en la región del Catatumbo, “se han desarrollado con plena garantía y respeto a las comunidades indígenas”, habida cuenta de que sus integrantes reciben permanente apoyo de la fuerza pública para la satisfacción de sus necesidades y desplazamientos.

Sostiene que las comunidades indígenas más cercanas al Pozo Álamo I se encuentran ubicadas aproximadamente a 7 kilómetros y medio al norte y entre 12 y 14 kilómetros al sur, del área asignada a Ecopetrol S.A. y que tanto las obras que esta adelanta, como las actividades de seguridad y control a cargo de la fuerza pública, no afectan el desarrollo integral de dichas comunidades.

En cuanto a las vías de comunicación, señala que en el sector se cuenta con varios caminos que las comunidades indígenas frecuentan, especialmente con una vía pavimentada de 1.5 metros de ancho que une el sitio denominado Caño Tomás con la llamada cooperativa, recorriendo un amplio territorio y que el río Catatumbo, como lo ha sido desde épocas inmemoriales, sigue siendo utilizado sin restricciones por los pueblos indígenas de la región, para transportarse.

Con relación a los bloqueos permanentes al ingreso de alimentos, a que alude la demanda, el señor brigadier general asevera que la actividad de control sobre tráfico de mercancías e insumos en el área se realiza con sustento en las resoluciones 013 y 016 de julio de 2004 y 0004 de 11 de agosto de 2000, emitidas por el Consejo Nacional de Estupefacientes, es decir comporta el transporte de materiales comúnmente utilizados para el procesamiento, la transformación o la fabricación de narcóticos, exclusivamente.

4.2. Ministerio del Interior y de Justicia

La señora Luz Elena Izquierdo Torres, en calidad de directora de etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, en respuesta a la demanda de la referencia, recuerda que de conformidad con lo reglado en el artículo 3° del Decreto 1320 de 1998, al Ministerio del Interior y de Justicia le corresponde certificar la presencia de comunidades indígenas en el territorio nacional y determinar el pueblo al que pertenecen y su representación.

Agrega que por ello, la dirección a su cargo, mediante comunicación 7808 del 5 de junio de 2003, dio cuenta de la presencia de la “comunidad indígena Barí denominada Bedoquira-Cacricacha en el municipio de Tibú”, atendiendo la información suministrada por el DANE, y, al mismo tiempo inició un proceso de acercamiento con dicha comunidad, el cual concluyó con una reunión de protocolización que no pudo adelantarse, porque las autoridades e integrantes del Pueblo Indígena Motilón Barí no acudieron a la convocatoria, aunque se dirigieron al señor Presidente de la República para exponerle su oposición al Proyecto Álamo I.

Refiere que en el mes de enero de 2005, Ecopetrol S.A. solicitó al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial la modificación de la solicitud de licencia ambiental en trámite, relativa a la exploración del Proyecto Álamo 1, con base en una nueva delimitación, de manera que la dirección a su cargo tenía que certificar sobre la no existencia de comunidades indígenas en la zona, lo que efectivamente ocurrió.

4.3. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial

El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, por intermedio de apoderado, interviene para poner de presente que el trámite tendiente a otorgar a Ecopetrol S.A. una licencia ambiental se desarrolló en dos etapas, la primera con referencia al área Álamo y la segunda respecto de una zona menor, denominada Álamo 1.

Sostiene que el ministerio dio cumplimiento al trámite de la consulta previa, dispuesto en los artículos 12 del Decreto 1320 de 1998 y 14 del Decreto 1220 de 2005, en concordancia con la Ley 99 de 1993, si se considera i) que Ecopetrol S.A. allegó actas que dan cuenta de las reuniones celebradas con las autoridades e integrantes de las comunidades indígenas, con fines de consulta previa, en presencia de la Procuraduría Judicial para Asuntos Ambientales y Agrarios, la gobernación del Norte de Santander, Corponor, y la Defensoría del Pueblo; y ii) que el ministerio convocó a una reunión de protocolización, a la cual los indígenas no asistieron y tampoco justificaron su inasistencia, aunque les fue notificada la decisión que disponía la celebración.

Agrega que, con posterioridad, Ecopetrol S.A. solicitó modificar la licencia ambiental y para el efecto allegó certificación emitida por el Ministerio del Interior y de Justicia, la cual da cuenta de que no existen comunidades indígenas en la zona delimitada.

Por lo anterior, considera que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, en ningún momento vulneró las garantías constitucionales del Pueblo Indígena Motilón Barí, sino que sus autoridades e integrantes “renunciaron tácitamente a participar en el proceso de consulta previa dentro del proyecto Álamo y no presentaron justificación alguna de la inasistencia, por ende el procedimiento continuó con el trámite normal”, que a la postre conllevó al otorgamiento de la licencia ambiental en curso.

Finalmente, manifiesta que la acción de tutela no es el medio idóneo para resolver sobre la validez de un acto administrativo, dotado de presunción de legalidad, como viene a serlo el que otorga una licencia ambiental.

4.4. Ecopetrol S.A.

Ecopetrol S.A., por intermedio de apoderado, en respuesta al Oficio J-9762, librado el 24 de octubre del 2005 por el honorable Tribunal Administrativo de Norte de Santander, se refiere al trámite de consulta adelantado por la entidad, con el fin de destacar cómo “a pesar de haber cumplido con las exigencias de ley se encontró el rechazo sistemático del proyecto por parte de la comunidad indígena”, al punto que el proceso culminó “en el mes de septiembre de 2004 sin protocolización de la consulta previa”, dada la inasistencia de las comunidades a la reunión convocada por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, con tal fin.

Agrega que, en razón de lo anterior, en consideración a que la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, “advirtió al Ministerio de Ambiente que el proceso no requería consulta por cuanto no era clara la existencia de comunidades

en el área del proyecto (...)” y dado que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial realizó algunas objeciones al plan de manejo ambiental, dirigidas básicamente “a satisfacer las inquietudes planteadas por la comunidad Motilón Barí en escrito del 23 de septiembre de 2004 (...) a la que adjuntan un extenso escrito titulado “Consideraciones y comentarios al estudio de impacto ambiental del bloque de perforación exploratoria Álamo en la que identifican 19 fallas del EIA presentado por Ecopetrol”, esta entidad resolvió prescindir “de la solicitud de licenciamiento de todo el bloque”.

Afirma que la decisión anterior se tomó con el propósito de “(...) minimizar los impactos ambientales y sociales en el área y que además con la sola perforación del prospecto Álamo 1 bastaría para definir la presencia de hidrocarburos en esa cuenca del Catatumbo, razón por la que no se requiere la licencia ambiental para la totalidad del bloque, sino solo para el área del pozo Álamo I”.

Agrega que, una vez solicitada la modificación y comoquiera que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial obtuvo certificación de no existencia de comunidades indígenas o afrodescendientes en la zona, el trámite de consulta previa quedó descartado.

Por consiguiente solicita negar la protección, dado que Ecopetrol S.A. no vulnera los derechos fundamentales del Pueblo Indígena Motilón Barí y la resolución que otorga la licencia ambiental se encuentra en firme y en ejecución, dada la presunción de legalidad que le es propia.

4.5. Departamento de Norte de Santander

El gobernador del departamento de Norte de Santander interviene en el presente asunto, para solicitar que el amparo invocado por el Pueblo Indígena Motilón Barí no se conceda.

Para el efecto considera que, “de acuerdo con la amplia información allegada como soporte documental se constata”, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial cumplió a cabalidad con el procedimiento establecido en la ley en materia de expedición de licencias ambientales, habida cuenta de que “el área donde se llevará a cabo la explotación **no está** dentro del resguardo indígena por cuanto se trata de un área de exploración de 2,5 hectáreas (sic), pues de allí se verificará si existe o no petróleo, que justifique una exploración y/o exploración más amplia, caso en el cual se deberá solicitar la ampliación de la licencia”.

Finalmente, sostiene i) que el Pueblo Indígena Motilón Barí cuenta con otros medios para hacer valer los derechos fundamentales, que a su parecer le están siendo vulnerados, circunstancia que hace improcedente la acción de amparo, ii) que los accionantes no demuestran que las actividades adelantadas en ejecución de la licencia ambiental los afectan de manera irremediable, y iii) que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo le impuso a Ecopetrol S.A. un conjunto de medidas encaminadas a prevenir factores de deterioro ambiental.

5. Decisiones judiciales objeto de revisión

5.1. Primera instancia. Honorable Tribunal Administrativo de Norte de Santander

El honorable Tribunal Administrativo de Norte de Santander inicialmente destaca que en los términos del Decreto 1320 de 1998, “la consulta previa se realizará cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas de resguardo o reservas indígenas (...). Igualmente, se realizará consulta previa cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por muchas comunidades indígenas (...)”.

En armonía con lo expuesto, el fallador de primera instancia considera que la consulta previa deberá realizarse tanto cuando los proyectos se adelanten en zonas de resguardo, como en territorios habitados regular o permanentemente por comunidades indígenas, previa certificación del Ministerio del Interior y de Justicia, sobre la presencia de comunidades en la zona y la determinación del pueblo al que las mismas pertenecen.

Encuentra razonable que al pueblo Motilón Barí lo asalten dudas acerca del proceso de consulta previa adelantado por Ecopetrol S.A., de la modificación de la licencia ambiental y de las certificaciones expedidas por el Ministerio del Interior y de Justicia sobre su existencia en la zona.

Se pregunta, entonces, el fallador de primera instancia, por los efectos de la modificación de la solicitud de la licencia ambiental, “sobre la obligación de consulta que establece la Constitución y la ley”, frente a la certificación sobre la no existencia de comunidades indígenas, emitida por la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia y concluye que la consulta no tenía que adelantarse.

Para el efecto se apoya i) en la certificación emitida en febrero de 2005 por el Ministerio del Interior y de Justicia, a cuyo tenor “**no se registran comunidades indígenas** en el área de perforación exploratoria”, ii) en el Oficio 04301 del mismo año, librado por la Corporación Autónoma Regional de la Frontera Nororiental, Corponor⁹ que da cuenta de que “el área de explotación no se encuentra en territorio indígena (...)” y iii) en la respuesta emitida por la gobernación del Norte de Santander, en atención al requerimiento de su despacho, la cual señala que “de acuerdo a las coordenadas de ubicación del proyecto ÁLAMO 1 no se encuentra en el área de influencia de la comunidad indígena Motilón Barí”.

Concluye, entonces, que los accionantes no tenían que ser consultados, con fines de expedición de la licencia ambiental, en los términos del Decreto 1320 de 1998, establecido como se encuentra “que en el área de exploración perforatoria del Pozo Álamos (sic) I que según la licencia tiene un radio de 250 m no existen comunidades

⁹ El director general de Corponor, en atención al oficio J-9768 de 24 de octubre de 2005, librado por el juez de primera instancia, remite “plano cartográfico de ubicación del área de explotación petrolera POZO ÁLAMO I, que determina que tanto en el punto como en el área de explotación no se encuentra territorio indígena (...) (fuente Res. 0624/2005 MAVDT y cartografía Ecopetrol)”.

indígenas en los términos y modalidades que preceptúa el Decreto 1320 de 1998 y por tanto no eran obligatorias las consultas que en la misma norma se establecen”.

En lo que tiene que ver con el desconocimiento del derecho a no ser sometidos a desaparición forzada, que los demandantes relacionan con las acciones adelantadas por la fuerza pública en la zona, el honorable tribunal manifiesta que conocida la situación de intenso y permanente conflicto que se vive en la región del Catatumbo y con “con ocasión del proyecto exploratorio del pozo Álamo 1”, está claro que “las comunidades indígenas Motilón Barí están sufriendo las conductas a las cuales aluden”, sin que esto comporte que el amparo invocado tenga que concederse, habida cuenta de que en el expediente no obran “elementos específicos y concretos”, para que proceda la protección.

No obstante, el fallador considera que debe “hacer precisión” sobre su decisión, porque de extenderse la exploración al territorio de las comunidades o si la explotación de petróleo llegare a ser viable “Ecopetrol está obligado a realizar el trámite de modificación de la licencia, con aplicación del Decreto 1320 si es del caso”.

Lo anterior por cuanto “si bien no existe un resguardo en la zona específica de explotación del Pozo Álamo I, de los mapas cartográficos (fls. 180 y 255 exp. ppal.) que reposan en el expediente, de la solicitud de ampliación de información por parte del Ministerio del Ambiente (sic) contenida en el Auto 57 del 21 de enero de 2005 (especialmente fls. 122 vto. y 123 vto. cdno. de pbas.) se desprende que sí hay algunos asentamientos indígenas (llamados parcialidades indígenas en el documento) pertenecientes a la etnia Motilón Barí dentro del área de influencia del proyecto macro denominado Álamo, que podrían sufrir algunas afectaciones de desarrollarse la explotación de dicho proyecto”.

En armonía con lo expuesto el honorable Tribunal Administrativo de Norte de Santander resolvió i) negar la acción de tutela instaurada por el Pueblo Indígena Motilón Barí y ii) remitir copia de la actuación a los organismos de control y autoridades ambientales, “a fin de que hagan seguimiento al cumplimiento por parte de Ecopetrol o de quien actúe en su nombre de la licencia ambiental concedida mediante Resolución 0624 del 16 de mayo de 2005, expedida por el Ministerio del Medio Ambiente (sic) y de las acciones presentes y futuras que se deriven de la exploración del Proyecto Álamo, con miras a la defensa de la integridad étnica, social, económica y cultural de la Comunidad Motilón Barí, que establece el Art. 330 de la Constitución Política, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia”.

5.2. Impugnación

Los señores Armando Bashngdura Ayshidora Ismiyara y Roberto Dacsarara Axdobodora Cashara, quienes figuran entre los integrantes del Pueblo Indígena Motilón Barí que instaura la acción que se revisa, solicitan i) “se revoque la decisión del juez de tutela de primera instancia y se ordene el amparo de los derechos fundamentales vulnerados y se tomen las medidas necesarias para ello”; previa revisión de las pruebas, de los hechos narrados en la demanda y de sus argumentaciones y alegatos, “con criterio humanista”, y ii) “que mientras se toma la

decisión de fondo, por favor, por la vida, por la integridad de nuestros ancianos, mujeres y niños se suspendan las actividades que Ecopetrol y el Ejército Nacional adelantan en la zona, por cuenta del otorgamiento de la licencia ambiental”.

Para el efecto y en alusión al “juicioso análisis del fallo de tutela en el que se brinda tanta relevancia a la decisión de desconocer nuestra existencia en la región y especialmente en el territorio definido para el proyecto de exploración y explotación Álamo 1 y del cual se desprende por nuestra no presencia es que no hay vulneración de derechos (sic)”, precisan:

–Que la certificación emitida en febrero de 2005, por la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia “es una certificación sometida a los intereses de Ecopetrol S.A.”, como quiera que se expide “después de que el Ministerio del Ambiente decide suspender el trámite por las consideraciones que como pueblo indígena realizamos sobre la elaboración del estudio de impacto ambiental (...)”.

–Que el cambio de certificación convenía a Ecopetrol S.A., “frente a los hechos de una posible negación de la licencia ambiental por las razones planteadas y expuestas del pueblo Barí (...)”, habida cuenta i) que certificaciones anteriores dan cuenta de la existencia de comunidades indígenas en el área de influencia del proyecto, ii) que la certificación que niega su existencia se expidió “ante la primera amenaza de negación de la licencia ambiental”, y iii) de los pronunciamientos del Consejo Autónomo de Caciques del Pueblo Indígena Motilón Barí, que tuvo lugar durante el taller adelantado los días 10 y 11 de agosto de 2004.

–Que las certificaciones que niegan su existencia “carecen de sustento técnico y legal”, habida cuenta de que su expedición dependió “totalmente de un soporte subjetivo, el de los funcionarios encargados de realizar la certificación, pues no cuentan con ningún otro, salvo el de que sobrevoló en un helicóptero, todo con gastos pagos por Ecopetrol S.A., porque la empresa quería que se certificara sobre la coordinada argumentando e insinuando que los criterios para definir la presencia o no de pueblos indígenas los impone Ecopetrol, cuando los criterios legales y técnicos no son convenientes para la empresa”.

–Que “el certificado de no presencia de comunidades indígenas no fue notificado”.

En este punto los accionantes se preguntan y abogan por un pronunciamiento razonable del juez de tutela que responda i) por qué la certificación emitida por la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, que da cuenta de la existencia de comunidades indígenas y de su pertenencia a un pueblo determinado, con fines de consulta previa, “trascendental y relevante para la vigencia y realización de los derechos de los pueblos indígenas (...) lamentablemente está demostrado que no goza de las formalidades de un acto administrativo”, se expide sin conocimiento de los afectados y ii) la razón que condujo al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial a desconocer el interés de su pueblo, en el trámite adelantado por ECOPETROL S.A., al punto que no se les permitió interponer recursos y conocer oportunamente de las decisiones.

–Que no se puede pasar por alto, porque las pruebas la evidencian, “la falta de ética e imparcialidad con la que obraron los funcionarios de la dirección de etnias (sic)

reseñados en el expediente (...) especialmente el funcionario Juan Manuel Monsalve, quien además fue mezquino, irrespetuoso, osado e inconciente (sic) al poner en riesgo la pervivencia de un pueblo indígena colombiano por garantizar la realización de los intereses económicos de la empresa Ecopetrol sobre una cultura y territorio indígena”.

–Que la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia es la encargada de certificar sobre la existencia de comunidades indígenas, el pueblo al que pertenecen y su representación, de manera que sobre el punto nada tiene que decir el gobernador del departamento de Norte de Santander.

–Que el juez de tutela no puede permitir que se consolide el atropello de que están siendo víctimas, si se considera que luego de que el 1° de abril de 2005, en reunión de concertación institucional, a la que asistieron los ministerios del Interior y de Justicia, de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, la Procuraduría y la Defensoría del Pueblo, “se define por consenso realizar una verificación en la zona”, el Ministerio del Interior “en aras de continuar con la protección de los intereses de Ecopetrol (sic), responde que tal verificación fue realizada, sin las autoridades concertadas en el acuerdo y sin el Pueblo Indígena Motilón Barí (...)”.

En este punto, manifiestan que “no estamos diciendo que no haya exploración y explotación de petróleo, lo que estamos diciendo es que se realicen sin atropellar a los pueblos indígenas que se encuentran en Colombia, hay unas pautas internacionales y nacionales legales y técnicas para que se haga de la mejor manera y no a costa de los derechos y de la dignidad de los pueblos indígenas”.

–Que “la presencia del pueblo indígena no se define por metros cuadrados”. En este punto los accionantes disienten del fallo de primera instancia, en cuanto en la providencia se afirma que en los 250 metros aledaños al Pozo Álamo 1 las comunidades indígenas no hacen presencia, toda vez que “vivimos, transitamos y desarrollamos nuestras actividades de caza y pesca no solo en nuestros resguardos sino en aquellos territorios que aún no han sido reconocidos por el estado (sic) a pesar de conocer que nuestro pueblo no está circunscrito solo en los pequeños resguardos que nos entregaron después de las consecuencias graves de la exploración, expoliación y despojo de nuestros territorios durante el siglo pasado”.

Se detienen en las conclusiones que sobre su visita a Colombia hizo públicas el relator especial para los pueblos indígenas de la ONU, en noviembre de 2004, traen a colación cifras publicadas recientemente “(CECOIN, OIA, 2005)”, sobre asesinatos políticos de líderes e integrantes de comunidades indígenas en diferentes partes del territorio nacional y para concluir insisten en la evidente amenaza y el perjuicio irremediable que representa para su supervivencia la puesta en marcha del proyecto de exploración del Pozo Álamo 1.

5.3. Segunda Instancia

La Subsección B de la Sección Segunda de la Sala en lo Contencioso Administrativo del honorable Consejo de Estado confirma la providencia fundada en que Ecopetrol S.A. adelantó el trámite tendiente a obtener la licencia ambiental, para desarrollar el

proyecto de exploración Álamo y luego redujo su solicitud, precisamente “con el fin de no atentar contra los derechos de la comunidad indígena, pues en dicha, zona según certificaciones expedidas por las autoridades competentes no existen resguardos indígenas”.

Asegura el *ad quem* que la Resolución 0624 de 16 de mayo de 2005, mediante la cual el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial concede a Ecopetrol S.A. licencia ambiental para adelantar la exploración del Pozo Álamo I, goza de presunción de legalidad, que no puede ser desconocida sino por el juez contencioso administrativo y que no se vislumbra perjuicio irremediable alguno, “habida cuenta que el trámite adelantado se ciñó a lo dispuesto en el Decreto 1320 de 1998, que obliga a la consulta previa cuando en el territorio en el que se pretende desarrollar el proyecto es zona de resguardo y de reserva indígena, hecho que fue desvirtuado por las entidades competentes (...)”.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las anteriores decisiones, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y por selección de la Sala Siete de esta corporación, mediante providencia del 27 de julio de 2006.

2. Problema jurídico que la Sala debe resolver

Corresponde a la Sala decidir si procede la protección constitucional de los derechos a la integridad étnica y cultural, a la participación en las decisiones que los afectan, a la vida y a la integridad del Pueblo Indígena Motilón Barí presuntamente vulnerados por los ministerios del Interior y de Justicia, de Defensa y de Ambiente y Desarrollo Territorial y por la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol S.A.

Lo anterior, porque la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia emitió una certificación que niega la presencia de comunidades indígenas en la zona de influencia del Pozo Álamo 1 y, con fundamento en ella, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial le concedió a Ecopetrol S.A. licencia ambiental para realizar obras civiles, levantar construcciones y en general adelantar trabajos exploratorios en la vereda El Progreso, corregimiento de La Gabarra, municipio de Tibú, que el Ministerio de Defensa hace cumplir efectivamente.

No obstante, dado el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, la Sala habrá de resolver previamente sobre la procedencia de la acción, en razón de que la Subsección B de la Sección Segunda de la Sala en lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado confirma la sentencia que niega la protección, con fundamento en que compete a la jurisdicción en lo contencioso administrativo y no al juez de tutela resolver sobre la legalidad de la Resolución 0624 de 2005, por la cual el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial le concedió a Ecopetrol S.A. una licencia ambiental con fines exploratorios.

3. Consideraciones preliminares

3.1. Reiteración de jurisprudencia. Acción de tutela y protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana

Es cierto que los actos administrativos, para el efecto la Resolución 0624 de 2005, que concede a la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol S.A., licencia ambiental para adelantar la exploración del Pozo Álamo 1 ubicado en la zona del Catatumbo, se controvierten ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo, porque compete a esta juzgar las actuaciones de las entidades públicas y dar solución a las controversias suscitadas entre el Estado y los particulares.

De igual manera, tal como lo dispone el inciso final del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, compete a la jurisdicción en lo contencioso administrativo acceder o no a la nulidad del acto de certificación emitido el 7 de febrero de 2005 y ratificado el 15 de abril del mismo año, por la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia.

Dentro de este contexto, las autoridades y cada uno de los integrantes del Pueblo Indígena Motilón Barí bien podrían instaurar i) sendas acciones de nulidad en contra del acto que certifica la no existencia de comunidades indígenas en el área de influencia del Pozo Álamo 1, ubicado en la vereda El Progreso, corregimiento La Gabarra, municipio de Tibú, departamento de Norte de Santander y de aquel que concede licencia ambiental para la exploración petrolera en su territorio¹⁰; y ii) acción de reparación directa, alegando los daños causados por los actos y omisiones en que han incurrido las autoridades accionadas —artículos 84 a 87 C.C.A.—.

Lo anterior conduce a la Sala a concluir que la validez de la Resolución 0624 de 2005 y de la certificación expedida el 7 de febrero de 2005, por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y por la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia respectivamente, al igual que las posibles condenas por los perjuicios causados por el Estado, en razón de la expedición y desarrollo de una y otro, son asuntos que deberá resolver la jurisdicción en lo contencioso administrativo.

No obstante, las acciones que podrían instaurar las autoridades indígenas o los integrantes de sus comunidades individualmente considerados, como podría hacerlo cualquier colombiano o persona perjudicada con una acción estatal, con miras a declarar la nulidad de un acto administrativo y el consiguiente restablecimiento del derecho, no excluye la intervención de aquellas autoridades e integrantes ante el juez de amparo, en procura de su supervivencia como pueblo indígena reconocible —artículos 86 y 241 C.P.— .

¹⁰ El artículo 69 de la Ley 99 de 1993 dispone que “[c]ualquier persona natural o jurídica, pública o privada, sin necesidad de demostrar interés jurídico alguno, podrá intervenir en las actuaciones administrativas iniciadas para la expedición, modificación o cancelación de permisos o licencias de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente o para la imposición o revocación de sanciones por el incumplimiento de las normas y regulaciones ambientales”, y el artículo 73 de la misma normatividad, prevé que “los actos mediante los cuales se expide, modifica o cancela un permiso, autorización, concesión o licencia ambiental de una actividad que afecte o pueda afectar el medio ambiente, pueden demandarse en acción de simple nulidad”.

Al respecto, esta Sala reiterará la jurisprudencia constitucional sobre el derecho constitucional fundamental de los pueblos indígenas y tribales asentados en el territorio nacional a ser consultados, recordando, para el efecto, que esta corporación tiene definido que la acción de tutela es el único mecanismo efectivo previsto en el ordenamiento para preservar la riqueza cultural de la Nación colombiana¹¹.

Vale recordar, en punto a la preservación de la identidad nacional que esta Sala, en los términos de la Sentencia T-955 de 2003¹² sin adentrarse en la validez de las resoluciones emitidas por Codechocó para permitir y autorizar explotaciones forestales en el territorio colectivo de las comunidades negras de la cuenca del Río Cacarica, restableció los derechos fundamentales de esos pueblos dejando a salvo las acciones para entonces pendientes de instaurar y de definir por la jurisdicción en lo contencioso administrativo. Señaló entonces esta Corte:

“No particulariza la Sala las actuaciones de las entidades accionadas al respecto, dado que no es asunto de su competencia resolver sobre los actos administrativos de contenido particular inoponibles a quienes demandan el amparo, como tampoco definir las responsabilidades de los funcionarios estatales, así la pretensión se invoque de manera transitoria —como quedó explicado—; pero, como le corresponde proteger y hacer respetar la diversidad étnica y cultural de la Nación, de la cual los accionantes son portadores, llama la atención a las entidades accionadas sobre la vigencia de la Ley 21 de 1991, aprobatoria del Convenio 169 de la OIT, en especial sobre su artículo 4°, como también de los artículos 6° y 24 de la Ley 70 de 1993, y las conmina a su cumplimiento.

En este sentido la Sala observa, que las explotaciones forestales que se adelantan en las zonas rurales ribereñas de la Cuenca del Pacífico i) no han sido consultadas a las comunidades negras de la región, como lo disponen el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT y los artículos 55 transitorio y 330 de la Carta Política, ii) que dichas explotaciones no benefician real y verdaderamente a las comunidades de la región, y iii) que no se ha expedido la reglamentación que deberá regular los aspectos que les permitirán a dichas comunidades extraer de manera sustentable los productos de sus bosques sin desmedro de su identidad cultural.

De suerte que atendiendo los dictados del artículo 4° del Convenio 169 de 1969 el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la Corporación Forestal para el Desarrollo Sostenible del Chocó, Codechocó, dentro de sus competencias, i) suspenderán las explotaciones forestales que se adelantan en el territorio colectivo

¹¹ Al respecto consultar, entre otras, las sentencias SU-039 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell y SU-383 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹² M.P. Álvaro Tafur Galvis. Los entonces accionantes, integrantes de las comunidades negras de la cuenca del Río Cacarica, demandaron la protección transitoria de sus derechos fundamentales a la integridad étnica, social, económica y cultural, a la subsistencia, a no ser sometidos a desaparición forzada, a la participación y al debido proceso, para ello pretendían un pronunciamiento en torno de las resoluciones 3595 y 3596 de 1992, y 1486 de 1999 expedidas por Codechocó, fundados en que las mismas fueron expedidas sin adelantar el procedimiento de consulta, previsto en el Convenio 169 de la OIT, como también en el daño considerable e irreparable que la tala mecanizada de sus suelos y sus bosques ocasionan en su territorio colectivo.

de las comunidades negras de la cuenca del Río Cacarica, salvo los usos de los integrantes de las comunidades por ministerio de la ley, ii) mantendrán la medida hasta tanto se reglamente la utilización de los bosques colectivos, previa consulta con las comunidades como más adelante se indica, y iii) autorizará nuevas extracciones, siempre que las condiciones demuestren que serán las comunidades negras y su proceso cultural los beneficiarios reales de la explotación”.

Vistas las anteriores consideraciones esta Sala resolverá de fondo si las actividades de exploración que adelanta Ecopetrol S.A. habrán de suspenderse, sin perjuicio de la Resolución 0624 de 2005 que las permite, para en su lugar restablecer el derecho fundamental del Pueblo Indígena Motilón Barí a ser consultado en todas las decisiones que lo pudieren afectar, de buena fe y con miras a lograr un acuerdo y, de no ser ello posible, con el fin de considerar especialmente sus planteamientos y pretensiones —artículos 1º, 5º, 7º, 8º, 9º, 10º, 13, 63, 68, 70, 72, 93, 94, 246, 329 y 330 C.P.—.

4. El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa. Delimitación territorial y explotación de recursos naturales

4.1. La Carta Política, además de reconocer la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana —artículos 1º y 7º—, impone al Estado el deber de proteger sus riquezas, promoviendo y fomentando el desarrollo de todas las culturas en condiciones de igualdad, le da carácter oficial a las lenguas y dialectos indígenas, destaca el derecho de los integrantes de los grupos étnicos a optar por una formación que respete y desarrolle su identidad y le permite a sus autoridades influir decididamente en la conformación de las entidades territoriales indígenas, al igual que en la explotación de los recursos naturales para que se adelante “sin desmedro de la integridad cultural, social y económica indígenas” —artículos 8º, 70, 13, 10, 68, 246 y 330 C.P.—.

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 nacionales el derecho “a ser diferentes a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales”¹³ —artículo 9º C.P.—, 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.—.

4.2. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁴, en especial el Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, aprobado por la Ley 121 de

¹³ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Texto aprobado por el Consejo de Derechos Humanos el 29 de junio de 2006, pendiente de aprobación por la Asamblea General.

¹⁴ La cuestión de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a la igualdad, pervivencia y no discriminación puede estudiarse también, en la Declaración de Derechos Humanos, en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y en las Convenciones sobre los Derechos del Niño y de la Mujer, entre otros instrumentos internacionales.

1991¹⁵, asume que estos pueblos “pueden hablar por sí mismos, que tienen derecho a participar en el proceso de toma de decisiones que los afectan y que su contribución, además, será beneficiosa para el país en que habitan”¹⁶, en consecuencia el instrumento internacional en mención fija las pautas para que los Estados partes adelanten gestiones de reconocimiento tendientes a la inclusión de los grupos étnicos, mediante el mecanismo de la consulta previa y el derecho de los grupos étnicos a la autodeterminación en lo que atañe a su proceso de desarrollo.

Indica al respecto el convenio:

“ART. 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, y
- 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.

ART. 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 este 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. 2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos

¹⁵ Sobre el Convenio 169 de la OIT, sus antecedentes, desarrollo y trascendencia, en materia de la preservación de la identidad cultural de la Nación colombiana, se pueden consultar entre otras decisiones la Sentencia SU-383 de 2003, ya citada.

¹⁶ OIT, Guía para la aplicación del Convenio 169, elaborada por el Servicio de Políticas para el Desarrollo (Polidev), en cooperación con el Servicio de Igualdad y Coordinación de los Derechos Humanos (Egalite). Al respecto consultar la Sentencia SU-383 de 2003.

especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento. 3. Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas. 4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”.

4.3. En lo que tiene que ver con la delimitación territorial, el artículo 13 del convenio en mención dispone que “los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”, y a la vez el instrumento destaca la necesidad de considerar que dicha relación comprende “(...) lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera”.

En armonía con lo expuesto, mediante Sentencia C-418 de 2002 esta corporación declaró exequible el artículo 122 de la Ley 685 de 2001, “bajo el entendido que en el procedimiento de señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas se deberá dar cumplimiento al parágrafo del artículo 330 de la Constitución y al artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991”¹⁷.

Se detuvo la Corte, en la oportunidad en mención, en la jurisprudencia constitucional en materia “del derecho de participación como garantía de efectividad y realización del derecho fundamental a la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas (...)” y pudo concluir que así la delimitación de las tierras comunales de los grupos étnicos no comporte el adelantamiento de proyectos concretos y, sin perjuicio de que la participación de aquellos en las actividades de exploración y explotación que llegaren a adelantarse en sus territorios ancestrales se encuentra garantizada, “a juicio de esta corporación no se puede desconocer que como en la medida en que el señalamiento y delimitación de la zona minera indígena están llamados afectar el régimen de explotación del suelo y el subsuelo minero en los territorios indígenas no es indiferente la participación de la comunidad indígena respectiva”.

Cabe precisar, además, que conforme a la Ley 685 de 2001 las autoridades indígenas no solo participan en la definición de zonas mineras, como quedó explicado, “(...) sino que las mismas son competentes para señalar, dentro de la zona minera indígena,

¹⁷ M.P. Álvaro Tafur Galvis. El ciudadano demandante sustentó el cargo formulado contra el artículo 122 de la Ley 685 “Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones” aduciendo que “la norma enjuiciada vulnera el derecho que tienen las minorías étnicas para determinar, en concierto con la administración, las zonas dentro de sus territorios que deben tener la calificación de zonas mineras, comoquiera que dispone que el Ministerio de Minas y Energía —autoridad minera— señalará y delimitará unilateralmente dichas áreas dentro del territorio indígena”.

los lugares que no pueden ser objeto de exploraciones o explotaciones mineras por tener especial significado cultural, social y económico para la comunidad o grupo aborígen, de acuerdo con sus creencias, usos y costumbres (...). La anterior prerrogativa halla su justificación en el arraigado vínculo existente entre los pueblos indígenas y sus territorios, del cual se deriva consecuentemente la autonomía de que gozan en relación con tales asuntos”¹⁸.

Debe recordarse, al respecto, que esta Corte, en los términos de la Sentencia SU-383 de 2003, ya citada, ordenó al Gobierno Nacional, acudir al mecanismo de la consulta previa con el objeto de delimitar el ámbito territorial que comprendería la “Consulta previa”, que mediante la providencia se ordenó adelantar, i) comoquiera que la concepción territorial de los pueblos indígenas y tribales no concuerda con la visión que al respecto maneja el resto de la población; ii) habida cuenta de que la delimitación de las tierras comunales de los grupos étnicos no puede desconocer los intereses espirituales, como tampoco los patrones culturales sobre el derecho a la tierra, usos y conductas ancestrales; y iii) debido a que el artículo 290 de la Carta Política prevé el asunto, al disponer que, con el cumplimiento de los requisitos y formalidades que señale la ley, “se realizará el examen periódico de los límites de las entidades territoriales y se publicará el mapa oficial de la República”.

Señala la decisión:

“El reconocimiento de la entidad territorial indígena es una de las previsiones que la Constitución Política destina para proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

Entidad esta que no se define en la Carta, pero que es dable considerar como una división político-administrativa, habitada por pueblos indígenas o tribales, que bajo el gobierno de sus autoridades asume las funciones y ejerce los derechos que le asignan la Constitución y la ley —artículos 1º, 2º, 286, 287 y 356 C.P.—¹⁹.

Debe recordarse, además, que el ordenamiento constitucional asigna al legislador la delimitación del territorio, en el que se comprenden las entidades territoriales indígenas, tarea que hasta el momento no ha sido cumplida, de manera que tal delimitación deberá ser uno de los aspectos que las autoridades demandadas habrán de consultar, para efectos de adelantar la consulta definitiva que sobre el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos, se ordena mediante esta providencia.

En este orden de ideas, cabe considerar que la concepción territorial de los pueblos indígenas y tribales no concuerda con la visión de ordenamiento espacial que maneja el resto de la Nación colombiana, “porque para el indígena, la territorialidad no se limita únicamente a una ocupación y apropiación del bosque y sus recursos, pues la

¹⁸ Sentencia C-892 de 2001 M.P. Jaime Araújo Rentería —demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2º, 3º (parcial), 5º, 6º, 11 (parcial), 35 (parcial), 37, 39, 48, 58, 59, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 261, 267 (parcial), 271 (parcial), 275 y 332 de la Ley 685 de 2001—.

¹⁹ El artículo 123 de la Ley 685 respecto del “Territorio y comunidad indígenas”, dispone: “Para los efectos previstos en el artículo anterior, se entienden por territorios indígenas las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena de conformidad con lo dispuesto en la Ley 21 de 1997 y demás leyes que la modifiquen, amplíen o constituyan”.

trama de las relaciones sociales trasciende el nivel empírico y lleva a que las técnicas y estrategias de manejo del medio ambiente no se puedan entender sin los aspectos simbólicos a los que están asociadas y que se articulan con otras dimensiones que la ciencia occidental no reconoce”²⁰.

De ahí que el profesor e investigador de la Universidad Nacional, Juan Álvaro Echeverri, define el vocablo territorio, atendiendo a la cosmovisión indígena así:

“Entonces tenemos que el territorio es un espacio y es un proceso que lleva a la configuración de una palabra de ley, entendida como palabra de consejo, educación. Ese espacio no es necesariamente un espacio geográfico marcado por afloramientos rocosos, quebradas, lomas, cananguchales, pozos, barrancos. Ese espacio geográfico es memoria, es efectivamente escritura de ese proceso de creación que está ocurriendo todo el tiempo: en la crianza de los hijos, en las relaciones sociales, en la resolución de problemas, en la curación de las enfermedades”²¹.

Se tiene también que los grupos étnicos de la región del Amazonas desde la llegada de los españoles han estado sometidos a un “proceso permanente de recomposición étnica, debido al exterminio inicial a que fueron sometidos, las epidemias, el tráfico de esclavos, la actividad cauchera, la guerra con el Perú, la actividad cocalera y la incursión de grupos armados en sus territorios”, de gran impacto sociocultural que continúa y es evaluado por la Asociación de Capitanes Indígenas del Yaigoje y Bajo Apaporis (Acílcuya) de la siguiente manera:

“Toda nuestra forma de vida empezó a cambiar hace mucho tiempo, cuando llegaron los comerciantes y los caucheros blancos. En esta época fue donde nos quedamos muy atrasados en nuestros usos y costumbres tradicionales. Fue cuando nuestros abuelos se murieron, se llevaron parte de su sabiduría y no alcanzaron a enseñarla. A la gente se la llevaron a trabajar y unos de los que sabían de su tradición no volvieron. Otros que regresaron llegaron con una idea diferente. A otros nos llevaron pequeñitos o muy muchachos sin haber conocido las bases fundamentales de nuestra vida, y perdimos parte de nuestro pensamiento y sabiduría. Luego de haber recibido las diferentes bonanzas que trajeron los hombres blancos nos comenzamos a olvidar de lo propio. En esa época se comienzan a nombrar los primeros capitanes indígenas de la región (1998:3)”²².

Otros aspectos a tener en cuenta para la delimitación de la entidad territorial indígena son la concurrencia de intereses en los lugares sagrados —como lo advierte el profesor Clemente Forero de la Universidad Nacional—²³ y el “cambio frecuente de

²⁰ Carlos Eduardo Franky y Dany Mahecha, profesor de la Universidad Nacional de Colombia, sede Leticia, y antropóloga de la Fundación Gaia Amazonas respectivamente, “La territorialidad entre los pueblos de tradición nómada del noroeste amazónico colombiano” en territorialidad indígena y ordenamiento de la Amazonia, Universidad Nacional de Colombia, Fundación GAIA Amazonas, Bogotá, 2000.

²¹ Juan Álvaro Echeverri, “Reflexiones sobre el concepto de territorio y ordenamiento territorial indígena”, en Territorialidad indígena, obra citada, página 175.

²² Carlos Eduardo Frankly C., profesor de la Universidad Nacional, sede Leticia, , Mirití-Paraná y Bajo Apaporis, “Gente de Tabaco y Oler”, en Territorial Indígena, obra citada, página 30.

²³ Descentralización y ordenamiento territorial, idem página 140.

asentamiento”, “[característica básica] del patrón de uso del medio de los cazadores y recolectores”²⁴ del noroeste amazónico colombiano.

Ahora bien, la delimitación político-administrativa actual, es solo uno de los referentes a valorar en la delimitación de la entidad territorial indígena para efectos de su derecho a ser consultados, porque como lo informa el profesor Orlando Fals Borda, dicha delimitación no concuerda con la real ubicación de los pueblos indígenas, aspecto que reconocido por el Constituyente al disponer en el artículo 290 constitucional la adecuación de los límites de las entidades territoriales²⁵.

De manera que con miras a distinguir dentro del territorio de la Amazonia colombiana cuáles son las poblaciones o comunidades con conciencia e identidad cultural propia y dónde se ubican, a fin de que sean consultadas sobre el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos, las entidades accionadas deberán consultar a las autoridades de dichos pueblos y a las organizaciones que los agrupan.

Y, una vez adelantada esta consulta preliminar, las autoridades encargadas del programa, considerando las situaciones planteadas por los consultados y con las ayudas técnicas e históricas que sean del caso, podrán determinar dónde principian y terminan los territorios indígenas de la Amazonia colombiana, cuáles son los espacios indígenas propios y cuáles los compartidos, y en qué lugares no se da, o nunca se ha dado presencia indígena”.

Quiere decir que, con miras a preservar la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, tal como lo prevé el artículo 7° de la Carta Política los procesos de consulta previa, previstos en el Convenio 169 de la OIT, tendrán que comprender todas las medidas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas y tribales directamente, en particular los relacionados con “el hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”, con el fin de salvaguardar plenamente sus derechos, así “las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”, –artículos 13 y 14 Ley 21 de 1991–.

A la vista de las anteriores consideraciones, para la Sala es claro que la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, bien puede consignar en sus registros la presencia de pueblos indígenas y tribales en determinadas zonas del territorio nacional, acudiendo para el efecto a sus facultades i) de adelantar y divulgar estudios e investigaciones al respecto, en coordinación con la Dirección de Ordenamiento Jurídico y de las entidades y organizaciones concededoras del tema, y ii) de llevar el registro de las autoridades tradicionales indígenas reconocidas por la respectiva comunidad, las asociaciones de autoridades indígenas, los consejos comunitarios y las organizaciones de base de comunidades negras —Decreto 200 de 2003 artículo 16—.

²⁴ La territorialidad entre los pueblos de tradición nómada del noroeste amazónico colombiano, Carlos Eduardo Frankly y otra, citados en 131, página 183.

²⁵ “(...) estos punticos y rayas que vemos en el mapa oficial de Colombia son ficciones no son reales. No respetan la realidad de nuestros pueblos y por eso todos los días los ignoramos en la práctica de la vida (...). El ordenamiento territorial: perspectivas después de la Constitución de 1991, en Territorialidad Indígena, obra citada páginas 152 y 153.

No obstante, de las funciones de investigación y registro asignadas a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia no se sigue que la citada dirección, sin adelantar la consulta previa respectiva, pueda dar cuenta de la presencia o ausencia de comunidades, en determinada zona del territorio nacional, en función de la influencia de medidas que pudieren afectar a los pueblos indígenas y tribales de la región.

Lo anterior si se considera el compromiso con la preservación de la identidad nacional que comporta toda fijación de límites en zonas ocupadas por grupos étnicos, al punto que el artículo 290 de la Carta Política asigna al legislador el establecimiento de requisitos y procedimientos para el efecto y el artículo 329 del mismo ordenamiento destaca la participación de autoridades indígenas en las cuestiones de delimitación territorial, expresamente.

4.4. Como quedó explicado, los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a ser consultados, previamente, respecto de las medidas que los afecten directamente, en particular sobre las relacionadas con el espacio que ocupan y la explotación de recursos en su hábitat natural, consultas que habrá de establecer “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” —artículo 15 Ley 21 de 1991—.

Además, dentro del propósito de hacer realidad el reconocimiento cultural vinculado al territorio, el instrumento internacional en mención dispone que los Estados parte se obligan “a prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos”, a adoptar instrumentos que impidan tales inmisiones —artículo 18—; y a establecer procedimientos adecuados “para garantizarles a los grupos étnicos la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”, que permitan “solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”.

En armonía con la obligación adquirida por el Estado colombiano de proteger, “especialmente”, los derechos de los pueblos indígenas y tribales a “los recursos naturales existentes en sus tierras” —artículo 15— la Ley 99 de 1993 “por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones”, prevé la participación de los grupos étnicos, en condiciones de igualdad, en los asuntos ambientales que los afectan²⁶.

Efectivamente, el artículo 76 de la Ley 99, con miras a que las explotaciones de recursos naturales se adelanten sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de los pueblos indígenas y tribales, dispone que “las decisiones sobre la materia se tomarán previa consulta a los representantes de tales comunidades”, de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Política.

²⁶ La Ley 99 de 1993 prevé la participación de un representante de los pueblos indígenas y otro de las comunidades negras, en el Consejo Nacional Ambiental, y en los consejos directivos de las corporaciones regionales —artículos 13 y 26—.

4.4.1. En este orden de ideas, cabe recordar que esta Corte, mediante Sentencia SU-039 de 1997, revocó la providencia de segundo grado que no concedía la protección y confirmó la decisión que restablecía el derecho de la comunidad indígena U'wa a la participación, a la integridad étnica, cultural, social y económica y al debido proceso.

En consecuencia, esta corporación ordenó al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, “conforme al numeral 2° del art. 40 de la Constitución, se proceda en el término de 30 días hábiles, a partir de la notificación de esta sentencia a efectuar la consulta a la comunidad U'wa (...) mientras la jurisdicción de lo contencioso-administrativo se pronuncia en relación con la nulidad de la resolución que otorgó la licencia ambiental, en razón de la vulneración de dicho derecho. Para este efecto la comunidad U'wa deberá demandar dicha nulidad, si es del caso, en los términos del art. 76 de la Ley 99 de 1993”²⁷.

Refiere la providencia en comentario i) que en “el año de 1992 la Sociedad Occidental de Colombia, Inc., con base en un contrato de asociación celebrado con Ecopetrol, para la explotación de hidrocarburos en el país, inició ante el Inderena los trámites necesarios destinados a obtener la correspondiente licencia ambiental, requerida para poder adelantar exploraciones sísmicas, en desarrollo del proyecto conocido como “*Explotación sísmica bloque Samoré*”; ii) que la subdirección de ordenamiento y evaluación ambiental del Ministerio del Medio Ambiente consideró viable la ejecución del proyecto, sujeto al cumplimiento de medidas de orden técnico y ambiental, al tiempo que “llamó la atención en términos de la participación comunitaria y ciudadana y en lo que tiene que ver particularmente con la etnia U'wa asentada en el área de influencia puntual y local del proyecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 330 de la Constitución, como en la Ley 99 de 1993 en su artículo 76, específicamente en lo que hace referencia a la “consulta previa”, así como en la legislación indígena nacional vigente”, y iii) que el Ministerio del Medio Ambiente otorgó la licencia ambiental en trámite, en los términos de la Resolución

²⁷ “En la misma fecha en que se instauró la acción de tutela, 29 de agosto de 1995, el defensor del Pueblo demandó la declaración de nulidad total de la Resolución 110 del 3 de febrero de 1995, mediante la cual se otorgó la licencia ambiental. Como normas violadas concretamente se citaron en la demanda las siguientes: artículos 8°, 79, 80, 330 parágrafo, de la Constitución Política, arts. 6 y 15 del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, adoptado por la O.I.T. y aprobado por la Ley 21 de 1991, y el art. 76 de la Ley 99 de 1993” —Sentencia SU-039 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell, 3 de febrero de 1997—.

Mediante fallo del 4 de marzo de 1997, la Sala Plena en lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dispuso i) denegar “las pretensiones de la demanda, por consiguiente levantar la orden de inaplicación de la Resolución 110 del 3 de febrero de 1995, expedida por el Ministerio del Medio Ambiente, decretada por el Tribunal Superior de Bogotá y confirmada por la H. Corte Constitucional, mediante la Sentencia de Tutela SU-039/97 del 3 de febrero de 1997”, y, en consecuencia ii) dejar sin efecto las demás disposiciones adoptadas por el juez de amparo. Consideró la corporación en cita que los días 10 y 11 de enero de 1995, con la asistencia de un representante de la Asociación de Cabildos Indígenas, quien firmó el acta respectiva, el Pueblo Indígena Motilón Barí fue consultado. —C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez, con siete salvamentos de voto—.

110 de febrero 3 de 1995, argumentando que la consulta previa se surtió en la reunión informativa adelantada los días 10 y 11 de enero de 1995 en la ciudad de Arauca.

Estimó esta Corte “que el procedimiento para la expedición de la licencia ambiental se cumplió en forma irregular y con desconocimiento del derecho fundamental de la comunidad U’wa, en relación con la consulta que formal y sustancialmente ha debido hacerse”, en consecuencia confirmó la sentencia de primer grado que restablecía los derechos de los accionantes a la participación en las decisiones que pueden afectarlos directamente, a la integridad y al debido proceso.

Indica la decisión:

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

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

5.6. Para la Corte resulta claro que en la reunión de enero 10 y 11 de 1995, no se estructuró o configuró la consulta requerida para autorizar la mencionada licencia ambiental. Dicha consulta debe ser previa a la expedición de esta y, por consiguiente, actuaciones posteriores a su otorgamiento, destinadas a suplir la carencia de la misma, carecen de valor y significación.

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

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

Expuso la Corte que la consulta previa, prevista en el Convenio 169 de la OIT, comporta “la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas

por el mutuo respeto y la buena fe entre aquellas y las autoridades públicas, tendientes a buscar”, el pleno conocimiento del pueblo interesado sobre los proyectos, la ejecución de los mismos y la “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”.

Lo expuesto con el fin i) de que los afectados se encuentren en capacidad de “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”; y ii) de que las autoridades cuenten con suficientes elementos para que de no ser posible la concertación, se adopte una decisión “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”, es decir que contemple “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”.

Agrega la decisión:

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

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

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

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

efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, en los términos del art. 40, numeral 2º de la Constitución, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones.

3.3. La Constitución en diferentes normas alude a la participación ciudadana que ofrece diferentes modalidades (preámbulo, arts. 1º, 2º, 40, 79, 103, entre otros). Por lo tanto, la única forma de participación no es la política.

A juicio de la Corte, la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (CCA, arts. 14 y 35, L. 99/93, arts. 69, 70, 72 y 76), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades”.

Cabe precisar, al respecto, que el 28 de abril de 1997 la Asociación de Cabildos Mayores del Pueblo U’wa, la Organización Nacional Indígena de Colombia y la Coalición for Amazonian Peoples and Their Environment presentaron una denuncia, acompañada de solicitud de medidas cautelares, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, alegando que, sin adelantar la consulta previa, a la que el gobierno de Colombia está obligado y sin adoptar las medidas necesarias para proteger la integridad personal, cultural, económica y medioambiental de los U’wa, la petrolera OXY adelantaría una exploración petrolera en su territorio ancestral²⁸.

La CIDH adoptó medidas cautelares de acuerdo con el numeral 2º, artículo 29 del reglamento de la comisión, fundada en que la exploración petrolera generaría daños irreparables y causaría desmedro a la integridad y a la identidad étnica y cultural del pueblo U’wa.

²⁸ El Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia solicitó a la Secretaría General de la OEA una investigación *in situ* sobre el conflicto vigente con el pueblo indígena U’wa y la estatal petrolera, que dio lugar a la designación de un equipo conjunto denominado OEA/Harvard. Instancia que recomendó i) adquirir el compromiso de suspender inmediata e incondicionalmente la ejecución de la exploración o explotación de petróleo dentro del Bloque Samoré, como un paso inicial para crear las condiciones que permitirían una eventual reiniciación de actividades, eliminar el ambiente de conflicto que existe entre las partes y mejorar las condiciones de diálogo y comprensión mutuas; ii) normalizar el proceso para la ampliación del resguardo U’wa; iii) moderación en la retórica pública de las partes; iv) reconocer y respetar el sistema U’wa de autoridad y liderazgo; v) concretizar un proceso de consulta bajo la responsabilidad del gobierno colombiano, previo al reinicio de actividades, atendiendo a las normas legales pertinentes, en particular las incluidas en la Constitución Política y en el Convenio 169 de la OIT —Proyecto OEA Harvard – PDF—.

Sobre el particular, se conoce también que el Estado colombiano ha solicitado asistencia técnica internacional, “para facilitar la consulta con el pueblo U’wa dentro del marco de las recomendaciones formuladas por un comité tripartito que examinó una reclamación en su informe que fue adoptado por el consejo de administración en su 212ª reunión (nov./2001)”, y que la Comisión Interamericana tomó nota de la disposición “para contribuir a una mejor aplicación de las recomendaciones de los órganos de control” y ha quedado a la espera de “la puesta en marcha y desarrollo de dicha asistencia”²⁹.

Es decir que del asunto de la vulneración del derecho del pueblo indígena U’wa a la consulta previa, en desarrollo del proyecto conocido como “Explotación sísmica del bloque Samoré” se tramita en la actualidad en instancias internacionales, en ejercicio de los mecanismos de protección con que cuenta el derecho internacional de los derechos humanos.

5. El caso concreto. El derecho fundamental del Pueblo Indígena Motilón Barí a ser consultado

5.1. Consulta en materia de delimitación territorial

5.1.1. Como ya se señaló, el 13 de diciembre de 2002 la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia dio cuenta al gerente general de Geocol Ltda. de las comunidades indígenas asentadas en jurisdicción de los municipios de Tibú, El Tarra, Convención y Teorama, atendiendo su solicitud de información, con miras a adelantar estudios ambientales con fines exploratorios en la región.

Indica la certificación que además de tierras de resguardo —Gabarra Motilón Barí— en el municipio de Tibú se asienta la “comunidad Bedoquira Cacricacha identificada por el DANE como etnia Barí”.

Además, el 5 de junio de 2003, en respuesta a la petición de la entidad ya referida, que como se conoce fungía como contratista de Ecopetrol en materia de estudios ambientales, la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia corroboró su certificación inicial, esta vez haciendo referencia a la información suministrada por el DANE y al “reconocimiento de esta dirección”. Se refirió también la entidad a la obligación de “dar cumplimiento a la realización del proceso de consulta previa de que trata el artículo 330 de la Constitución Política, el artículo 7º de la Ley 21 de 1991 y el artículo 76 de la Ley 99 de 1993”.

Se conoce también, porque la defensora del Pueblo de Norte de Santander así lo certifica, que en diligencia de verificación adelantada el 31 de mayo de 2005 esa entidad pudo comprobar la presencia de “la comunidad Bedoquira cuyo cacique es el señor Edrás Dora”, en el lugar determinado por las coordenadas geográficas N. 08° 57-05” W. 73° 01-19-6”.

²⁹ Cfr. CEACR Observación individual, Convención C-169, (Colombia) “Pueblos indígenas y tribales”, Documento (ilolex) 062006COL169, 2006.

No obstante, el 10 de febrero de 2005, la directora de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, atendiendo una solicitud presentada por Ecopetrol S.A., certificó que “en el área del Proyecto Exploratorio Pozo Álamo 1, según coordenadas NOR 08° 57-05” W- 73° 01-19.6” NO SE REGISTRAN comunidades indígenas en el área del proyecto que puedan verse afectadas con su ejecución”.

Certificación esta que la entidad sustenta en “la visita de verificación”, consiste en un sobrevuelo de reconocimiento que permitió a un funcionario especializado, comisionado para el efecto, sostener que “cerca del pozo” no existe “ningún poblado, ni caserío”.

Ahora bien, la certificación que da cuenta de la no presencia de comunidades indígenas en la zona de influencia del Pozo Álamo I en jurisdicción del municipio de Tibú se expidió luego de que en las reuniones informativas, convocadas por Ecopetrol S.A., las autoridades indígenas de la región señalaran errores en los estudios sometidos a su consideración —11 de agosto de 2004— y una vez conocida, en el ámbito del trámite de la licencia ambiental solicitada para adelantar trabajos exploratorios en dicho pozo, el requerimiento del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial para que Ecopetrol S.A. adecuara el estudio de impacto ambiental y plan de manejo con la participación de las autoridades indígenas —12 de enero de 2005—.

5.1.2. Compete a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, entre otras funciones relacionadas con la preservación de la identidad nacional i) apoyar a la Consejería Presidencial para la Diversidad Étnica y al Gobierno Nacional en la formulación de políticas orientadas al reconocimiento y protección de la riqueza cultural; ii) adelantar, divulgar y coordinar estudios e investigaciones sobre grupos étnicos, con miras a garantizar su pervivencia; iii) coordinar interinstitucionalmente la realización de la consulta previa; iv) llevar el registro de las autoridades tradicionales de las asociaciones de autoridades indígenas, de los consejos comunitarios y de las organizaciones de base de comunidades negras y i) (sic) apoyar a la Consejería Presidencial para la Diversidad Étnica en los programas de capacitación sobre la diversidad étnica y cultural y en general en temas de interés relacionados con los grupos étnicos —Decreto 200 de 2003 art. 16—.

En este punto, la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, dado su compromiso con la preservación, reconocimiento e inclusión de los grupos étnicos tenía que consultar previamente a las comunidades de la región para pronunciarse sobre la influencia del Proyecto Pozo Álamo 1 sobre su integridad cultural, social y económica, en consideración a que los pueblos indígenas y tribales “pueden hablar por sí mismos, (...) tienen derecho a participar en el proceso de toma de decisiones que los afectan, y (...) su contribución, además, será beneficiosa para el país en que habitan”³⁰.

No obstante, los antecedentes indican que la consulta no se adelantó, por el contrario, está demostrado que los ministerios del Interior y de Justicia y de Ambiente, Vivienda

³⁰ Guía de aplicación del Convenio 169 de la OIT, ya citado.

y Desarrollo Territorial no cumplieron los compromisos adquiridos, en reunión adelantada el 1° de abril de 2005 i) de integrar una comisión interinstitucional con el acompañamiento de las autoridades indígenas de la región, con fines de verificación de la presencia de comunidades indígenas en la zona y ii) “esperar para seguir adelantando la licencia ambiental para dicho pozo, el resultado de la verificación sobre la presencia de comunidades indígenas en la zona”³¹.

Lo anterior si se considera que la Dirección de Etnias ratificó la certificación sobre la no presencia de las comunidades indígenas en la región, acudiendo a la visita al lugar de uno de sus funcionarios y el Ministerio de Ambiente, aunque conocía de la discusión al respecto, concedió la licencia de todas maneras, sin permitir la intervención de las autoridades indígenas —artículo 76 Ley 99 de 1993—.

Se observa entonces no solo la vulneración del derecho fundamental del Pueblo Indígena Motilón Barí a la consulta previa, sino además la profunda lesión infringida a la confianza legítima que las autoridades tradicionales indígenas depositan en las autoridades públicas, sumado al desconocimiento del deber de ceñirse a los postulados de la buena fe, de respetar los derechos ajenos, de no abusar de las prerrogativas, de defender y difundir los derechos humanos, de propender por el logro y el mantenimiento de la paz y de proteger los recursos culturales y naturales del país —artículos 83 y 95 C.P.—.

De modo que la Sala dará cuenta de lo ocurrido a la Procuraduría General de la Nación, con el fin de que la entidad adelante las investigaciones y adopte los correctivos del caso.

5.1.3. Sostiene la directora de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, en su intervención en este asunto, que las certificaciones que inicialmente dan cuenta de la presencia del Pueblo Indígena Motilón Barí, con fundamento en la información suministrada por el DANE, en sus registros y verificaciones y, más adelante la desconocen, se sustentan en las funciones que le asigna a esa dirección el Decreto 1320 de 1998³².

No obstante el Consejo de Administración de la OIT, en su 282ª reunión, atendiendo el informe del director general de la organización recomendó al Gobierno Nacional modificar el Decreto 1320 de 1998 “para ponerlo en conformidad con el espíritu del convenio en consulta y con la participación activa de los representantes de los pueblos indígenas y tribales (...)” .

³¹ El Decreto 1320 de 1998 “reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio”.

³² En las reuniones 276ª y 277ª —noviembre de 1999 y marzo de 2000—, siguiendo la recomendación de la Mesa, la Organización Internacional de Trabajo admitió las reclamaciones presentadas por la asociación Médica Sindical Colombiana (Asmedas) y la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT) sobre el incumplimiento por parte del gobierno de Colombia del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, que comprendieron entre otros aspectos la expedición del Decreto 1320 de 1998 para reglamentar la consulta previa, sin consultar a los pueblos indígenas y tribales y la expedición de licencia ambiental para actividades de explotación petrolera, en el territorio del pueblo indígena U'wa sin surtir la obligada consulta.

Deberá, en consecuencia esta Sala, tal como lo hiciera la Sala Cuarta de Revisión de esta Corte, en la Sentencia T-652 de 1998³³, ordenar a los ministerios del Interior y de Justicia y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial inaplicar el Decreto 1320 de 1998, “pues resulta a todas luces contrario a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991”.

En esta última decisión, la Corte reiteró las consideraciones plasmadas por la Sala Plena en la Sentencia SU-039 de 1997, ya citada, en materia del bloque de constitucionalidad que integra el Convenio 169 de la OIT con los artículos 40, 93 y 94 de la Carta Política y reiteró el imperativo constitucional de asegurar la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que los afectan, con miras a preservar la riqueza cultural de la Nación colombiana.

5.1.4. Vistas las anteriores consideraciones, esta Sala dispondrá que la dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia consulte de buena fe y acudiendo a mecanismos apropiados, previamente consultados con ellos mismos, al Pueblo Indígena Motilón Barí, con miras a certificar sobre la influencia del Pozo Álamo 1 en “el hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera (...) para sus actividades tradicionales y de subsistencia” —artículos 13 y 14 Convenio 169 OIT—.

Procedimiento este que deberá adelantarse con el propósito de lograr una certificación concertada, hasta donde ello resulte posible y, de no ser así, con el ánimo de producir un documento que tenga presente las consideraciones y aspiraciones de las comunidades y autoridades consultadas —artículos 6° y 7° *ibídem*—.

En consideración a que el artículo 329 de la Carta Política, en clara alusión a la trascendencia que para el efecto tiene considerar la cosmovisión indígena, prevé expresamente la participación de las autoridades indígenas en las cuestiones de delimitación territorial que les conciernen a sus pueblos.

Así las cosas, las autoridades públicas, en especial el Ministerio del Interior y de Justicia, quien tiene entre sus funciones apoyar, coordinar e instruir sobre la aplicación de la consulta previa, no podía —como ocurrió en este asunto— desconocer el instrumento y de paso interferir en el proceso de inclusión y reconocimiento previsto en la Carta Política, al que tiene derecho el Pueblo Indígena Motilón Barí, como portador de la riqueza cultural de la Nación³⁴ —artículos 1°, 7° y 8° C.P.—.

³³ M.P. Carlos Gaviria Díaz. La acción de tutela a que se hace mención fue promovida por el pueblo indígena Embera-Katio del Alto Sinú contra el Presidente de la República, los ministros del Interior, Agricultura, Medio Ambiente y Minas y Energía, la alcaldía municipal de Tierralta (Córdoba) y la Empresa Multipropósito Urrá S.A.-ESP por violación de sus derechos fundamentales a la supervivencia, a la integridad étnica, cultural, social y económica, a la participación y al debido proceso del pueblo accionante.

³⁴ Declaración sobre los derechos de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas, A.G. Res. 47/135, Annex, 47 U.N. GAOR Supp. (N° 49) página 210, ONU Doc. A/47/49 (1993).

5.2. Consulta previa sobre exploración de recursos naturales

5.2.1. Indican los antecedentes i) que Ecopetrol S.A. realizó un estudio de impacto ambiental y elaboró un plan de manejo sobre el Pozo Álamo 1 y su zona de influencia, que acompañó a la solicitud de licencia ambiental que dio lugar a la expedición de la Resolución 0624 de 2005 y ii) que los documentos en mención no fueron consultados a las autoridades indígenas, previamente, como correspondía hacerlo, sino entregados a estas, luego de su elaboración con fines informativos, simplemente.

Se conoce, además, que la empresa en comento informó al Ministerio del Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial sobre la culminación del proceso de consulta con el Pueblo Indígena Motilón Barí —1.11— y que, ante los requerimientos de dicho ministerio, Ecopetrol S.A. se pronunció sobre algunos de los planteamientos de las autoridades y representantes de los grupos étnicos de la región, relacionados con los instrumentos —1.16—.

Sin embargo, la prueba documental aportada al expediente revela que la referida consulta no se cumplió i) como quiera que las autoridades indígenas de la región no fueron previamente consultadas sobre cómo adelantar la consulta y el ámbito que la misma comprendería; ii) debido a que las reuniones adelantadas a fines del año 2003 y a mediados del año siguiente en el municipio de Tibú, fueron puramente informativas³⁵; iii) habida cuenta de que algunos de los integrantes de los pueblos indígenas, que atendieron la convocatoria a las reuniones referidas, insistieron en que su presencia no podía ser utilizada con fines de consulta previa, y iv) habida cuenta de que los representantes del Pueblo Indígena Motilón Barí hicieron serios reparos a los estudios que les fueron presentados y hasta la fecha aguardan las correcciones prometidas —1.5, 1.6 y 1.9—.

Está claro, por lo demás, que las autoridades indígenas tampoco fueron consultadas sobre el procedimiento que se habría tenido que adelantar para someter a consulta previa el Estudio de Impacto y el plan de manejo ambiental que más adelante conocieron, a pesar de que, para entonces —diciembre de 2002 a junio de 2003—, la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia certificaba sobre la presencia de comunidades indígenas en la región de influencia del Pozo Álamo y recordaba a los interesados el deber de consultarlas, de acuerdo con las disposiciones que regulan la materia —1.1,1.2—.

Ahora bien, podría aducirse que, si bien la consulta no se realizó, la omisión es atribuible a las autoridades del Pueblo Indígena Motilón Barí quienes se rehusaron a participar en ella i) por cuanto el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial ordenó a “la Empresa Ecopetrol S.A. [realizar] el veintitrés (23) de

³⁵ Al respecto consultar i) Acta de acercamiento e información comunidades indígenas Motilón Barí Proyecto Perforación Exploratoria Álamo 1 —25 de noviembre de 2003—; ii) Acta 002, Taller sobre exposición del proyecto —Evaluación de impacto y establecimiento de medidas socioambientales y culturales— Proyecto de Perforación Exploratoria Álamo-1 Ecopetrol S.A. — 11 y 12 de diciembre de 2003—, y iii) Acta 003 Proyecto de Perforación Exploratoria Álamo I segundo taller sobre exposición del proyecto, Evaluación de impacto y establecimiento de medidas socioambientales y culturales —10 y 11 de agosto de 2004—.

septiembre de 2004, la reunión de consulta previa” —2.11—; ii) en razón de que dichas autoridades fueron informadas de la decisión y iii) a causa de que el día antes señalado “se llevó a cabo la reunión de consulta previa convocada mediante Auto 946 del 8 de septiembre de 2004, en la sede del Centro Cultural del municipio de Tibú, con la participación de representantes del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, de Ecopetrol S.A., de Gema Ltda., a la cual no se hicieron presentes los representantes de las comunidades indígenas del área de influencia del proyecto” —1.13—³⁶.

No obstante la decisión a que se hace mención fue adoptada por el ministerio del ramo en el ámbito de la solicitud de licencia ambiental adelantada por Ecopetrol S.A. sin participación de las comunidades indígenas, asentadas en la zona de influencia del proyecto Pozo Álamo, al punto que el recurso de reposición, interpuesto por las autoridades del pueblo Motilón Barí contra el auto que ordenó consultarlas, no fue tramitado por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, “por cuanto no son titulares del proyecto que se adelanta dentro del expediente 2969”.

De manera que el Pueblo Indígena Motilón Barí no tenía que asistir a la reunión que se adelantó el 23 de septiembre de 2004, con fines de consulta previa, si se considera que la convocatoria a la misma se produjo en el ámbito de una actuación administrativa en la que, además de no haber sido vinculado se impidió a sus autoridades alegar, probar y contradecir a su favor:

Posición que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial mantuvo a lo largo del trámite administrativo y que dio lugar a que las autoridades indígenas conocieran de la expedición de la Resolución 0624 de 16 de mayo de 2005 —que concede a Ecopetrol S.A. la licencia solicitada— el 24 de junio siguiente, en ejercicio de un derecho de petición.

5.2.2. Siendo así la protección invocada, dirigida a que sean suspendidas las actividades de exploración que Ecopetrol S.A. adelanta en la vereda El Progreso, corregimiento de La Gabarra, municipio de Tibú, en ejecución de la licencia ambiental otorgada mediante la Resolución 0624 de 2005, será concedida.

De manera que Ecopetrol S.A. finalizará las labores que realiza en ejecución de la resolución en comento, por conducto de sus agentes o causahabientes y podrá iniciarlas una vez el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial expida una nueva licencia, con participación de los pueblos indígenas de la región, fundada en estudios y planes elaborados previamente consultados a sus autoridades, con sujeción al ordenamiento constitucional y legal, a cuyo tenor en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales “el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”, con el fin de garantizar que dicha explotación “se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas” —artículo 330 C.P.—.

³⁶ Ibídem.

Lo anterior, salvo que la certificación sobre presencia de comunidades indígenas en la zona de influencia del Pozo Álamo 1 —concertada con sus autoridades y si esto no fuere posible definida por el Ministerio del Interior y de Justicia—, da cuenta de la no presencia de grupos étnicos en la región y así lo corrobore el honorable Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en su calidad de juez constitucional de primera instancia.

5.2.3. Establecida la obligación de consultar a los pueblos indígenas y tribales las medidas que pueden afectarlos, en especial aquellas que tienen que ver con la delimitación y exploración de recursos naturales en sus territorios, en aras de preservar su integridad cultural, social y económica, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial deberá disponer lo conducente, para que la orden de finalización y no reanudación de las actividades exploratorias que realiza Ecopetrol S.A. en el corregimiento de La Gabarra, jurisdicción del municipio de Tibú, departamento de Norte de Santander se cumpla inmediata y efectivamente, hasta tanto el honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Norte de Santander indique lo contrario.

Además, si la Dirección de Etnias llegare a confirmar la presencia de comunidades indígenas en la zona de influencia del Proyecto Álamo 1, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo i) adoptará las medidas necesarias para que las actividades de exploración que se adelantan con base en la Resolución 0624 de 2005 se suspendan indefinidamente, dada su manifiesta oposición con los artículos 1°, 7°, 8°, 9°, 10, 93, 94, 290, 329 y 330 de la Constitución Política; ii) garantizará la participación de dichas comunidades, sus autoridades y representantes en los trámites de licencias y permisos con fines de exploración de recursos naturales en la región y iii) pondrá especial cuidado en los estudios y planes de manejo ambiental sometidos a su consideración, con el fin de verificar su sujeción a los lineamientos de la Ley 21 de 1991, aprobatoria del Convenio 169 de la OIT.

6. Conclusiones. Las sentencias que se revisan se revocarán parcialmente. Alcance de la decisión

Miembros del Pueblo Indígena Motilón Barí, caciques, líderes e integrantes de las distintas comunidades que lo conforman, demandan la protección de sus derechos a la diversidad étnica y cultural, a la participación en las decisiones que los afectan, a la vida y a la integridad, que consideran vulnerados, porque el Ministerio del Interior y de Justicia emitió una certificación que los desconoce, la que dio lugar a que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial expidiera la Resolución 0624 de 2005 que concede a Ecopetrol S.A. licencia ambiental para explorar petróleo en la región de La Gabarra, sin consultarlos.

En armonía con lo expuesto, los accionantes invocan la suspensión de las actividades autorizadas dentro del marco de la citada resolución, dado el daño considerable e irreparable en su integridad cultural, social y económica derivada de las actividades que adelanta Ecopetrol S.A. en la zona, con el apoyo del Ministerio de Defensa Nacional.

No obstante, el honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Norte de Santander, mediante decisión que la Subsección B de la Sección Segunda de la Sala en lo Contencioso Administrativo del honorable Consejo de Estado confirma, niega la protección por improcedente, aduciendo que la presunción de legalidad de que goza la Resolución 0624 de 2005 solo podrá ser desvirtuada por el juez competente. Decisiones estas que en lo tocante a la improcedencia de la acción habrán de ser confirmadas.

Lo anterior, porque, como los jueces de instancia lo aseguran, habrá de ser la justicia en lo contencioso administrativo, de presentarse las acciones de nulidad o de reparación correspondientes, quien se pronuncie sobre los efectos de la Resolución 0624 de 2005 con miras a definir responsabilidades por su otorgamiento.

Pero lo expuesto no es óbice para que los derechos constitucionales fundamentales de los accionantes sean restablecidos i) dado que la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia resolvió, sin adelantar la consulta de rigor, desconocer la influencia de actividades exploratorias en su territorio ancestral, ii) debido a que Ecopetrol S.A. pasó por alto la consulta previa, en la elaboración de estudios de impacto y manejo ambiental sobre una zona tradicionalmente ocupada por comunidades indígenas y iii) a causa de que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial tramitó y otorgó licencia ambiental para adelantar actividades exploratorias, con clara vulneración del derecho de los pueblos indígenas y tribales de la región a participar en las decisiones que los afectan.

De manera que las actividades que adelanta Ecopetrol S.A. en la región de La Gaborra, municipio de Tibú i) tendrán que suspenderse, hasta que culmine el proceso de consulta previa que deberá adelantar el Ministerio del Interior y de Justicia, con miras a dar cuenta de la presencia de pueblos indígenas en la zona de influencia del Pozo Álamo 1, y ii) solo podrán reanudarse si el honorable Tribunal Administrativo de Norte de Santander, atendiendo a los resultados de la consulta, así lo dispone.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

1. CONFIRMAR las sentencias proferidas por el honorable Tribunal Administrativo de Norte de Santander —4 de noviembre de 2005— y por la Subsección B de la Sección Segunda de la Sala en lo Contencioso Administrativo del honorable Consejo de Estado —16 de febrero de 2006—, en lo concerniente a la improcedencia de la acción de tutela para resolver sobre la Resolución 0624 de 2005 y REVOCAR las decisiones en cuanto niegan el restablecimiento de los derechos fundamentales del Pueblo Indígena Motilón Barí a la integridad económica y cultural, a la subsistencia, a no ser sometidos a desaparición forzada, a no ser maltratados, a la participación, a la consulta previa y al debido proceso; para, en su lugar, conceder la protección.

2. ORDENAR a la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol S.A., suspender las actividades exploratorias que adelanta en la vereda El Progreso, corregimiento de La Gabarra, jurisdicción del municipio de Tibú, departamento de Norte de Santander y adoptar las medidas necesarias para que la medida se cumpla efectivamente, en tanto el honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Norte Santander, en su calidad de juez constitucional de primera instancia, permite su reanudación.
3. ORDENAR a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia consultar a las autoridades del Pueblo Indígena Motilón Barí, de buena fe, mediante un procedimiento apropiado, previamente consultado con dichas autoridades, su presencia en la zona, con el propósito i) de concertar la influencia del Pozo Álamo 1 en la integridad cultural, social y económica de dicho pueblo y, ii) de no ser el acuerdo posible, definir la cuestión unilateralmente, sin desconocer las inquietudes y expectativas de las autoridades consultadas, con el fin de mitigar, corregir o restaurar los efectos de las medidas que pudieren tomarse sin su participación, sobre las riquezas culturales y naturales de la Nación.

Una vez concertada con las autoridades indígenas de la región su presencia en la zona de influencia del Pozo Álamo 1 o definido el asunto por la Dirección de Etnias, si el acuerdo no fuere posible, esta apoyará a dichas autoridades en los procesos de consulta previa, especialmente en lo relativo al estudio de impacto y plan de manejo ambiental que Ecopetrol S.A. deberá elaborar, si mantiene su interés en las actividades de exploración, que por esta providencia se suspenden.

Establecida la inexistencia de comunidades indígenas, la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia informará al honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Norte de Santander, con el fin de que este evalúe el proceso de consulta adelantado y ordene la reanudación de las actividades que mediante esta decisión se suspenden, si así lo considera y Ecopetrol S.A. lo solicita.

4. ORDENAR a los ministerios de Defensa Nacional y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial emitir las órdenes y adelantar los controles y apoyo necesarios, dentro de sus competencias, con el fin de que la suspensión inmediata de las actividades relacionadas con la exploración del Pozo Álamo 1 se cumpla efectivamente.

Una vez concertada o definida la presencia del Pueblo Indígena Motilón Barí en la zona de influencia del Pozo Álamo 1 el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial i) deberá emitir las órdenes que resulten necesarias para la suspensión definitiva de las actividades exploratorias; ii) garantizará la participación de dichas comunidades, sus autoridades y representantes en los trámites de licencias y permisos con fines de exploración de recursos naturales en la región, y iii) pondrá especial cuidado en los estudios y planes de manejo ambiental sometidos a su consideración, con el fin de verificar su sujeción a los lineamientos de la Ley 21 de 1991, aprobatoria del Convenio 169 de la OIT.

5. ORDENAR a los ministerios del Interior y de Justicia y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y a Ecopetrol S.A. inaplicar, en los procesos de consulta

que habrán de adelantar con el Pueblo Indígena Motilón Barí, por manifiesta incompatibilidad con la Carta Política, el Decreto 1320 de 1998; en su lugar, consultar a las autoridades indígenas los procedimientos y límites de espacio y tiempo que serán utilizados para adelantar las consultas definitivas, de buena fe, utilizando para el efecto métodos apropiados y con el fin de llegar a un acuerdo.

Si la concertación no fuere posible, las entidades accionadas, de manera objetiva, proporcionada y acorde con la protección de las riquezas culturales y naturales de la Nación, diseñarán de manera unilateral los procedimientos y fijarán las condiciones para adelantar las consultas definitivas.

6. Poner al tanto a la Procuraduría General de la Nación de las acciones y omisiones de las entidades accionadas, para que inicie las investigaciones, promueva las acciones y ordene los correctivos del caso. Oficiése por secretaría general y remítase copia de esta providencia.
7. Líbrense las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

El Magistrado Ponente,

Álvaro Tafur Galvis

Los Magistrados,

Clara Inés Vargas Hernández

Jaime Araújo Rentería

La Secretaria General,

Martha Victoria Sáchica Méndez

6. SENTENCIA C-030 DE 2008 (“Caso Ley Forestal”)

CORTE CONSTITUCIONAL
SALA OCTAVA DE REVISIÓN

Ref.: Expediente D-6837

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1021 de 2006 «*Por la cual se expide la Ley General Forestal*».

Demandante:

Carlos Humberto García Guzmán, Luis Alfredo García Gómez, Alejandra Azuero Quijano y Daniel Bonilla Maldonado.

Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil ocho (2008)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El dieciocho de mayo de 2007, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Carlos Humberto García Guzmán, Luis Alfredo García Gómez, Alejandra Azuero Quijano y Daniel Bonilla Maldonado presentaron demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1021 de 2006 «*Por la cual se expide la Ley General Forestal*».

Mediante Auto del tres de julio de 2007, el Magistrado Sustanciador resolvió admitir la demanda radicada bajo el número D-6837, fijar en lista la norma acusada por el término de diez días con el fin de otorgar la oportunidad a todos los ciudadanos de impugnarla o defenderla, y dar traslado al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto a su cargo, de acuerdo con el artículo 7 del Decreto 2067 de 1991. En el Auto también se ordenó comunicar la demanda al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, al Director de la Organización Nacional Indígena de Colombia, al Director del Proceso de Comunidades Negras de Colombia, y a los Decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades del Rosario, Javeriana y Nacional, para que si lo estimaban conveniente, intervinieran dentro del proceso con el propósito de impugnar o defender las disposiciones acusadas.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

A continuación se transcribe el texto de la Ley 1021 de 2006, conforme a su publicación en el Diario Oficial número 46.249, del 24 de abril de 2006.

«LEY 1021 DE 2006

Diario Oficial No. 46.249 de 24 de abril de 2006

«Por la cual se expide la Ley General Forestal»

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

CAPÍTULO I

Objeto de la ley, principios, interés estratégico y planificación

Artículo 1º. *Objeto de la ley.* La presente ley tiene por objeto establecer el Régimen Forestal Nacional, conformado por un conjunto coherente de normas legales y coordinaciones institucionales, con el fin de promover el desarrollo sostenible del sector forestal colombiano en el marco del Plan Nacional de Desarrollo Forestal. A tal efecto, la ley establece la organización administrativa necesaria del Estado y regula las actividades relacionadas con los bosques naturales y las plantaciones forestales.

Artículo 2º. *Principios y normas generales.* En el desarrollo de los objetivos y estrategias de la política forestal, el Régimen Forestal Nacional se rige por los siguientes principios y normas generales:

1. Se declara de prioridad nacional e importancia estratégica para el desarrollo del país la conservación y el manejo sostenible de sus bosques naturales y el establecimiento de plantaciones forestales en suelos con vocación forestal, los mismos que se ejecutarán en armonía con los instrumentos relevantes de Derecho Internacional de los que la República de Colombia es parte signataria.
2. Se instituye como cláusula de sujeción institucional al Régimen Forestal de la Nación el uniforme sometimiento de todas las instituciones públicas del país que participen en el desarrollo del sector forestal, a las normas, estrategias y políticas nacionales de dicho Régimen, en la perspectiva de garantizar la organicidad y la coherencia requeridas como condición esencial para propiciar la inversión sostenida y creciente en el sector forestal, brindando a los agentes económicos y actores forestales en general, un marco claro y universal de seguridad jurídica. Dicha cláusula opera sin perjuicio de las autonomías y

potestades acordadas por la ley a las autoridades ambientales y territoriales, así como a las comunidades indígenas y afrocolombianas.

3. La conservación de la región amazónica y del Chocó biogeográfico serán materia de medidas especiales a establecerse por el Gobierno Nacional, debiendo adoptar las decisiones que garanticen la efectiva operatividad de lo dispuesto por el artículo 92 de la Ley 99 de 1993.
4. Las acciones para detener la deforestación y la tala ilegal de los bosques, así como para promover el desarrollo sostenible del sector forestal, deberán ser adoptadas y ejecutadas de manera conjunta y coordinada entre el Estado, la sociedad civil y el sector productivo, propendiéndose al acceso equitativo a los recursos y a su aprovechamiento integral, en el marco de los requerimientos básicos para la conservación de los ecosistemas y su diversidad biológica.
5. El Estado promoverá el desarrollo del sector forestal como un reconocimiento de los beneficios económicos, sociales y ambientales que el mismo genera para el país. Se declara el desarrollo del sector forestal como una tarea nacional prioritaria para la consecución de la paz y la convivencia ciudadana.
6. El fomento de las actividades forestales debe estar dirigido a la conservación y manejo sostenible de los ecosistemas, a la generación de empleo y al mejoramiento de las condiciones de vida de las poblaciones rurales y de la sociedad en general.
7. El Estado estimulará el estudio, la investigación científica, la asistencia técnica, la transferencia tecnológica, la protección fitosanitaria, así como el rescate, la conservación y la protección de los conocimientos ancestrales y tradicionales y su divulgación, como elementos fundamentales para el manejo sostenible de los bosques naturales y el desarrollo de plantaciones forestales.
8. Objetivo del manejo integral de los bosques naturales es mantener un nivel sostenible de productividad sus recursos forestales maderables y no maderables y sus servicios ambientales, conservando sustancialmente las calidades originales de sus ecosistemas y de su diversidad biológica.
9. A fin de generar un proceso creciente de acatamiento voluntario de las normas legales del Régimen Nacional Forestal, el Estado promoverá, en el ámbito nacional, departamental y municipal, la difusión masiva de la importancia y los valores de los bosques.
10. El Estado garantiza el derecho de las comunidades indígenas y afrocolombianas a la libre toma de decisiones, dentro del marco de la Constitución y la ley, respecto de las actividades forestales de carácter sostenible que desearan emprender en sus territorios, conforme a la Ley 21 de 1991, la Ley 70 de 1993, y demás normas complementarias.
11. Las plantaciones forestales, al igual que los sistemas agroforestales, cumplen una función fundamental en la producción de energía renovable, el abastecimiento de materia prima, el suministro de bienes y servicios ambientales, la ampliación de la oferta de recursos de los bosques, la generación de empleo y el desarrollo

socioeconómico nacional, por lo cual el Estado estimulará su desarrollo en las tierras que no cuenten con cobertura boscosa natural.

12. Las líneas de política nacional se desarrollarán regionalmente atendiendo a las particularidades de cada región. La gestión de la conservación y el manejo sostenible de los bosques naturales debe ser descentralizada y participativa, sin perjuicio de la cláusula de sujeción institucional al Régimen Nacional Forestal. En todo caso, el Estado fomentará el uso de los bosques naturales con claros objetivos sociales, culturales, económicos y ecológicos.
13. Las plantaciones forestales con fines de protección serán establecidas o promovidas por los organismos públicos, nacionales o regionales en los espacios que lo requieran con fines de recuperación de suelos, protección de cuencas hidrográficas, restauración vegetal de áreas protectoras, conservación de la biodiversidad y demás servicios ambientales.
14. El Estado establecerá y reglamentará los mecanismos específicos de asistencia técnica forestal requeridos para el cabal cumplimiento de la presente ley.
15. Se reconoce el vuelo forestal como el derecho que tiene el titular o el propietario de una plantación forestal privada debidamente registrada, para constituir sobre una plantación futura, una garantía con cualquier entidad financiera. Para todos los efectos jurídicos, se entiende que los árboles son bienes muebles por anticipación conforme lo establecido en el artículo 659 del Código Civil.
16. En ningún caso la presente ley permitirá tratamientos distintos a los consagrados en la legislación vigente para las áreas protegidas del Sistema de Parques Nacionales Naturales.
17. Se reconoce el ecoturismo sobre los bosques, como una estrategia fundamental para su conservación en pie y el mantenimiento de la biodiversidad y los servicios ambientales.

El desarrollo de los principios anteriormente señalados se ajustará a las prioridades de inversión contenidas en Plan Nacional de Desarrollo para el respectivo período, de conformidad con la Constitución Política y la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo.

Artículo 3º. *Interés prioritario e importancia estratégica.* Se declara de interés prioritario e importancia estratégica para la Nación las actividades relacionadas con el establecimiento, manejo y aprovechamiento de plantaciones forestales; la conservación y el manejo sostenible de los bosques naturales y de los sistemas agroforestales; la industrialización y/o comercialización de los productos y servicios forestales, así como el conocimiento y la investigación forestal, de conformidad con las prioridades de inversión contenidas en el Plan Nacional de Desarrollo para el respectivo período.

CAPÍTULO II

Institucionalidad y competencias

Artículo 4º. *Atribuciones del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.* El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, como

organismo rector de la gestión del medio ambiente y de los recursos naturales renovables, es la entidad atribuida de competencia para la formulación de la política nacional de gestión sostenible de los bosques naturales, protección de los bosques frágiles y restauración de los ecosistemas forestales degradados, a cuyo efecto expedirá las normas requeridas para su ordenación, protección, control, administración, conservación y aprovechamiento sostenible.

Artículo 5º. *Atribuciones del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.* El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, como organismo rector de la producción agropecuaria, forestal y pesquera, es la entidad competente para:

- a) Formular la política nacional de producción forestal;
- b) Expedir las normas de fomento requeridas, y
- c) Promover las plantaciones forestales de carácter productor a través de núcleos forestales, así como la producción forestal mediante cadenas productivas.

Parágrafo 1º. Se exceptúan de estas funciones aquellas relacionadas con plantaciones forestales que tengan fines exclusivamente protectores, las cuales son atribuciones del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Parágrafo 2º. El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en un plazo no mayor de seis (6) meses a partir de la vigencia de la presente ley, establecerá los arreglos institucionales y mecanismos pertinentes a los efectos previstos por la Ley 139 de 1994, las normas tributarias pertinentes y las demás normas que las modifiquen o sustituyan. Para tal fin, se tendrá en cuenta, entre otros aspectos, la cobertura institucional, la capacidad operativa y la idoneidad técnica.

Artículo 6º. *Reglamentación de áreas forestales.* Los criterios para la definición y reglamentación de las áreas forestales serán definidos por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en coordinación con el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y el Departamento Nacional de Planeación.

Artículo 7º. *Consejo Nacional Forestal.* Créase el Consejo Nacional Forestal como un órgano de coordinación y concertación de la política forestal nacional. El Consejo estará integrado por los siguientes miembros: el Director del Departamento Nacional de Planeación, los Ministros de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, de Agricultura y Desarrollo Rural, de Comercio, Industria y Turismo, el Alto Consejero de la Acción Social, o sus delegados y dos (2) representantes de las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, un (1) representante de los gremios del sector forestal productivo nacional, un (1) representante de las organizaciones de profesionales de Ingeniería Forestal, un (1) representante del Consejo Nacional de la Cadena Forestal, un (1) representante del sector minero energético nacional, un (1) representante de los decanos de las Facultades de Ingeniería Forestal, un (1) representante de los centros de investigación forestal, dos (2) representantes de los Pueblos Indígenas, dos (2) representantes de las Comunidades Afrocolombianas, dos (2) representantes de las comunidades de las zonas de reservas campesinas declaradas y un (1) representante de las organizaciones ambientales no gubernamentales.

Parágrafo 1º. La Secretaría Técnica del Consejo Nacional Forestal estará a cargo de la gerencia del Plan Nacional de Desarrollo Forestal, quien convocará.

Parágrafo 2º. El Consejo Nacional Forestal deberá reunirse por lo menos una (1) vez cada cuatro (4) meses y tendrá la facultad de expedir su propio reglamento. La forma de elección de los representantes a este Consejo será definida por el Gobierno Nacional.

Artículo 8º. Funciones. El Consejo Nacional Forestal tendrá las siguientes funciones:

1. Asesorar la formulación, implementación, ejecución y seguimiento del Plan Nacional de Desarrollo Forestal y de los planes de desarrollo forestal regionales.
2. Formular mecanismos de fomento para la industrialización y mercadeo de productos provenientes de plantaciones forestales y del bosque natural.
3. Procurar el fortalecimiento de los programas de crédito forestal para que sean oportunos y adecuados.
4. Actuar como espacio de concertación entre el sector público y el sector privado para acordar acciones, medidas y mecanismos que permitan alcanzar los propósitos y metas del desarrollo forestal sostenible fijados en el Plan Nacional de Desarrollo Forestal, en coordinación con la función de concertación establecida con el Consejo Nacional de la Cadena Forestal.
5. Analizar y proponer mecanismos de coordinación y articulación de la política forestal con las otras políticas sectoriales de la economía nacional.
6. Promover la suscripción de convenios de cooperación técnica con empresas u organismos, públicos o privados, nacionales o extranjeros, interesados en realizar actividades forestales.
7. Impulsar la formulación, promoción y desarrollo de proyectos de venta de servicios ambientales en Colombia y en el exterior.
8. Las demás que le señale el reglamento.

Artículo 9º. Dependencias especiales forestales. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, El Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales, Ideam, y el Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incóder, en un plazo de un año a partir de la sanción de la presente ley, deberán establecer dentro de sus estructuras orgánicas y con recursos humanos de su propio plantel, las respectivas dependencias especiales forestales con el fin de desempeñar las funciones que les corresponden conforme a la presente ley.

Parágrafo 1º. En el marco de su autonomía, las Corporaciones Autónomas Regionales y Corporaciones para el Desarrollo Sostenible, deberán establecer las dependencias especiales forestales a que se refiere el presente artículo.

Parágrafo 2º. Comités regionales de control y vigilancia. Con el fin de realizar esfuerzos comunes y actividades coordinadas para controlar la movilización de los productos provenientes de los bosques, créanse los comités regionales de control y vigilancia, conformados por las autoridades ambientales competentes, la comunidad, las fuerzas militares, la Policía Nacional, el DAS, la Fiscalía General de la Nación,

la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación, representantes del gremio productivo y de los entes territoriales. Estos Comités apearán con fundamento en la normativa vigente en la materia.

Parágrafo 3º. *Competencias del Ministerio de Defensa.* Las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), prestarán apoyo a las autoridades ambientales, a los entes territoriales y a la comunidad, en defensa y protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables, y en las funciones y acciones de control y vigilancia previstas por la Ley 99 de 1993.

CAPÍTULO III Planificación

Artículo 10. *Plan Nacional de Desarrollo Forestal.* El Plan Nacional de Desarrollo Forestal, PNDF, adoptado por el Gobierno Nacional constituirá el marco orientador de la política de desarrollo forestal del país. Dicho plan deberá actualizarse y ejecutarse a través de programas y proyectos forestales regionales, departamentales y/o municipales, de conformidad con las prioridades de inversión contenidas en el Plan Nacional de Desarrollo, para el respectivo período.

Parágrafo. En todo caso, el Plan Nacional de Desarrollo Forestal deberá considerar como mínimo los siguientes aspectos:

1. Un enfoque ecosistémico para la conservación y manejo sostenible de la biodiversidad a los bosques.
2. Programas de ordenación, conservación y restauración de ecosistemas forestales.
3. Programa de desarrollo de cadenas forestales productivas.
4. Programa de desarrollo institucional.
5. Una estrategia de sostenibilidad financiera.

Artículo 11. *Plan General de Ordenación Forestal.* Las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible elaborarán y aprobarán mediante acto administrativo, en un plazo no mayor de dos (2) años a partir de la vigencia de la presente ley, el Plan General de Ordenación Forestal de sus respectivas jurisdicciones, incluyendo las áreas que forman parte de las reservas forestales, conforme a lo establecido por la presente ley.

Parágrafo. En tanto se elabore y apruebe el Plan General de Ordenación Forestal de cada jurisdicción, el aprovechamiento forestal se regirá conforme a la normatividad existente para tal fin.

TÍTULO II BOSQUES NATURALES Y PLANTACIONES FORESTALES

CAPÍTULO I Clasificación de las tierras forestales

Artículo 12. *Clasificación.* Para efectos de la ordenación y manejo forestal sostenible, las tierras oficialmente declaradas de vocación forestal conforme a la legislación de

la materia, serán clasificadas mediante acto administrativo de las Corporaciones Autónomas Regionales o de Desarrollo Sostenible, en:

1. **Áreas forestales de protección.** Corresponden a las que deben conservar su cobertura boscosa natural, con el fin de proteger los recursos naturales renovables y brindar otros servicios ambientales.
2. **Áreas forestales de producción.** Corresponden a las destinadas a la realización de plantaciones forestales, incluyendo las tierras degradadas y no declaradas de protección. Tienen carácter de tierras forestales de producción, para todo lo que les convenga, las que estando o pudiendo legalmente ser destinadas a otros usos, sus propietarios voluntariamente asignen a plantaciones forestales o sistemas agroforestales y mientras según la soberanía de su voluntad no decidan en distinto.

Artículo 13. *Áreas de reserva forestal.* Son áreas de reserva forestal las extensiones territoriales que, por la riqueza de sus formaciones vegetales y la importancia estratégica de sus servicios ambientales, son delimitadas y oficialmente declaradas como tales por el Estado, con el fin de destinarlas exclusivamente a la conservación y desarrollo sustentable.

Parágrafo 1º. En un plazo máximo de tres años a partir de la vigencia de la presente ley, el Gobierno Nacional deberá delimitar, consolidar y declarar las áreas de reserva forestal existentes para adecuarlas a los principios y objetivos de la presente ley. Conforme a este ejercicio se elaborará el mapa actualizado de las áreas de reserva forestal de la Nación, debiendo establecer las medidas pertinentes para su monitoreo y control efectivo.

Parágrafo 2º. Las áreas de reserva forestal sólo podrán ser declaradas por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial cuando las mismas sean del orden nacional, y por las Corporaciones Autónomas Regionales o de Desarrollo Sostenible cuando se trate de Áreas de Reserva Forestal del orden regional. El Gobierno Nacional establecerá reglamentariamente el procedimiento para las declaratorias y el registro correspondiente. En todo caso, antes de una declaratoria de Área de Reserva Forestal se procederá a elaborar los estudios técnicos, económicos, sociales y ambientales pertinentes, así como al levantamiento de un censo catastral de los espacios cuyos titulares ostenten derechos adquiridos. Cuando por interés nacional deba procederse a la expropiación se determinará, bajo los criterios de valorización vigentes sobre la materia, el valor monetario para su adquisición por negociación directa o por vía expropiatoria. Para el efecto de las expropiaciones el acto de declaratoria deberá consignar la fuente de financiamiento.

CAPÍTULO II Bosque natural

Artículo 14. *Bosque natural.* Para efectos de la presente ley, se denomina bosque natural al ecosistema compuesto por árboles y arbustos con predominio de especies autóctonas, en un espacio determinado y generados espontáneamente por sucesión natural.

Artículo 15. *Tipos de aprovechamiento.* El aprovechamiento de productos maderables y no maderables de los bosques naturales puede ser:

Doméstico. Son los que se efectúan exclusivamente para satisfacer las necesidades básicas elementales y uso doméstico. Dentro de los propósitos asociados y para reducir la tala doméstica indiscriminada y potenciar el aprovechamiento doméstico sostenible de los bosques, el Gobierno Nacional promoverá el uso masivo de energéticos sustitativos de la leña.

Comercial. Cuando tiene por fin generar beneficios económicos a partir de su aprovechamiento, uso y transformación, de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la presente ley.

Científico. Cuando el fin es adelantar estudios o investigaciones básicas o aplicadas sobre los recursos forestales.

Especiales. Son los realizados para la ejecución de obras o actividades de interés nacional que impliquen el cambio temporal o definitivo de la cobertura boscosa. Salvo que sea materia declarada por ley o decreto del Gobierno Nacional, la declaratoria de interés nacional será efectuada por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Parágrafo 1º. De la compensación por permisos especiales. El titular del permiso de aprovechamiento forestal especial, pagará una compensación por el aprovechamiento a la autoridad ambiental competente, el cual se calculará con base en los costos directos de plantación y mantenimiento de un área equivalente al área intervenida de acuerdo con la reglamentación que para tal efecto expida el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Artículo 16. *Derechos de aprovechamiento.* Los modos de adquirir el derecho de aprovechamiento forestal en bosques naturales son los siguientes:

Por ministerio de la ley. Es el uso consuetudinario, gratuito y sin exclusividad de los recursos naturales de dominio público, que hacen sin que necesiten permiso los habitantes del territorio nacional para satisfacer sus necesidades elementales, las de su familia y las de sus animales de uso doméstico, en cuanto con ello no se violen disposiciones legales o derechos de terceros.

Por autorización. El aprovechamiento forestal de bosques de propiedad privada está condicionado a previa autorización al propietario del terreno, constituido por el acto administrativo que la otorga, conforme al reglamento y las normas subsidiarias de la materia.

Por permiso. Está referido a los derechos de aprovechamiento en bosques públicos bajo condiciones de duración y volumen señalados por el reglamento, que se conceden directamente por la autoridad ambiental competente en virtud de razones especiales debidamente justificadas en el acto administrativo que los otorga, tales como extensión insuficiente para una concesión u otros. Asimismo se adquieren por permiso los derechos de aprovechamiento de tipo científico y especial.

Concesión forestal. El derecho de aprovechamiento comercial en bosques públicos de producción forestal se obtiene por concesión otorgada en licitación pública, cuya

vigencia y prórroga están sujetas a los turnos de corta establecidos en el Plan de Manejo Forestal, y a los resultados de auditorías forestales periódicas, conforme al reglamento que se expida para el efecto.

Con el fin de garantizar a las comunidades el manejo sostenible de los bosques, el Gobierno Nacional establecerá un porcentaje razonable de los bosques públicos de producción forestal de cada localidad o región, que será destinado al otorgamiento de concesiones a agrupaciones y/o asociaciones comunitarias, mediante mecanismos que garanticen la transparencia del proceso y la igualdad de oportunidades de los peticionarios.

Asociación. Es el aprovechamiento de bosques de dominio público en áreas de producción forestal a través de contrato de asociación entre el administrador del recurso o una entidad pública, y un privado.

Parágrafo 1º. Con el propósito de garantizar el aprovechamiento racional y el uso sostenible de los recursos forestales (maderables y no maderables) en los términos de la presente ley, los derechos de aprovechamiento que se otorguen podrán ser objeto de suspensión o terminación por cualquiera de las siguientes causas:

1. Por incumplimiento de condiciones esenciales de sostenibilidad establecidos por la ley o en el plan de manejo aprobado por la Autoridad Ambiental competente.
2. Por la trasgresión de normas ambientales en un nivel de gravedad que amerite la suspensión o terminación, según motivación del acto administrativo correspondiente
3. Por dar o permitir usos diferentes al aprovechamiento forestal autorizado, en especial la realización de actividades que estimulen o fomenten la bio-piratería.
4. Por la suspensión no justificada de las actividades relacionadas con el derecho otorgado durante un año continuo.

Parágrafo 2º. Tarifa de los servicios de evaluación, seguimiento y monitoreo de los derechos de aprovechamiento forestal. Las autoridades ambientales cobrarán los servicios de evaluación y los servicios de seguimiento y monitoreo de los derechos de aprovechamiento forestal de que trata el presente artículo de conformidad con lo establecido en el artículo 96 de la Ley 633 del 2000.

Parágrafo 3º. Para el caso de las concesiones, además del valor de los servicios de evaluación, monitoreo y control, el valor de la contraprestación económica por el aprovechamiento de los recursos forestales será el resultante de la licitación pública.

Parágrafo 4º. En ningún caso y bajo ninguna circunstancia, se les adjudicará el derecho o la posibilidad de adquirir el dominio ni ningún otro derecho real por prescripción a los concesionarios de tierras forestales baldías de propiedad de la Nación.

Artículo 17. Manejo forestal sostenible. Para efectos del aprovechamiento de los recursos forestales con fines comerciales, se entenderá por manejo forestal sostenible el proceso para alcanzar uno o más objetivos relacionados a la producción de un

flujo continuo de productos y servicios forestales deseados, sin reducir sus valores ambientales, sociales, culturales y económicos, ni su productividad futura.

Parágrafo. El manejo forestal es sostenible cuando el modo y los ciclos de intervención de los bosques respetan la capacidad de regeneración natural de los mismos y los requerimientos para la conservación de su estructura, composición y diversidad florística, así como de sus suelos, cuerpos de agua y composición faunística en niveles poblacionales sustancialmente estables. En consecuencia, las reglas para la elaboración de los instrumentos de manejo y para la evaluación de los mismos deberán obedecer a los principios, criterios e indicadores de sostenibilidad o a esquemas de certificación internacionalmente reconocidos.

Artículo 18. Trámites y procedimientos. Conforme con el reglamento que para tal fin expida el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, es atribución legal de la Corporación Autónoma Regional o, en su caso, de Desarrollo Sostenible, de la respectiva jurisdicción, la calificación de las solicitudes y el otorgamiento de cualquier clase de derecho de aprovechamiento forestal en bosques naturales, así como su monitoreo y control, en observancia de los principios de transparencia, debido proceso y revisión de sus actos administrativos.

Parágrafo 1º. Las solicitudes de aprovechamiento forestal efectuadas antes de la expedición de la presente ley se registrarán por las normas vigentes al momento de su presentación, salvo que convenga a los solicitantes acogerse a la nueva normativa.

Parágrafo 2º. El reglamento que se adopte en materia de aprovechamiento forestal establecerá, como mínimo, los siguientes aspectos:

- a) Los procedimientos y requisitos para las solicitudes de aprovechamiento forestal;
- b) Los plazos en los que se debe surtir los trámites;
- c) Las especificaciones técnicas para la elaboración, revisión y aprobación de inventarios forestales y planes de manejo;
- d) Las obligaciones del titular del aprovechamiento;
- e) Las causas de caducidad y/o revocatoria de los derechos forestales;
- f) Los mecanismos de mediación y solución en asuntos relacionados con el tipo de aprovechamiento,

Parágrafo 3º. Salvo lo expresamente dispuesto en la presente ley, las contravenciones y sanciones administrativas y los procedimientos y recursos impugnatorios se registrarán por lo establecido en el Título XII Sanciones y Medidas de policía, artículos 83, 84, 85 y 85 de la Ley 99 de 1993.

Artículo 19. Aprovechamientos forestales por comunidades étnicas. Es derecho exclusivo de las comunidades afrocolombianas e indígenas el aprovechamiento de los recursos forestales de sus territorios, en observancia de las normas legales tutelares de la conservación y el aprovechamiento forestal sostenible.

En cualquier caso, dicho aprovechamiento deberá surtir el trámite de consulta previa con las comunidades involucradas.

Parágrafo. Para los efectos del aprovechamiento, manejo, uso de los bosques y de la biodiversidad en los territorios colectivos de las comunidades afrocolombianas, previa consulta con sus consejos comunitarios y autoridades tradicionales, el Gobierno Nacional reglamentará en un plazo de doce (12) meses lo dispuesto por la Ley 70 de 1993, en especial lo contenido en sus Capítulos IV y VII.

Artículo 20. *Plan de manejo forestal.* El aprovechamiento comercial de bosques naturales está sujeto a la previa aprobación de un plan de manejo forestal, el mismo que, basado en el inventario forestal, determina la oferta y capacidad de renovación de los recursos, así como las modalidades de intervención y prácticas silviculturales que serán aplicadas para garantizar el uso sostenible del recurso. Dicho plan será elaborado por un ingeniero forestal, agroforestal o por profesionales de carreras afines de acuerdo con los parámetros que determine el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Parágrafo 1º. El plan de manejo forestal aprobado por la Corporación Autónoma Regional o de Desarrollo Sostenible es parte integrante del acto administrativo que otorga el derecho de aprovechamiento, siendo su fiel cumplimiento requisito esencial para la conservación de tal derecho, tratándose del aprovechamiento científico, el proyecto de investigación tiene mérito de plan de manejo forestal.

Parágrafo 2º. La ejecución del plan de manejo estará a cargo de un agente forestal, quien es responsable del cumplimiento de las condiciones establecidas en el mismo y en el acto administrativo que lo aprueba. Las recomendaciones del agente forestal son de cumplimiento obligatorio para el titular de la operación forestal a que sirve.

Parágrafo 3º. Las operaciones forestales que se certifiquen conforme a un sistema internacional reconocido de certificación forestal voluntaria gozarán del trato de celeridad administrativa y los beneficios especiales que, por alivio de la carga estatal de monitoreo y control, serán determinados por el reglamento.

Artículo 21. *Monitoreo y control.* Para el monitoreo y control del aprovechamiento forestal sostenible de bosques naturales se utilizarán los siguientes instrumentos:

- a) Manifiestos de aprovechamiento. Son los instrumentos que, en calidad de declaraciones juramentadas sobre el avance de la ejecución del plan de manejo forestal, emitirán solidariamente los titulares de los derechos otorgados y los agentes forestales, conforme las especificaciones que reglamentariamente determine el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial;
- b) Manifiestos de abastecimiento de materia prima. Son los instrumentos que, conforme a reglamento emitirán los centros de procesamiento para acreditar que se abastecen exclusivamente de productos procedentes de aprovechamientos forestales legalmente otorgados. En caso de que los productos no se encuentren legalmente amparados, los mismos serán sujetos de decomiso y remate de los productos ilegales, multa por el triple del valor comercial del producto decomisado y clausura del establecimiento por un periodo de entre 15 y 60 días calendario, debidamente justificado por el acto administrativo que la impone;
- c) Guía de transporte forestal. Son los instrumentos expedidos por la autoridad competente y que amparan el transporte de productos forestales primarios de bosques naturales. Se presume como productos forestales ilegales sujetos a

decomiso y remate conforme a reglamento, los que en su transporte, almacenamiento, procesamiento y comercialización no se encuentren amparados por dichos instrumentos. Los vehículos que se presten al transporte ilegal de productos del bosque están sujetos a su decomiso y remate o sanción alternativa de multa por el triple del valor de la carga decomisada, de acuerdo a circunstancias atenuantes debidamente justificadas en el acto administrativo que la determine;

- d) Inspecciones forestales. Son las verificaciones efectuadas por parte de las autoridades competentes y de policía en bosques, en centros de procesamiento, en puestos de control fijos y móviles y en puestos de aduana, así como las auditorías forestales, conforme al reglamento. Producen mérito oficial las inspecciones y auditorías de las operaciones certificadas por el sistema internacional de certificación forestal voluntaria. Cuando el producto forestal no esté amparado por un derecho concedido por la autoridad competente, se procederá al decomiso de los productos y medios utilizados para la infracción y se le impondrá una multa por el triple del valor comercial del producto.

Parágrafo 1º. No se podrá efectuar la eliminación de bosques naturales con fines de ejecución de actividades agropecuarias ni de establecimiento de plantaciones forestales, con excepción de los aprovechamientos realizados para la ejecución de actividades de interés nacional.

Parágrafo 2º. Cualquier proceso de deforestación irregular será sujeto de multa por el triple del valor comercial en el mercado interno de la madera apeada, el decomiso y remate de los productos forestales y de los medios utilizados para ello.

Los montos líquidos resultantes de las multas y remates serán manejados en cuentas especiales y destinados exclusivamente al fortalecimiento de las actividades de prevención, monitoreo y control de la deforestación irregular.

Parágrafo 3º. Se considera a los ingenieros forestales, agroforestales y/o profesionales de carreras afines, en su calidad de responsables de la planeación y ejecución de operaciones forestales debidamente autorizadas, como agentes auxiliares de la autoridad competente, bajo la denominación de agentes forestales, cumpliendo en el uso de sus atribuciones funciones públicas y dando fe pública los instrumentos que suscriban e incurriendo en el delito de falsedad ideológica en documento público tipificado por el artículo 286 del Código Penal, sin perjuicio de lo consignado en el Código Único Disciplinario (Ley 734 de 2002), en caso de consignar falsedades o callar total o parcialmente la verdad en relación con las operaciones a su cargo.

Parágrafo 4º. El monitoreo y control de las operaciones forestales podrán ser efectuados directamente por la autoridad competente o delegados a profesionales forestales o afines y a personas jurídicas dedicadas a la actividad u otras entidades públicas, de acuerdo al reglamento.

CAPÍTULO III Plantaciones forestales

Artículo 22. *Plantación forestal.* Se entiende por plantación forestal el cultivo originado por la intervención directa del hombre.

Se entiende a su vez por sistema agroforestal, la combinación en tiempo y espacio de especies arbóreas con cultivos agrícolas o ganadería, con el fin de integrar armónicamente la actividad agropecuaria con la forestal para garantizar la sostenibilidad del sistema productivo.

Es de carácter productor la plantación forestal, o el sistema agroforestal establecido con fines de aprovechamiento comercial y de carácter protector los establecidos con el fin prioritario de generar servicios ambientales o servir a la protección de uno o varios recursos naturales renovables y el ambiente.

Parágrafo 1º. Las plantaciones de carácter protector únicamente podrán ser objeto de aprovechamiento maderable mediante sistemas que garanticen la conservación de la cobertura arbórea suficiente para brindar los servicios ambientales a que están destinadas. A tal efecto, el Plan de Establecimiento y Manejo Forestal deberá determinar el sistema de corta, extracción y cosecha aplicable.

Parágrafo 2º. El carácter productor o protector está determinado por el registro del mismo ante la autoridad competente al establecerse la plantación forestal.

Parágrafo 3º. Todo sistema agroforestal podrá ser objeto de las prácticas silviculturales requeridas para el desarrollo del cultivo sin que se exija autorización por parte de la autoridad ambiental. El aprovechamiento y la movilización de los productos forestales obtenidos de estos sistemas gozarán del mismo tratamiento de las plantaciones comerciales y no requieren permiso o autorización.

Artículo 23. Dominio. Son de propiedad de la Nación las plantaciones forestales ubicadas en baldíos y demás terrenos de dominio público, establecidas por las entidades públicas o por los particulares en cumplimiento de las obligaciones de reposición, restitución o compensación del recurso.

Son de propiedad privada las plantaciones forestales establecidas por los particulares en terrenos de propiedad privada, así como las efectuadas por el Estado en tierras de particulares por vía de actividades de fomento.

La propiedad de las plantaciones forestales que sean efectuadas por el Estado con la participación de agentes privados quedará sujeta a lo que se establezca en los respectivos contratos.

Artículo 24. Establecimiento y aprovechamiento. Toda plantación forestal, agroforestal de carácter productor realizada con recursos propios, implica el derecho de su titular al aprovechamiento o a darle el destino que determine según la soberanía de su voluntad. Cuando se traten de otros productos del bosque usados para consumo humano entre ellos los derivados de la apicultura, no se podrán anunciar ni comercializar si no tienen las pruebas analíticas tales como Físicoquímicas, Microbiológicas, Bromatológicas y Organolépticas, le corresponde al Invima la vigilancia y control, y a la Federación Nacional de Apicultores o su delegatario, la expedición de la certificación respectiva.

Cuando excepcionalmente, y por causa de utilidad pública o interés social, el Estado requiriere expropiar tierras con plantaciones forestales, deberá incluirse en la indemnización el valor medio de mercado, al estado de cosecha, de las especies

cultivadas, menos el monto de los costos de mantenimiento y manejo que el expropiado tendría que erogar hasta que alcanzaren su madurez. A conveniencia del interés público, la entidad expropiante podrá conceder al expropiado el plazo necesario para la cosecha.

Artículo 25. *Caminos o carreteables forestales.* Los caminos o carreteables forestales necesarios para adelantar el aprovechamiento forestal de las plantaciones forestales, se consideran parte integral del proyecto forestal, y no estarán sometidos a permisos o requisitos adicionales distintos a los previstos en la presente ley.

Cuando para la construcción de un camino o carreteable forestal se tenga que ocupar temporalmente un cauce natural o afectar un área de bosque natural, ubicados en el área del proyecto forestal, se cumplirán las condiciones generales que en función de su ulterior recuperación determine el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial mediante la correspondiente guía para la **construcción de caminos forestales**, la cual tendrá carácter vinculante y será definida en un plazo no mayor de un año a partir de la entrada en vigencia de la presente ley.

Artículo 26. *Registro.* Toda plantación forestal o sistema agroforestal de carácter productor será registrada ante el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural o ante la entidad delegada por dicho Ministerio, debiendo ser comunicada a la autoridad ambiental de la jurisdicción respectiva con fines de información y estadísticos.

Para el registro de la plantación forestal productora se requiere la siguiente información:

- a) Nombre e identificación del titular del cultivo forestal;
- b) Acreditación de la propiedad o tenencia del predio;
- c) Ubicación de la plantación;
- d) Área del cultivo y especies plantadas;
- e) Año de establecimiento;
- f) Objetivo de la plantación.

Parágrafo. Cuando se trate de una plantación forestal con fines de protección, esta deberá registrarse ante la respectiva autoridad ambiental regional, presentando además de la información señalada en el presente artículo el respectivo Plan de Establecimiento y Manejo Forestal, PEMF.

Artículo 27. *Plan de establecimiento y manejo forestal.* Toda plantación forestal, agroforestal o silvopastoril que se establezca con financiación total o parcial de recursos estatales, créditos internacionales canalizados por entidades públicas, cooperación técnica internacional, financiación por la venta de servicios ambientales en el marco de un acuerdo multilateral, las que apliquen para el otorgamiento del Certificado de Incentivo Forestal (CIF), o aquellas que se establezcan en predios de propiedad del Estado, deberá elaborar y obtener la aprobación del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal por parte de la autoridad competente, de acuerdo con las reglamentaciones existentes o las que se expidan para el efecto.

Parágrafo 1º. Cuando las Corporaciones Autónomas Regionales o de Desarrollo Sostenible actúen como ejecutores deberán elaborar el Plan de Establecimiento y Manejo Forestal, el cual será aprobado por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Parágrafo 2º. El Plan de Establecimiento y Manejo Forestal, deberá ser elaborado por ingenieros forestales o profesionales afines con especialización en silvicultura.

Parágrafo 3º. La cosecha de las plantaciones a que se refiere el presente artículo se realizará conforme a lo dispuesto en el Plan de Establecimiento y Manejo Forestal.

Artículo 28. *Libre aprovechamiento y movilización.* No se requiere permiso o autorización para el establecimiento y aprovechamiento de plantaciones forestales comerciales o sistemas agroforestales. Así mismo no se requiere guía de transporte forestal para la movilización de sus productos.

Para efectos de transporte, el reglamento determinará la forma de identificar los productos de las plantaciones forestales y los sistemas agroforestales, con el fin de diferenciarlos claramente de los productos de bosques naturales.

Parágrafo 1º. Para la movilización de material vegetal o reproductivo destinado al establecimiento de plantaciones forestales no se requerirá permiso.

Artículo 29. *Reporte de volumen.* Toda persona natural o jurídica que realice aprovechamiento y/o movilización de productos forestales derivados de plantaciones forestales deberá reportar a la entidad competente el volumen de la madera producida y movilizada.

Artículo 30. *Silvicultura urbana.* Las áreas y recursos forestales al interior de los perímetros urbanos municipales y/o distritales tendrán un tratamiento especial para su administración, información, manejo, aprovechamiento y conservación por parte de las autoridades ambientales competentes, de conformidad al reglamento que expidan conjuntamente el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en coordinación con las entidades competentes del nivel nacional, regional y local.

CAPÍTULO IV

De la producción industrial

Artículo 31. *Producción y manejo.* La producción industrial de bienes a partir de materia prima procedente de bosques naturales debe abastecerse exclusivamente de áreas de aprovechamiento sostenible bajo plan de manejo aprobado por la autoridad competente.

Parágrafo. En el Plan Nacional de Desarrollo se integrará el manejo sostenible de los bosques naturales como un factor de la economía nacional que es determinante para la estabilidad productiva de sus recursos y servicios ambientales, en beneficio de los productores forestales, las comunidades locales, la industria forestal, la sociedad en general y los mercados.

Artículo 32. *Desarrollo industrial.* El Estado promoverá el desarrollo y modernización del sector forestal para aumentar la competitividad de la industria

maderera. Para el efecto apoyará la modernización industrial atendiendo los principios del desarrollo sostenible.

TÍTULO III FINANCIACIÓN, ESTÍMULOS, INCENTIVOS, EXENCIONES Y GARANTÍAS

Artículo 33. *Garantía a la inversión.* Para dar seguridad a las inversiones en la cadena forestal el Estado no modificará los contratos celebrados o que se celebren por el término de hasta veinte (20) años, contados a partir de la fecha de suscripción del contrato, excepto en los casos específicos acordados con el inversionista.

Artículo 34. *Garantías sobre volúmenes aprovechables.* Para cualquiera de las clases de derechos con fines comerciales a que se refiere la presente ley, el volumen aprovechable constituye garantía real para transacciones crediticias u otras operaciones financieras; esta norma rige para las plantaciones forestales.

Artículo 35. *Bosques naturales de propiedad privada.* Los incentivos vigentes y aquellos que se pongan en vigencia para las actividades forestales y agroforestales, son aplicables a la conservación de los bosques naturales de propiedad privada, conforme al reglamento.

Artículo 36. *Fomento.* El Estado debe promover mediante el otorgamiento de créditos preferenciales de fomento de hasta treinta (30) años, la exportación de los productos procedentes de plantaciones forestales, sistemas agroforestales.

Artículo 37. *Bienes muebles por anticipación.* Cuando se trate de bienes muebles por anticipación, de los que trata el artículo 659 del código civil, dichos bienes, podrán ser susceptibles de enajenarse a cualquier título, gravarse, transferirse, o constituirse en propiedad fiduciaria, comodato y usufructo, de manera independiente del bien inmueble al que se encuentran adheridos, de tal suerte que su transferencia no se tenga que hacer de manera simultánea al inmueble donde están ubicados, y su titularidad siempre puede ser escindida.

Artículo 38. *De los créditos puente.* La Comisión Nacional de Crédito Agropecuario y el Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario, Finagro, revisarán y ajustarán la reglamentación relacionada con los costos de capital, a fin de facilitar líneas de crédito puente para pequeños reforestadores hasta por el cincuenta por ciento (50%) del valor del CIF, de manera que dicho monto pueda ser reembolsado por Finagro de la cuenta respectiva.

TÍTULO IV OTRAS DISPOSICIONES

CAPÍTULO I

Protección y sanidad forestal

Artículo 39. *Plan Nacional de Prevención, control de incendios forestales y restauración de áreas afectadas.* Adóptase el Plan Nacional de Prevención, Control de Incendios Forestales y Restauración de Áreas Afectadas, de acuerdo con los principios básicos y el plan estratégico que lo define.

Corresponde a la Comisión Nacional Asesora para la Prevención y Mitigación de Incendios Forestales del Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres, coordinar la puesta en marcha del Plan Nacional de Prevención, Control de Incendios Forestales y restauración de Areas Afectadas, con las Autoridades Ambientales Regionales y locales.

Artículo 40. *Obligaciones en materia de incendios forestales.* Los propietarios, poseedores y tenedores de predios están obligados a colaborar con las medidas que se determinen para prevenir y controlar los incendios forestales, permitir el tránsito de personal que actúe en el control, a cumplir las disposiciones que determine en tal sentido la autoridad respectiva y a prestar la colaboración oportuna, así como los elementos que estén a su alcance para extinguirlos. Igualmente, toda persona está obligada a comunicar inmediatamente la existencia de un incendio forestal a la autoridad más próxima.

Artículo 41. *Programa Nacional de Prevención y Control de Plagas y Enfermedades Forestales.* El Gobierno Nacional, a través de los Ministerios de Agricultura y Desarrollo Rural y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, y de las entidades adscritas y vinculadas, deberá estructurar y poner en marcha un Programa Nacional de Prevención y Control de Plagas y Enfermedades Forestales que incluya un sistema permanente de diagnóstico, evaluación y alerta temprana de plagas y enfermedades, así como de la condición fitosanitaria de las áreas forestales.

Artículo 42. *Monitoreo e informes.* Toda persona natural o jurídica responsable de las actividades forestales de plantaciones, manejo, producción y comercialización de material vegetal está obligada a monitorear e informar a la autoridad competente de los eventos naturales, fitosanitarios que afecten su actividad.

Artículo 43. *Tratamiento de plantaciones.* Toda plantación de carácter público o privado, con focos de plagas o enfermedades que amenacen la sanidad de las plantaciones cercanas, debe ser tratada por su propietario. En los casos estrictamente necesarios, la entidad encargada del control sanitario vegetal o forestal podrá aplicar la corta sanitaria.

Artículo 44. *Control biológico.* El empleo de agentes vivos importados para el control biológico de plagas y enfermedades presentes en plantaciones forestales, sólo podrá ser autorizado por la autoridad competente de acuerdo con los requisitos, procedimientos y disposiciones legales que existan sobre la materia.

CAPÍTULO II INFORMACIÓN FORESTAL

Artículo 45. *Sistema Nacional de Información Forestal.* El Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales, Ideam, en coordinación con las entidades competentes nacionales, regionales y locales, definirá e implementará la estructura y el funcionamiento del Sistema Nacional de Información Forestal, a fin de integrar, registrar, organizar y actualizar la información relacionada con el sector forestal, como base del servicio de información forestal.

Parágrafo 1º. Las entidades públicas o privadas que capten o generen información forestal están obligadas a suministrar aquella que les fuera requerida con el fin de evaluar y determinar el estado anual de los recursos forestales.

Parágrafo 2º. Anualmente el Ideam elaborará, publicará y divulgará un informe consolidado de las estadísticas forestales a nivel nacional y regional, como parte del servicio de información forestal.

Artículo 46. *Mecanismos y medios.* El Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales, Ideam, en coordinación con las entidades competentes nacionales, regionales y locales, establecerá los mecanismos y medios que permitan desarrollar el servicio de información forestal.

Parágrafo. Anualmente se elaborará, publicará y divulgará un informe consolidado de las estadísticas forestales a nivel nacional y regional.

Artículo 47. *Inventario forestal nacional.* El Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales, Ideam, es el responsable de la ejecución y actualización del Inventario Forestal Nacional, con base en los lineamientos que fije el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, en coordinación con el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible.

CAPITULO IV EDUCACIÓN, CAPACITACIÓN, ASISTENCIA TÉCNICA, DIVULGACIÓN, Y PARTICIPACIÓN COMUNITARIA

Artículo 48. *Educación, divulgación y participación comunitaria.* El Estado promoverá conjuntamente con los organismos públicos y privados competentes la planificación y ejecución de programas de educación divulgación, con el objeto de suministrar a la sociedad información acerca de la investigación, la ecología forestal, el manejo de los bosques, la conservación de las áreas forestales, la cultura y los valores del bosque.

Promoverá además procesos locales de participación comunitaria y de economía solidaria para que la comunidad se comprometa con los procesos productivos y de toma de decisiones acerca del uso de la tierra y la conservación de los bosques

Artículo 49. *Capacitación.* Con el fin de asegurar el manejo sostenible de los bosques, el desarrollo de las industrias forestales y la estabilidad del empleo, se fortalecerá la capacitación de la fuerza de trabajo en todas las áreas del conocimiento de los bosques y su cultura. El Estado, las empresas y las instituciones de formación y capacitación, contribuirán a satisfacer esta necesidad.

Artículo 50. *Asistencia técnica forestal.* El Gobierno Nacional a través de los Ministerios de Agricultura y Desarrollo Rural y Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, establecerá las condiciones y requisitos para la prestación del servicio de asistencia técnica forestal, para lo cual expedirá la respectiva reglamentación en un plazo no mayor a un año contados a partir de la vigencia de la presente ley. El cumplimiento de la reglamentación se verificará a través del Consejo Nacional de Ingeniería.

CAPÍTULO VI INVESTIGACIÓN FORESTAL

Artículo 51. *Plan Nacional de Investigación y Transferencia de Tecnología Forestal.* El Gobierno Nacional, a través de los Ministerios de Ambiente, Vivienda y Desarrollo

Territorial, Agricultura y Desarrollo Rural de Educación, y el Departamento Nacional Planeación, en coordinación con los organismos e institutos de investigación y la academia estructurará e iniciará la implementación, en un plazo máximo de dos (2) años, del Plan Nacional de Investigación y transferencia de tecnología Forestal como parte integral del Plan Nacional de Desarrollo Forestal

Artículo 52. Orientación. La investigación forestal se orientará de acuerdo con el Plan Nacional de Investigación y transferencia de tecnología Forestal en el marco del Plan Nacional de Desarrollo Forestal al enriquecimiento del conocimiento, el desarrollo y transferencia de tecnología, para enriquecer el conocimiento sobre ecosistemas forestales; diversidad biológica; importancia cultural; evaluación y valoración de los recursos; aprovechamiento e industria forestal; prevención y control de incendios y protección de áreas forestales; técnicas silviculturales; desarrollo tecnológico de los productos forestal es; mejoramiento genético y aspectos económicos relacionados con el mercado, rendimientos, incentivos, productividad y competitividad y los demás aspectos que promuevan y apoyen el desarrollo forestal de la Nación.

TÍTULO V DISPOSICIONES FINALES

Artículo 53. Facultad Reglamentaria. El Gobierno Nacional reglamentará la presente ley en el plazo máximo de 12 meses a partir de la vigencia de la presente ley y dará cumplimiento a las adecuaciones institucionales y medidas similares dispuestas para el cabal cumplimiento de los objetivos del Régimen Nacional Forestal.

Artículo 54. Promulgación y divulgación. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga y sustituye todas las disposiciones que le sean contrarias».

III. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

Los demandantes solicitan a la Corte Constitucional que declare la inexequibilidad de la totalidad de la Ley 1021 de 2006 por cuanto, en su trámite de expedición, no se realizó consulta previa a las comunidades indígenas, ni a los pueblos afrodescendientes, lo cual constituye una violación del artículo 6° del Convenio 169 de 1989 de la OIT y de los artículos 1, 2, 3, 7, 9, 13, 93 y 330 de la Constitución Política.

Los actores sustentan la inconstitucionalidad de la norma acusada en el desconocimiento que, en su trámite de expedición, se hizo de las obligaciones contenidas en el artículo 6° del Convenio 169 de 1989 de la OIT, el cual hace parte del bloque de constitucionalidad colombiano.

Sobre el particular, los demandantes precisan que en las Sentencias SU-039 de 1997 y T-1319 de 2001, entre otras, la Corte Constitucional determinó la pertenencia *in genere* del Convenio 169 de la OIT al bloque de Constitucionalidad. De igual forma, indica que si bien en algunas providencias esta Corporación ha establecido que dicho Convenio hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato, en otras

como la SU-383 de 2003, ha precisado que éste hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, como quiera que la consulta previa consagrada en su artículo 6° configura un derecho que no puede ser suspendido en estados de excepción.

De otra parte, los demandantes refieren que la consulta previa consagrada en el artículo 330 para la adopción de decisiones sobre explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas fue ampliada subjetiva y objetivamente por el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT. Así, por virtud de la integración de esta norma al bloque de constitucionalidad se reconocieron como beneficiarios del derecho a la consulta previa no solo a los territorios indígenas sino también a los afrodescendientes. En igual sentido, el objeto de la obligación de realizar consulta fue ampliado, toda vez que ya no se limita a las decisiones sobre explotación de recursos naturales, sino que se extiende a todas aquéllas susceptibles de afectarlos directamente.

Definido, entonces, el deber de realizar consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes para la adopción de decisiones legislativas o administrativas que los puedan afectar, el demandante refiere la jurisprudencia constitucional sobre la materia, advirtiendo que sobre el particular existe una posición minoritaria y otra mayoritaria.

Expresan que la posición minoritaria se encuentra consagrada en la Sentencia C-169 de 2001 en la que, no obstante reconocer el compromiso internacional de realizar el proceso de consulta previa, la Corte limitó su alcance en la medida en que señaló que la obligatoriedad de la consulta no se puede predicar hasta tanto el legislador no cree una regulación integral sobre la materia.

Para los actores, esta posición minoritaria resulta contraria a la Constitución por cuanto condiciona la efectividad del derecho de consulta previa a su reglamentación por parte del legislador, circunstancia que afecta a pueblos indígenas y afrodescendientes que se encuentran en situación de debilidad manifiesta y se contraponen al modelo multicultural y pluralista adoptado en nuestra Carta Política.

Por su parte, prosiguen los demandantes, la posición mayoritaria, consolidada entre otras, por las Sentencias SU-383 de 2003 y T-382 de 2006 señala que el derecho a la consulta previa es de carácter fundamental, de obligatorio cumplimiento y esencial para el mantenimiento de la cohesión social de las comunidades indígenas y afrodescendientes.

Así, como quiera que la consulta previa se erige en trámite obligatorio en aquellas iniciativas legislativas susceptibles de afectar a las comunidades tribales, los demandantes entran a establecer las implicaciones de la Ley General Forestal para las comunidades negras e indígenas, para lo cual precisa, preliminarmente, que los territorios indígenas y los colectivos de los afrodescendientes conforman en su totalidad un treinta y dos punto dos por ciento (32,2%) del área total nacional.

De esta forma, en atención a que estos territorios son ricos en biodiversidad y recursos forestales y a que la norma demandada trata sobre el aprovechamiento de los bosques y plantaciones de árboles del país, los demandantes concluyen que resultaba imprescindible la consulta previa, máxime si se considera la especial relación existente

entre el derecho a la identidad cultural de las comunidades étnicas y los territorios que éstas habitan.

Así, los demandantes señalan que la ley acusada, por tratarse de una norma que persigue la explotación y aprovechamiento de los recursos forestales del país, conlleva una afectación directa al entorno natural de las comunidades étnicas y, de contera, una amenaza a su existencia e integridad, de manera que el desconocimiento del trámite de consulta constituye una vulneración a sus derechos fundamentales y vicia de inconstitucional la Ley General Forestal, sin que su artículo 19 sea suficiente para enervar los cargos formulados, por cuanto el trámite de consulta en él consagrado es posterior a la expedición de la Ley 1021 de 2006.

Seguidamente los actores hacen referencia a los requisitos que la jurisprudencia constitucional ha establecido para el cumplimiento de la consulta previa en las medidas legislativas, que deben perfeccionarse con anterioridad a la radicación de un proyecto de ley, cuales son: 1) La consulta debe realizarse sobre la base de relaciones sustentadas en el respeto y la buena fe de las partes, de lo que se siguen las obligaciones del Estado de suministrar información adecuada, procurar la concreción de un acuerdo y garantizar la factibilidad del mismo; 2) Las comunidades deben tener conocimiento pleno de los planes que se pretenden llevar a cabo en sus territorios, así como de sus consecuencias; 3) Las comunidades deben tener participación real y efectiva en la consulta a través de sus representantes; 4) La decisión de la autoridad gubernamental debe estar desprovista de autoritarismo y arbitrariedad; y 5) Debe realizarse una consulta sobre el proceso mismo de consulta previa.

De igual forma, exponen que durante el trámite del proyecto en las cámaras legislativas debe garantizarse la participación real de las comunidades indígenas y afrodescendientes, lo cual se logra, de un lado, con la intervención de los congresistas que los representan y, de otro, con la participación directa de tales comunidades, sin que el cumplimiento del primero baste para satisfacer la exigencia, por cuanto los miembros del Congreso, pertenecientes a las comunidades indígenas y a las negritudes no necesariamente constituyen instituciones representativas de las más de 84 etnias registradas en el Ministerio de Interior y de Justicia.

Tras establecer los requisitos que deben cumplirse antes de presentar una propuesta legislativa susceptible de afectar a las comunidades indígenas y afrodescendientes y durante el trámite de la misma en las cámaras parlamentarias, los demandantes exponen las pruebas que acreditan que en el proceso de aprobación de la Ley General Forestal no existió consulta previa.

En primer lugar, expone las manifestaciones de las comunidades indígenas y afrodescendientes que, a través de i) la carta abierta de las organizaciones sociales al Congreso de la República sobre el proyecto de ley forestal, ii) el pronunciamiento de la Organización Nacional Indígena de Colombia frente al proyecto de Ley Forestal, y iii) el derecho de petición de la Organización Nacional Indígena de Colombia al Congreso de la República, indagando sobre la existencia de alguna consulta a los pueblos indígenas en relación con el Proyecto de Ley Forestal, ponen de presente la ausencia de consulta previa en el trámite de aprobación de la Ley 1021 de 2006.

De otra parte, cita el fallo de tutela proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado respecto de la acción de amparo promovida por la Asociación de Autoridades Tradicionales del Consejo Regional Indígena del Medio Amazonas, por la presunta violación de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas a la consulta previa y al territorio, en el que no obstante rechazar la acción por improcedente, se declaró que los foros, talleres y mesas de trabajo realizadas por los Ministerios de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y de Agricultura y Desarrollo Rural no constituyeron consulta previa de la Ley Forestal. En el mismo sentido el demandante refiere que en la Sentencia T-382 de 2006, en la que la Corte Constitucional revisó la providencia aludida, se negó la acción por improcedente, indicando que la acción adecuada era la de inconstitucionalidad.

Finalmente, en este acápite probatorio, los accionantes refieren diferentes intervenciones del Ministro de Agricultura y de congresistas que dan cuenta del desconocimiento del requisito de la consulta previa en el trámite de adopción de la Ley 1021 de 2006.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, los accionantes concluyen que en el caso de la Ley 1021 de 2006 no se reunieron los requisitos delineados por la Corte Constitucional para dar cumplimiento a la obligación de realizar la consulta previa a la adopción de medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar a las comunidades indígenas o afrodescendientes.

Así, la actuación del Estado en el sentido de prescindir unilateralmente de la consulta previa y de no el suministrar información relevante a las comunidades indígenas y afrodescendientes, cercenó la posibilidad de dar un debate abierto y transparente sobre la materia, con la concurrencia de las comunidades tribales y la garantía de la representación de las minorías étnicas colombianas, de suerte que se violaron las siguientes normas constitucionales:

El artículo 1° que consagra el carácter participativo y pluralista del Estado colombiano, por cuanto no se dio, a las comunidades indígenas y de afrodescendientes, la oportunidad de participar en las decisiones que las afectan de manera directa.

El artículo 3° sobre democracia directa y participativa, como quiera que no se dio trámite a la consulta previa con lo que se contravino el principio de soberanía popular que comporta la participación directa de las comunidades tribales en la toma de decisiones públicas.

El artículo 7° según el cual el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación, toda vez que el desconocimiento del trámite de consulta previa impide la realización de valores como la tolerancia y el respeto, a la vez que acalla la opinión de los grupos minoritarios.

El artículo 9° respecto del reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia, porque la prescindencia de la consulta previa en la adopción de la Ley General Forestal constituye un desconocimiento del compromiso adquirido por nuestro país, contenido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.

Finalmente, el artículo 13 en el que se dispone que el Estado adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados y protegerá especialmente a aquellas

personas que se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, por cuanto la consulta previa es una medida que el Estado debe adoptar a favor de las comunidades tribales, históricamente discriminadas y marginadas.

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerios de Agricultura y Desarrollo Rural y Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial

Las Carteras de Agricultura y de Medio Ambiente se opusieron a la demanda de inconstitucionalidad bajo la consideración de que la ley acusada establece el Régimen Forestal Nacional dirigido a la promoción del desarrollo sostenible del sector forestal colombiano, a través de una regulación de carácter general y abstracta que no afecta en forma directa o indirecta a las comunidades indígenas o afrodescendientes.

En primer lugar los intervinientes refieren jurisprudencia constitucional en torno al conflicto entre el principio de Estado unitario adoptado por la Carta Política y el reconocimiento de la autonomía de las entidades territoriales –como las comunidades indígenas–, de la cual se desprende que el principio de autonomía cede frente a la superioridad del Estado Unitario, a la vez que este último debe respetar un espacio esencial de autonomía, con base en lo que concluye que la consulta previa constituye un límite a la competencia legislativa no previsto para estos casos ni en la Constitución ni en la ley.

Por otro lado, los intervinientes solicitan a la Corte que profiera fallo inhibitorio como quiera que el cargo formulado se reduce a la configuración de un vicio de trámite por la ausencia de la consulta previa en el proceso de expedición de la Ley General Forestal, de suerte que la demanda formulada está sometida al término de caducidad de un año consagrado en el artículo 242 de la Carta Política, lapso que efectivamente ha transcurrido por cuanto la presente demanda data del 18 de mayo de 2007 mientras que la norma acusada fue publicada el 24 de abril de 2006, habiendo entonces transcurrido más de un año desde la fecha de publicación de la Ley 1021 de 2006.

No obstante la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad frente a vicios de forma, los intervinientes formulan las siguientes consideraciones que los llevan a solicitar la declaratoria de exequibilidad de la norma demandada:

Inicialmente advierten que, si bien de acuerdo con el artículo 330 de la Constitución Política y el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, las comunidades indígenas y pueblos afrodescendientes tienen derecho a participar en los procesos de adopción de decisiones que los afectan, el mismo Convenio y la Corte Constitucional han establecido que el ejercicio de este derecho se enmarca dentro de un amplio margen de discrecionalidad.

Seguidamente precisan que dentro de los principios y normas generales de la ley demandada se encuentra consignada la garantía del derecho de las comunidades indígenas y afrocolombianas a la libre toma de decisiones respecto de actividades forestales de carácter sostenible que se deseen realizar en sus territorios. Así, se evidencia la ausencia de vulneración a los derechos fundamentales de las

comunidades tribales, como quiera que dentro de la ley 1021 de 2006 que constituye un marco general en materia forestal se respeta su derecho de participación.

En el mismo sentido, los intervinientes citan la Sentencia C-169 de 2001 en la que la Corte Constitucional establece que la obligatoriedad de la consulta previa sólo se predica en el supuesto de hecho consagrado en el párrafo del artículo 330 Superior.

De otro lado, precisan que tal como quedó consignado en el debate parlamentario, el Ministro de Agricultura puntualizó que los territorios colectivos de las comunidades indígenas fueron excluidos de la Ley General Forestal, de suerte que sus derechos no son afectados de ninguna forma con la adopción de la norma demandada, exclusión que otorga estabilidad a las minorías étnicas y garantiza el derecho al aprovechamiento y la explotación comercial de los bosques.

En el mismo sentido, señalan que para la adopción de la norma no se requería del surtimiento de la consulta previa por cuanto no existe afectación directa de los derechos de las comunidades indígenas o afrodescendientes. Por el contrario, varios artículos de la ley acusada protegen sus derechos. En efecto, el artículo 19 de la Ley General Forestal reconoce el aprovechamiento de los recursos forestales como un derecho exclusivo de las comunidades afrocolombianas e indígenas.

Adicionalmente reiteran que la jurisprudencia constitucional ha señalado que existe un amplio margen de discrecionalidad en la definición de los términos en que debe desarrollarse una consulta a las comunidades indígenas en relación con decisiones que las afecten directamente.

Precisan que la demanda de inconstitucionalidad se fundamenta en la Sentencia SU-383 de 2003 que si bien amparó los derechos fundamentales de la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana, también señaló que el derecho de consulta previa no conlleva el derecho a vetar las medidas legislativas y administrativas que afecten a los pueblos indígenas y afrodescendientes sino que constituye un mecanismo para que el Estado considere y valore la posición de las minorías étnicas nacionales.

Finalmente, los intervinientes advierten que en el presente caso no se encuentra demostrada la afectación directa que la Ley General Forestal representa para los derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes, por lo que no resulta exigible el trámite de consulta previa. No obstante lo anterior, precisan que de los antecedentes históricos y legislativos de la Ley 1021 de 2006 se desprende el amplio debate que se surtió sobre su adopción y se deja constancia de los distintos foros, mesas de trabajo y seminarios que se realizaron en garantía del derecho de participación de los ciudadanos, por lo que solicita a la Corte que declare la exequibilidad de la norma acusada.

2. Comisión Colombiana de Juristas

En intervención del 26 de julio de 2007, la Comisión Colombiana de Juristas solicitó a esta Corporación que declarara la inconstitucionalidad de la norma demandada por desconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades indígenas y tribales, que se encuentra reconocido en los artículos 1, 2, 7, 40 y 330 de la

Constitución Política y en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, incorporado al orden jurídico interno a través del bloque de constitucionalidad.

La Comisión refiere que esta Corporación en Sentencia SU-039 de 1997 estableció que el derecho a la consulta previa pretende i) que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos de exploración o explotación de recursos naturales en sus territorios, ii) que sea ilustrada de la manera como la ejecución de los proyectos pueden afectarla, y iii) que se le dé la oportunidad para valorar las ventajas y desventajas de los proyectos y de pronunciarse sobre su viabilidad.

El interviniente señala que del derecho a la consulta previa se sigue la obligación del gobierno de brindar oportunidades reales y efectivas a las comunidades indígenas y afrodescendientes para que se pronuncien respecto de las medidas que puedan afectarla y que, en este sentido, la Corte Constitucional ha precisado que el momento para ejercer el derecho a la consulta previa es el trámite legislativo, como quiera que sería ineficaz buscar su ejercicio en una instancia posterior dado que el acto a consultar ya estaría consumado.

En el caso particular de la ley forestal, la Comisión pone de presente la ausencia de consulta antes de la radicación del proyecto de ley y durante el trámite del mismo, circunstancia que desconoce el derecho a la consulta previa y torna inconstitucional la norma acusada por cuanto existen artículos de la misma que evidencian la necesidad de haber realizado el trámite de consulta previa.

En efecto, el artículo 1 y los numerales 1, 3, 4, 7, 8 y 12 del artículo 2 de la Ley Forestal, que contienen el objeto y principios de la misma, determinan el establecimiento del régimen forestal para la regulación de actividades relacionadas con los bosques naturales y las plantaciones forestales por lo que, teniendo en cuenta que grandes zonas forestales están ubicadas en territorios colectivos de comunidades negras e indígenas, éstas debieron ser consultadas por la afectación directa que el establecimiento del régimen forestal implica.

En el mismo sentido, el interviniente considera que los artículos 15, 16, 17 y 21 de la Ley Forestal tienen incidencia directa en los territorios de las comunidades indígenas y afrodescendientes, por cuanto se trata de normas que regulan el aprovechamiento de los recursos de los bosques naturales, de los que dichas comunidades son titulares.

3. Universidad Nacional de Colombia

Mediante escrito del 27 de julio de 2007 la Universidad Nacional intervino en el proceso de la referencia e indicó que coincidía con los demandantes en la consideración de que la ley general forestal es inconstitucional por vulnerar, entre otros, los derechos a la participación y la consulta previa de las comunidades étnicas.

Así, precisó que el trámite de aprobación de la ley demandada debió iniciar con la realización de las consultas previas a las comunidades indígenas y afrodescendientes, en cumplimiento de las normas constitucionales respectivas y del Convenio 169 de la OIT, y debió permitir la participación real y efectiva de estas comunidades y de la población campesina, de manera que, al no proceder de esta forma, se vulneró el

derecho fundamental de las comunidades étnicas a la consulta previa, que debió surtir conforme a sus usos y costumbres y el derecho a la participación de estos grupos y de la población campesina.

4. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

Mediante escrito del 26 de julio de 2007, la Universidad del Rosario rindió concepto sobre la demanda de inconstitucionalidad formulada contra la Ley 1021 de 2006 y manifestó coincidir con los demandantes en la inconstitucionalidad que se cierne sobre esta norma por vulnerar el derecho a la participación y a la consulta previa de las comunidades indígenas y afrodescendientes.

El interviniente señala que si bien la norma demandada tiene unos objetivos y principios fundamentales loables y que en los artículos 2 y 19 reconoce los derechos de las comunidades indígenas y afrocolombianas a la libre toma de decisiones y a la consulta previa en las decisiones que tengan que ver con el aprovechamiento de los recursos naturales ubicados en sus territorios, no se surtió el proceso de consulta previa para su aprobación, desconociendo la obligación que en tal sentido tiene el Estado y, vulnerando de paso, el derecho a la participación de las comunidades étnicas en el proceso de aprobación de la ley forestal.

De otra parte, la Universidad del Rosario señala que la consulta previa se fundamenta en el derecho que tienen los pueblos de decidir sus propias prioridades respecto del proceso de desarrollo económico, social y cultural, y comporta la facultad de participar en la formulación de medidas que sean susceptibles de afectarlas directamente, de manera que su desconocimiento en el trámite de expedición de la Ley General Forestal la torna inconstitucional por cuanto el proceso realizado desconoce que la consulta previa es un derecho de carácter colectivo que debe realizarse a través de un proceso público, especial, obligatorio y previo a la adopción de medidas administrativas o legislativas que puedan afectar directamente a las comunidades étnicas.

La norma demandada es inconstitucional porque no se realizó la consulta previa consagrada en el Convenio 169 de la OIT y en el artículo 330 de la Constitución Política, la cual se fundamenta en los derechos a la diversidad étnica y cultural, a la identidad cultural, al territorio, a la autonomía de los pueblos, a la participación, a la información y a la buena fe. Adicionalmente, el interviniente señala que la Corte Constitucional ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y afrodescendientes que fue desconocido en el trámite de aprobación de la Ley 1021 de 2006.

De otra parte, el interviniente señala que la consulta previa, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, procura que la comunidad tenga conocimiento sobre los proyectos de exploración o explotación de recursos naturales en los territorios que ocupan, se entere de la forma de ejecución de tales proyectos y pueda valorar conscientemente sus ventajas y desventajas. De otra parte, precisa que dicho proceso debe realizarse ante las instituciones tradicionales de cada pueblo y a través de sus autoridades o las organizaciones que las representen.

5. Universidad de Medellín

Mediante escrito del 15 de agosto de 2007, el Rector de la Universidad Medellín se opuso a la demanda de inconstitucionalidad presentada contra la Ley 1021 de 2006, previa alusión a las bondades de su aprobación para la promoción del desarrollo sostenible del sector forestal colombiano, la conservación y el manejo sostenible de los ecosistemas y de la diversidad biológica del país, el fomento de la investigación y la transferencia tecnológica.

El interviniente aduce que, para la fecha de interposición de la demanda, la acción había caducado por cuanto, de acuerdo con el artículo 242-3 de la Constitución Política, la acción pública de inconstitucionalidad, cuando se formula por vicios de forma debe interponerse dentro del año siguiente a la publicación de la ley. Así, dado que la ley fue publicada el 24 de abril de 2006, la demanda instaurada el 18 de mayo de 2007 fue extemporánea. Así las cosas, la Corte debe reconocer la caducidad de la acción e inhibirse para producir un pronunciamiento de fondo.

De otra parte, la Universidad señala que los demandantes dan un alcance equívoco al deber de consulta consagrado en el Convenio 169 de la OIT, al señalar que existe un requisito de consulta previa, cuando el Convenio se refiere a consultas, sin especificar el momento de su realización y su alcance. Éste, según el interviniente, es la protección de los derechos de los pueblos interesados frente a las normas que los afecten directamente, de manera que, como quiera que la ley demandada es una regulación general que requiere para su desarrollo de normas de carácter administrativo, no constituye una afectación directa de los derechos de los miembros de las comunidades indígenas y afrodescendientes, por lo que no era necesario realizar la consulta.

En el mismo sentido el interviniente manifiesta que no existe reglamentación sobre la consulta por lo que la forma de participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes contemplada en la ley demandada, es respetuosa del Convenio de la OIT y de la Constitución Política.

Por otro lado, la Universidad de Medellín considera que el Convenio 169 de la OIT no hace parte del bloque de constitucionalidad y que, por consiguiente, carece de sustento la pretensión de sujetar el funcionamiento del legislador a las previsiones de dicho instrumento internacional, sin perjuicio de la prevalencia en el orden interno que la propia Constitución consagra, para las normas internacionales de derechos humanos.

Finalmente, sostiene que, contrario a lo afirmado por los accionantes, la ley demandada deja a salvo los intereses y derechos de las minorías indígenas y afrodescendientes pues consagra mecanismos de consulta y participación de dichas comunidades respecto de las actividades forestales que se desearan emprender en sus territorios, en atención a los compromisos internacionales adquiridos por Colombia, entre otros, en el Convenio 169 de la OIT.

De acuerdo a los argumentos anteriores, la Universidad concluyó que la acción formulada había caducado, que la ley no requiere de consulta previa y que, en todo

caso, aquélla contempló el deber de desarrollar dicho mecanismo en los casos de afectación directa de derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes. Por estas razones solicita a esta Corporación que declare la exequibilidad de la norma acusada.

6. Proceso de Comunidades Negras en Colombia

El Proceso de Comunidades Negras de Colombia intervino en el proceso de la referencia para apoyar la demanda de inconstitucionalidad formulada contra la Ley 1021 de 2006 por cuanto, de una parte, ésta desconoce los derechos colectivos sobre los bosques de la comunidad negra, afrocolombiana, palenquera y raizal y, de otra, no se realizó el derecho de la comunidad afrocolombiana a la consulta previa.

El apoyo a la demanda se fundamenta en el reconocimiento que el Estado colombiano ha hecho del derecho colectivo al territorio, a través de la Ley 70 de 1993 y de diversos tratados internacionales suscritos por Colombia. Así, el interviniente presenta las tensiones entre la Ley General Forestal y la Ley 70 de 1993, de lo que puede concluirse que mientras la Ley 70 de 1993 resalta la función social y ecológica de los suelos y bosques, promueve las prácticas de conservación y manejo de los bosques y suelos y prioriza las actividades de subsistencia, la Ley 1021 de 2006 les adscribe a las zonas forestales una función fundamental en la producción de energía renovable y el abastecimiento de materia prima, estimula el desarrollo del sector forestal en atención a los beneficios económicos, sociales y ambientales que ello genera y declara como interés prioritario de la Nación la explotación y aprovechamiento de plantaciones forestales procurando alcanzar niveles de productividad sostenibles.

El interviniente señala que de la Ley 70 de 1993 y sus decretos reglamentarios se desprende el derecho a la propiedad colectiva sobre los territorios ocupados por las comunidades afrodescendientes y el derecho a desarrollarse económica y socialmente atendiendo a los elementos de su cultura, de lo cual se sigue que los proyectos de desarrollo que se hagan en territorios colectivos de comunidades negras deben respetar el medio ambiente y sus prácticas tradicionales de producción.

Con base en lo anterior se concluye que la ley demandada no es compatible con la función social y ecológica de los territorios colectivos de los grupos afrodescendientes, no reconoce a las comunidades negras como un actor central en la conservación y uso sostenible de los bosques y no garantiza el cumplimiento de los derechos y principios reconocidos por el ordenamiento jurídico.

7. Asociación de Autoridades Tradicionales del Consejo Regional Indígena del Medio Amazonas -CRIMA-

El CRIMA, en intervención del 24 de julio de 2007, solicitó a esta Corporación que declarara la inconstitucionalidad de la ley forestal por considerar que el Gobierno Nacional y el Congreso de la República desatendieron su obligación de desarrollar consulta previa a las comunidades indígenas.

El interviniente señala que el proyecto de ley «por la cual se expide la Ley General Forestal» no fue el resultado de un proceso de consulta previamente adelantado con

los pueblos indígenas, que era obligatorio en atención a que los bosques naturales - objeto de regulación de la ley demandada- coinciden mayoritariamente con los territorios indígenas, sobre los cuales se ha reconocido el derecho a la propiedad colectiva por cuanto de la relación con éstos los pueblos indígenas derivan su subsistencia física y espiritual.

Tras una breve relación del trámite legislativo, el interviniente pone de presente que, a pesar de la insistencia de los pueblos indígenas, las comunidades negras y otros actores, la Ley General Forestal fue aprobada y sancionada sin realizar un proceso de consulta previa, con lo que se vulneró el derecho fundamental a la consulta previa consagrado en el Convenio 169 de la OIT que hace parte del ordenamiento interno por integrar el bloque de constitucionalidad.

El CRIMA señala que de la respuesta de la Ministra de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial al derecho de petición elevado por el Senador Piñacue Achicue y al cuestionario enviado por la Cámara de Representantes en la que estableció que la ley forestal no comportaba vulneración de derechos de las comunidades indígenas y que se garantizó su participación mediante la realización de foros y talleres, se colige que el Gobierno i) determinó unilateralmente el carácter positivo o negativo de la afectación que conlleva la medida legislativa prevista, ii) desconoce el ordenamiento territorial que han adelantado los pueblos indígenas, del que surgen autoridades ante las cuales se debe surtir el procedimiento de consulta previa, y iii) vulnera los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

El interviniente señala que, de acuerdo con la organización política y territorial establecida en la Constitución Política, a las comunidades indígenas les corresponde, respecto de sus territorios, determinar el uso del suelo, diseñar las políticas, planes y programas de desarrollo económico y social y adoptar medidas para la preservación de los recursos naturales, todo lo cual es materia de regulación de la ley demandada, razón por la cual debió realizarse consulta previa de la norma.

La ley forestal resulta, entonces, inconstitucional por no haberse realizado consulta previa en su trámite de expedición y, adicionalmente, porque i) considera los bosques naturales como fuente de enriquecimiento económico, mientras que para las comunidades indígenas son fuente de vida, cultura y espiritualidad, ii) determina un régimen institucional y normativo centralizado, homogéneo y excluyente en relación con los territorios indígenas, de suerte que las políticas forestales, la distribución de competencias y la declaración de áreas de reserva forestal se desarrollan hasta el nivel regional, excluyendo el nivel local donde se encuentran los territorios indígenas, con lo que se desconoce el núcleo esencial del derecho fundamental al autogobierno y la autodeterminación como pueblo diferenciado.

8. Red Latinoamericana Contra los Monocultivos de Árboles - RECOMA-

El 12 de julio de 2007, RECOMA presentó a esta Corporación, en apoyo a la demanda de inconstitucionalidad formulada contra la Ley 1021 de 2006, el *Amicus Curiae*, en el que manifiesta que la Ley 1021 de 2006 es inconstitucional y que puede

entorpecer los deberes del Estado de garantizar un ambiente sano y proteger las riquezas naturales de Colombia.

En efecto, el interviniente señala que esta ley crea mecanismos que facilitan el acceso de compañías nacionales e internacionales a los bosques amazónicos y del Pacífico, con lo que, seguramente se violaran los derechos de las comunidades autóctonas y se generarán problemas como la destrucción de bosques, el agotamiento del agua, la expulsión de gente del medio rural y la semi-esclavitud representada en empleos mal remunerados. Para sustentar estas consideraciones, RECOMA referencia los resultados negativos del seguimiento que han realizado, en países de Latinoamérica y Asia, a la aplicación de leyes de promoción de monocultivos de árboles a gran escala.

9. Organización Nacional Indígena de Colombia

La Organización Nacional Indígena de Colombia intervino en el presente proceso a través de su Presidente para coadyuvar la demanda formulada contra la Ley 1021 de 2006, como quiera que para los pueblos indígenas es claro que esta norma viola principios fundamentales de la Constitución que determinan el carácter democrático, participativo y pluralista del Estado Colombiano y reconocen y protegen la diversidad étnica y cultural de la Nación.

De tales principios superiores surgen obligaciones concretas del Estado como la de realizar consulta previa a la toma de decisiones susceptibles de afectar directamente a las comunidades indígenas, deber consagrado en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT que hace parte del bloque de constitucionalidad.

Para el interviniente, la norma demandada afecta directamente los derechos de los pueblos indígenas por cuanto un alto porcentaje del territorio colombiano que es bosque natural es habitado por comunidades indígenas. Así, no resulta comprensible que se pretenda desconocer la tradición milenaria de relación con la naturaleza mediante la institucionalización de una política de protección de los bosques que, en realidad, persigue el enriquecimiento de unos pocos a costa del empobrecimiento de todo el país.

Así, como quiera que la norma afecta directamente a la comunidad indígena, en cumplimiento del deber contenido en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, se debió realizar una consulta previa, incluso a la presentación del proyecto de ley, por medio de procedimientos apropiados que se definen en concertación con los propios pueblos indígenas, sin que los foros realizados con anterioridad a la aprobación de la ley puedan tenerse como escenarios de consulta porque no constituyen mecanismos de participación real y efectiva con conocimiento previo, libre e informado.

La consulta previa debe realizarse a través de las instituciones representativas de las comunidades indígenas, de conformidad con el principio de buena fe y con el fin de alcanzar un acuerdo, de manera que se tenga en cuenta la cosmovisión de los pueblos indígenas y la estrecha relación de éstos con sus territorios.

Respecto del procedimiento para llevar a cabo la consulta previa frente a medidas legislativas, el interviniente señaló que en el Decreto 1397 de 1996 el Gobierno

Nacional dispuso que la concertación con pueblos indígenas se debe realizar en concordancia con las disposiciones previstas en la Constitución Política, en los instrumentos internacionales que en ese sentido obligan a Colombia en las leyes 160 de 1994, 191 y 199 de 1995. En el mismo decreto, se señaló que la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas tiene, entre otras funciones, la de concertar el desarrollo de los derechos constitucionales indígena en relación con biodiversidad, recursos genéticos, propiedad intelectual colectiva y derechos asociados a éstos y la legislación ambiental.

Finalmente, el interviniente pone de presente que la OIT estableció, respecto del Decreto 1320 de 1998, reglamentario de la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio, que debía modificarse para ponerlo de conformidad con el Convenio 169 de la OIT en cuanto a consulta y participación de los representantes de los pueblos indígenas, como quiera que en su trámite de expedición se prescindió de la consulta previa.

10. Federación Nacional de Industriales de la Madera

La Federación Nacional de Industriales de la Madera, en memorial radicado en esta Corporación el 26 de julio de 2007, intervino en el proceso de la referencia para oponerse a la demanda formulada contra la Ley 1021 de 2006.

De manera previa señaló que, a la luz de los artículos 26 y 31 de la Convención de Viena, el Convenio 169 de 1981 de la OIT no tiene aplicación directa y que al Estado colombiano le corresponde determinar en qué oportunidad, de qué manera y con qué efectos se deben realizar las consultas previstas en el artículo 6º del Convenio 169. Por tanto, hasta que no se regule específicamente la forma de dar cumplimiento al deber de consulta, debe entenderse que ésta es la establecida en el numeral 10 del artículo 2 de la Ley 1021 de 2006, argumento coincidente con lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-169 de 2001.

El interviniente pone de presente que i) en ninguna de las normas que regulan la materia se establece que la consulta debe ser previa a la expedición de las leyes respectivas, por cuanto dicha formalidad puede surtirse en el trámite de aprobación del proyecto de ley o, incluso, en la etapa administrativa posterior; ii) la ley no afecta directamente a sus destinatarios, sino que esto ocurre en el orden administrativo o fase operativa de ejecución de la ley; iii) la protección de los pueblos es igual si la consulta se da en la fase deliberativa de los proyectos de ley o en los actos preparatorios de decisiones administrativas; y iv) no hay equivalencia entre la disposición del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT y el artículo 330 de la Constitución Política porque este último sólo exige que el Estado propicie la participación y no el acuerdo, el consenso o la concertación.

De otra parte, la Federación considera que la garantía de los derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes consagrada en el numeral 10 del artículo 2 de la norma demandada es suficiente, sin que la omisión de la consulta constituya más que un vicio de forma que no afectaría su validez, por ser subsanable de acuerdo con el artículo 241 de la Constitución y no ser requisito necesario para el trámite regular de leyes.

El interviniente señala que el concepto de consulta no tiene más alcance que el de poner en conocimiento del consultado el propósito de adoptar una medida legislativa o administrativa que pueda afectarlo, con el fin de que éste exponga los posibles daños o perjuicios derivados de tal medida con el propósito de obtener una modificación favorable que, de ninguna manera resulta obligatoria para el consultante.

Precisa, igualmente que la oposición que plantee el consultado frente a la medida que se pretenda adoptar debe obedecer a la producción real de perjuicios que sean consecuencia directa de tales medidas, sin que en el presente caso ello ocurra, toda vez que la demanda se refiere a consideraciones generales y abstractas sobre las disposiciones contenidas en la ley demandada.

La Federación sostiene que, en todo caso, no es dado sostener que la omisión en la consulta constituya vulneración de derechos fundamentales, porque éstos son de carácter individual y no colectivo.

Señala, por otro lado, que la Ley 1021 tiene normas de contenido técnico, económico y social, referidas a todos los que se dediquen a la explotación de recursos madereros, sin que cree situaciones discriminatorias contra las comunidades indígenas y afrodescendientes. En esta dirección, precisa que la lógica de los demandantes llevaría a considerar que toda ley discrimina a los grupos étnicos porque bastaría con que no se les mencionen o no se considere que su situación siempre es distinta, para que la ley fuera inconstitucional.

De esta forma, considera que la norma demandada no vulnera derechos constitucionales fundamentales y que la consulta previa no era necesaria, por lo que solicita que sea declarada constitucional.

Finalmente precisa que la acción pública de inconstitucionalidad no puede prosperar porque ha caducado. En efecto, de acuerdo con el numeral tercero del artículo 242, las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto. Así, dado que la Ley 1021 de 2006 fue publicada en el *Diario Oficial* No. 46.249 del 24 de abril del mismo año y la demanda fue presentada el 18 de mayo de 2007, aun si se aceptara que en el trámite de aprobación de la norma se omitió el deber de realizar consulta previa, la demanda fue presentada extemporáneamente, por lo que la acción había caducado.

11. CENSAT Agua Viva, Grupo Semillas y Centro de Cooperación al Indígena, CECOIN

Estas organizaciones ambientalistas intervinieron en el proceso de la referencia para coadyuvar la demanda de inconstitucionalidad formulada contra la Ley 1021 de 2006 por la violación del derecho a la consulta previa.

Manifestaron su convencimiento en el sentido de que existen otras alternativas diferentes a la explotación planteada en la ley demandada para lograr la conservación del patrimonio forestal de la nación, como es, por ejemplo, la declaración de territorios colectivos a los pueblos indígenas y afrodescendientes, respecto de la cual exponen sus beneficios y su utilidad para el cumplimiento de compromisos internacionales.

Los intervinientes, igualmente, indicaron los impactos negativos que sobre la biodiversidad tiene la aplicación de la ley forestal.

Finalmente, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado concluyen que la consulta previa es el mecanismo para efectivizar el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las decisiones que puedan afectarlos, que no fue aplicado en el trámite de aprobación de la Ley 1021 de 2006.

12. Miembros de Resguardos Indígenas

El 27 de julio de 2007, algunos miembros de los resguardos indígenas intervinieron en el proceso de la referencia para respaldar la Ley General Forestal, bajo el entendido de que esta norma organiza la actividad forestal, con lo que permite a los ciudadanos que deseen desarrollarla contar con una reglamentación transparente, objetiva y equilibrada, a la vez que compromete al Gobierno en la salvaguarda del bienestar del territorio, el interés general y el medio ambiente.

Finalmente los intervinientes reconocen que la ley demandada crea un marco normativo que no obliga a las comunidades a intervenir sus territorios sino que les permite tomar libremente y con respeto de su autonomía e identidad cultural las decisiones respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios.

13. Intervención Ciudadana

El ciudadano Santiago Rojas Arroyo, mediante escrito presentado el 10 de agosto de 2007, solicitó a esta Corporación que negara las pretensiones de la demanda de inconstitucionalidad, bajo los siguientes argumentos.

A juicio del interviniente, en la demanda se plantea un cargo d inconstitucionalidad por vicios de forma, como quiera que la irregularidad alegada por los demandantes radica en la falta de consulta previa dentro del trámite legislativo, sin que se ataque el contenido de las disposiciones de la ley.

Bajo este entendido, el ciudadano solicita a la Corte que se inhíba de pronunciarse de fondo sobre la demanda, por cuanto la acción de inconstitucionalidad había caducado para el momento en que fue interpuesta. En efecto, de acuerdo con el artículo 242-3 de la Constitución Política, las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año contado desde la publicación del respectivo acto y la presente demanda fue formulada el 18 de mayo de 2007, esto es, después de transcurrido un año de la publicación de la norma que tuvo lugar el 26 de abril de 2006 en el *Diario Oficial* No. 46.249.

De otra parte señala que la jurisprudencia constitucional ha establecido que dentro de los vicios formales se puede distinguir entre aquéllos meramente formales y los que tienen una entidad sustancial, cuyo efecto práctico es la operancia del término de caducidad respecto de los primeros y su inoperancia frente a los últimos. Frente a esta clasificación, el interviniente advierte que no ha sido reconocido que la ausencia de consulta previa en el trámite legislativo sea un vicio formal de entidad sustancial, por lo que resulta meramente formal y sobre él opera la caducidad.

Ahora bien, el interviniente señala que en el caso de que esta Corporación considere que la ausencia de consulta previa en el trámite de expedición de la Ley General Forestal constituye un vicio de forma de entidad sustantiva, no se genera la inconstitucionalidad de la norma por cuanto la consulta previa no era necesaria en el trámite de aprobación de la ley demandada como quiera que ésta no es susceptible de afectar directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes.

En efecto, señala que la ley demandada contiene una regulación general sobre el aprovechamiento de los recursos forestales en todo el territorio nacional, que mantiene intactos los derechos de las comunidades indígenas y negras sobre sus territorios y que contempla la consulta en los casos en que sí pueda haber una afectación directa a una comunidad específica.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Mediante Concepto No. 4360 del 27 de agosto de 2007, el Procurador General de la Nación se pronunció sobre la demanda formulada contra la Ley 1021 de 2006 y solicitó a esta Corporación que declarara la inexequibilidad de la totalidad de la norma acusada por las siguientes consideraciones.

En primer lugar la Vista Fiscal señaló que la demanda se formuló contra el contenido material de la Ley 1021 de 2006 y no por vicios de procedimiento en su formación, por lo que no puede afirmarse que la acción esté caducada. Así, sobre la censura de la norma por la ausencia de consulta previa, el Procurador refirió que en la Sentencia C-891 de 2002 la Corte concluyó que un cargo en tal sentido constituía una acusación por el contenido material de la norma y no por vicios de forma.

El Procurador señala que la consulta previa, que deriva de los principios de democracia participativa, participación ciudadana y diversidad étnica y cultural de la nación, entre otros, es un derecho de las comunidades indígenas y pueblos tribales que se encuentra consagrado en el parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política y en el artículo 6° del Convenio 169 de 1989 de la OIT y se dirige a la protección de sus derechos a través de la participación en la adopción de decisiones de tipo legislativo y administrativo que los afecten.

La Vista Fiscal indicó que la jurisprudencia constitucional ha establecido unos requisitos que deben reunirse para que pueda entenderse cumplido el trámite de consulta previa, a saber: i) la consulta debe efectuarse conforme a relaciones sustentadas en el respeto y la buena fe de las partes, ii) las comunidades deben tener conocimiento pleno sobre los proyectos de exploración o explotación de recursos naturales en sus territorios, iii) las comunidades deben tener participación real y efectiva en la consulta a través de sus representantes, iv) la decisión de la autoridad gubernamental debe estar desprovista de autoritarismo y arbitrariedad, v) se debe realizar una consulta sobre el proceso mismo de la consulta previa.

De otra parte, el Procurador señaló que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el Convenio 169 de la OIT, en lo que guarda relación con la consulta previa a las minorías étnicas respecto de las medidas legislativas que los afectan, conforma con la Carta Política un bloque de constitucionalidad.

Del análisis de la Ley 1021 de 2006, la Vista Fiscal concluyó que ésta consagra normas que protegen los derechos de los pueblos indígenas y tribales frente a las actividades que puedan desarrollarse dentro del sector forestal colombiano, por lo que al presentarse una afectación directa a estos grupos minoritarios, aunque sea de carácter positivo, debió realizarse la consulta por parte del Estado. Sobre el particular, aclara que una es la consulta previa a la presentación de los proyectos de ley que terminaron con la expedición de la Ley General Forestal que los demandantes echan de menos, y otra la que debe realizarse cuando se decida aprovechar los recursos forestales de los territorios de las comunidades indígenas y afrodescendientes sobre la cual no se presenta ningún reproche.

El carácter general de la norma demandada implica que los pueblos indígenas y tribales que decidan ejercer su derecho exclusivo al aprovechamiento de los recursos forestales existentes en su territorio deben someterse a ella, por lo que no queda duda de que se trata de una medida legislativa que afecta directamente a las minorías étnicas, lo cual hacía necesaria la participación de las mismas en su proceso de elaboración, obligación que no se cumplió como se colige de la historia legislativa registrada en las Gacetas del Congreso en la que es clara la prescindencia de la consulta.

Así las cosas, el Procurador señala que el Estado colombiano tenía la obligación constitucional y como requisito de fondo de consultar con los pueblos indígenas y tribales los proyectos que terminaron en la aprobación de la ley general forestal, con anterioridad a la iniciación del trámite legislativo, que al no ser cumplida desconoce el derecho de participación de estos pueblos y el Convenio 169 de 1989 de la OIT, por lo que se solicitó la declaratoria de inexecutable de la norma acusada.

Finalmente el Ministerio Público señala que en la Sentencia C-891 de 2002 se reconoció la necesidad de realizar consulta previa en una ley que, como la actualmente demandada, contenía normas que protegían los derechos de las minorías étnicas, lo cual constituye un precedente judicial aplicable al caso en estudio.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241, numeral 4, de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para conocer de las acciones de inconstitucionalidad contra las leyes de la República.

2. Problema jurídico

En el presente caso, para los actores, la Ley 1021 de 2006, «*Por la cual se expide la Ley General Forestal*», es contraria a la Constitución y a normas que integran el bloque de constitucionalidad, por «... *no haberse realizado consulta previa a las comunidades indígenas ni a los pueblos afrodescendientes durante el proceso de construcción de la iniciativa legislativa que condujo a la expedición de la Ley 1021 de 2006*».

Quienes intervienen por los Ministerios de Agricultura y Desarrollo Rural y Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial se oponen a la demanda y al efecto

señalan que la ley se aprobó en el escenario público y deliberativo del Congreso de la República, fue ampliamente discutida en un sin número de foros, contiene el marco general de la política forestal y, en esa medida, no afecta directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, cuyos derechos, y en especial la autonomía para el manejo forestal en sus territorios, están garantizados por la propia ley, razón por la cual concluyen, finalmente, que no había lugar a la consulta prevista en el Convenio 169 de la OIT. En esa misma línea se pronuncian quienes intervienen por la Universidad de Medellín y por la Federación Nacional de Industriales de la Madera, algunos integrantes de resguardos indígenas, así como el ciudadano Santiago Rojas Arroyo. Todos estos intervinientes sostienen, por otro lado, que la Corte debe proferir un fallo inhibitorio, debido a que, en su criterio, el cargo formulado se reduce a la configuración de un vicio de trámite por la ausencia de la consulta previa en el proceso de expedición de la Ley General Forestal, razón por la cual la demanda estaba sometida al término de caducidad de un año consagrado en el artículo 242 de la Carta Política, el cual ya se habría vencido para el momento en el que se interpuso la demanda.

Por otro lado, quienes intervienen por la Comisión Colombiana de Juristas, la Universidad Nacional de Colombia, el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, el colectivo Proceso de Comunidades Negras en Colombia, la Asociación de Autoridades Tradicionales del Consejo Regional Indígena del Medio Amazonas –CRIMA–, la Red Latinoamericana Contra los Monocultivos de Árboles –RECOMA–, la Organización Nacional Indígena de Colombia, y el CENSAT Agua Viva, Grupo Semillas y Centro de Cooperación al Indígena CECOIN, coadyuvan la demanda, señalando, en general, que, efectivamente, para la expedición de la Ley 1021 de 2006 se omitió el requisito de la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, consulta que era imperativa a la luz de nuestro ordenamiento constitucional, debido a que la ley general forestal, particularmente en cuanto regula los bosques nativos, y lo hace, además, con un criterio en el que prima lo extractivo sobre lo ecológico afecta de manera clara y directa a dichas comunidades. La Procuraduría General de la Nación se pronuncia en idéntico sentido y señala, además, que no cabe el fallo inhibitorio solicitado por algunos intervinientes, por cuanto, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en este caso se está en presencia de un vicio material, por afectación del derecho de consulta, y no ante un defecto de procedimiento.

De esta manera, se tiene que, de acuerdo con los cargos de la demanda y con lo expresado por los distintos intervinientes, en esta oportunidad le corresponde a la Corte determinar si la Ley 1021 de 2006 es contraria al ordenamiento constitucional, en particular a los artículos 1, 2, 3, 7, 9, 13, 93 y 330 de la Constitución, por haberse omitido en su expedición el requisito de la consulta a las comunidades indígenas y tribales previsto en el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Corte abordará los siguientes temas: (i) La naturaleza del eventual vicio de inconstitucionalidad de una ley por haberse omitido la consulta a las comunidades indígenas y tribales prevista en el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT; (ii) el marco jurídico del derecho de los pueblos indígenas

y tribales a la consulta de las medidas administrativas o legislativas que los afecten directamente, y (iii) El alcance de la Ley General Forestal.

3. Consideración preliminar. Las solicitudes de inhibición

Como se ha señalado, algunos intervinientes solicitan que la Corte profiera un fallo inhibitorio porque, en su criterio, el cargo formulado en la demanda alude a un vicio de procedimiento en la formación de la ley y, por consiguiente, habría sido presentado de manera extemporánea.

De acuerdo con el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución, a la Corte Constitucional le corresponde decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. A su vez, de acuerdo con el numeral 3 del artículo 242 de la Carta, las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto.

Lo anterior exige que, en cada caso concreto, de manera previa al examen de fondo de los cargos presentados, la Corte determine la naturaleza de los mismos en orden a establecer si es preciso aplicar el referido término de caducidad.

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, por otra parte, el derecho general de participación que tienen las comunidades indígenas de acuerdo con nuestro ordenamiento superior, encuentra una manifestación especial en las previsiones del convenio 169 de la OIT, que hacen parte del bloque de constitucionalidad y conforme a las cuales los gobiernos deben «... 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».¹

De este modo, establecido que en un determinado supuesto, para la adopción de una medida legislativa, resultaba obligatorio adelantar el mencionado proceso de consulta, surge el interrogante acerca de la naturaleza del vicio de inconstitucionalidad que se derivaría de la omisión de dicha consulta.

Para algunos intervinientes en este proceso, como quiera que el cargo presentado se refiere a una actividad que debiera haberse cumplido durante el trámite del proyecto de ley, incluida la fase de la iniciativa legislativa, se está ante un vicio de procedimiento y hay lugar a aplicar el término de caducidad de la acción previsto en la Constitución.

Sobre este particular, la Corte, en la Sentencia C-891 de 2002 señaló, en relación con una demanda de similares características a la que ahora es objeto de consideración, que si bien los cargos presentados estaban ligados al proceso general de formación de la ley parcialmente acusada, los mismos se circunscribían a la antesala de la iniciación formal de los debates que se surtieron en el Congreso y que en ellos no se hacía alusión a vicios de forma en estricto sentido, evento en el cual

¹ Convenio 169 de la OIT, artículo 6°.

habría sido necesario que el actor señalara en la demanda el trámite contemplado por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado (Decreto 2067/91, Art. 2-4). Puntualizó la Corte que, por el contrario - como ocurre en este caso-, la demanda se sustentaba ampliamente en la supuesta violación del derecho fundamental de consulta, ya que a juicio del demandante se había hecho nugatoria la participación de los pueblos indígenas en la discusión y preparación del proyecto de ley que dio origen a la ley que en esa oportunidad fue objeto de consideración. Concluyó, en ese contexto, la Corte que, en definitiva, la impugnación estaba referida al contenido material de la ley como tal, y no a vicios de forma (v. gr. número de debates requeridos en una y otra cámara legislativa, publicación del proyecto, etc.), razón por la cual era preciso que la Corte realizara dos exámenes en relación con las disposiciones impugnadas: «... uno, consistente en la verificación del proceso de consulta a las comunidades indígenas frente a la discusión del proyecto de ley; y otro, consistente en el juicio abstracto de confrontación de las normas acusadas y la Constitución Política.»

No obstante que, ciertamente, cuando se plantea un cargo por omisión del deber de consulta, sin que previamente se hayan establecido en el ordenamiento jurídico las reglas de procedimiento aplicables a dicha consulta cuando se trate de hacerla efectiva frente a medidas legislativas, no puede sostenerse que se está ante un vicio de procedimiento, puesto que, como se señaló por esta Corporación en la Sentencia C-169 de 2001, no puede la Corte «... prescribir como obligatorio un determinado procedimiento, que no ha sido previsto ni por la Constitución, ni por la Ley, para el trámite de proyectos normativos ante el Congreso de la República, ... [y] escapa a la competencia de esta Corporación la creación de trámites que no contempla el ordenamiento positivo...», no es menos cierto que no está clara la manera como el desconocimiento de un eventual derecho de consulta de las comunidades indígenas y tribales, previa a la adopción de una medida legislativa, afecta el contenido material de la correspondiente ley. Así, por ejemplo, podría ocurrir que en una materia respecto de la cual pudiese predicarse el deber de consulta, se expidiese una ley sin haberse cumplido con ese requisito, pero en cuyo contenido material no se observase una oposición con las disposiciones superiores. De este modo la eventual inconstitucionalidad surgiría por la omisión de la consulta en sí misma considerada, no por el contenido material de la ley. Se estaría en tal hipótesis ante la vulneración de un derecho, que como se verá, ha sido catalogado por la jurisprudencia como fundamental, pero sin que resulte claro de qué forma esa omisión puede configurarse como un vicio de inconstitucionalidad de la ley.

Una manera de aproximarse al problema sería señalar que, en desarrollo de los compromisos adquiridos en el ámbito del Convenio 169 de la OIT, el Estado colombiano debe legislar sobre la manera de hacer efectivo el derecho de consulta a los pueblos indígenas y tribales frente a las medidas legislativas que sean susceptibles de afectarles directamente. Sería, entonces, la ley orgánica, en armonía con la Constitución y sin desnaturalizar el alcance del compromiso adquirido por virtud de lo dispuesto en el artículo 6° del Convenio 169, la que establecería los casos en los que procede la consulta, la oportunidad y los procedimientos para llevarla a cabo. Se configuraría así, un procedimiento legislativo especial, aplicable, desde la fase

de la iniciativa legislativa, en el evento de medidas legislativas que sean susceptibles de afectar de manera directa a los pueblos indígenas y tribales y cuyo incumplimiento daría lugar a un vicio de procedimiento en la formación de la ley. El procedimiento especial previsto para adelantar la consulta se convertiría así en una garantía institucional del derecho que tienen las comunidades a que la misma se haga efectiva.

Un nuevo interrogante, sin embargo, surgiría en relación con la omisión de la consulta cuando el legislador no haya desarrollado la materia. Es evidente que esa ausencia de previsión normativa en torno a las condiciones de procedencia y a los mecanismos para hacer efectivo el deber de consulta, no puede dejar sin sanción jurídica en el ámbito interno una omisión frente al deber de consulta que desconozca el derecho que, de acuerdo con la Constitución, tienen las comunidades a que dicha consulta se lleve a cabo.

En ese escenario sería forzoso concluir que, de acuerdo con la jurisprudencia, la omisión de la consulta afecta la materialidad misma de la ley, porque, independientemente del sentido y alcance de sus disposiciones, existe una carencia en las mismas, porque no son portadoras del valor que les conferiría el hecho de haber sido consultadas con las comunidades afectadas de manera previa a su adopción. La situación es compleja, porque la solución propuesta comporta que, para verificar la omisión frente al deber de consulta, la Corte debe fijar unas reglas procedimentales que definan la actividad que, en las distintas fases del proceso legislativo, desde la iniciativa misma, pueda considerarse como la mínima constitucionalmente requerida para hacer efectivo el derecho de consulta. Esto es, para el examen de un vicio de inconstitucionalidad que se proyecta sobre el contenido material de una ley, sería preciso remitirse a la valoración de unas pautas procedimentales para el trámite legislativo no previstas ni en la Constitución ni en la Ley, que fue lo que se rechazó por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001.

Con todo, sobre la base de que, como ocurrió en el proceso que condujo a la Sentencia C-891 de 2002, los cargos en esta oportunidad se dirigen a poner de presente una omisión que se habría producido antes de que se iniciara el trámite legislativo propiamente dicho, y que tal omisión se proyectaría sobre el contenido mismo de la ley, encuentra la Corte que cabe hacer un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda, sin que haya lugar aplicar el término de caducidad predicable en relación con los cargos por vicios de procedimiento.

4. Marco jurídico del derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta de las medidas administrativas o legislativas que los afecten directamente

4.1. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional², en el marco del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural como valor constitucional y fundamento de la nacionalidad colombiana (C.P. arts. 7 y 70), y en el contexto de la definición de

² Al respecto, se pueden consultar las Sentencias C-169 de 2001, SU-383 de 2003, C-620 de 2003, T-737 de 2005, y C-208 de 2007, entre otras.

Colombia como una república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista (C.P. Art. 1), la Constitución Política otorga especial protección al derecho de participación de los grupos étnicos en las decisiones que los afectan.

Ha destacado la Corte que esa especial protección se traduce en el deber de adelantar procesos de consulta con las comunidades indígenas y tribales para la adopción y la ejecución de decisiones que puedan afectarles, deber que es expresión y desarrollo del artículo primero de la Constitución, que define a Colombia como una democracia participativa, del artículo 2º, que establece como finalidad del Estado la de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, del artículo 7º Superior, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, del 40-2, que garantiza el derecho de todo ciudadano a la participación democrática y del artículo 70 que considera la cultura fundamento de la nacionalidad.

En ese contexto, la Corte Constitucional ha puntualizado que, en cuanto hace a los pueblos indígenas y tribales, una de las formas de participación democrática previstas en la Carta es el derecho a la consulta, previsto de manera particular en los artículos 329 y 330 de la Constitución, que disponen la participación de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios, y que tiene un reforzamiento en el Convenio número 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos.

4.2. Tal como se ha señalado por esta Corporación³, y como se desprende de su propio texto, el Convenio 169 de la OIT fue adoptado con base en una nueva aproximación a la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo, conforme a la cual era preciso eliminar la orientación hacia la asimilación que se había venido manejando, para, en su lugar, asentar el principio conforme al cual las estructuras y formas de vida de los pueblos indígenas y tribales son permanentes y perdurables, y la comunidad internacional tiene interés en que el valor intrínseco de sus culturas sea salvaguardado⁴.

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 ...»⁵, 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

³ Sentencia SU-383 de 2003.

⁴ Ibid..

⁵ Preámbulo del Convenio 169 de la OIT.

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.»

Como se ha puesto de presente por la Corte, dentro del Convenio 169 tiene especial connotación y desarrollo 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 los artículos 6 y 7 del mismo, que enfatizan en la necesidad de que, para la aplicación de las disposiciones del Convenio, se asegure la participación de las comunidades, se establezcan mecanismo adecuados de consulta, se adelanten procesos de cooperación y se respete, en todo caso, el derecho de estos pueblos a «... decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural».⁶

De este modo, es posible apreciar que del marco del Convenio 169 de la OIT surgen dos grandes conjuntos de compromisos para los Estados signatarios, el primero, referido a las medidas que deben impulsar para obtener los fines propios del convenio en los distintos aspectos que son objeto del mismo, que, como se ha dicho, de una manera amplia, 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, y el segundo que alude a la manera como deben adoptarse y ponerse en ejecución esas medidas y que tienen como elemento central la participación y el respeto por la diversidad y la autonomía.

El Convenio en distintos apartes 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:

⁶ Convenio 169, artículo 7.

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: Por un lado, 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; y, por otro, el deber de consulta previsto en el literal a) en relación con las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos.

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

4.2.1. En cuanto tiene que ver con el 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.

En Colombia, ese compromiso encuentra desarrollo, en primer lugar, en el hecho de que, en el ámbito de la democracia participativa previsto en el artículo 1º de la Constitución, y del mandato general contenido en el artículo 2º, conforme al cual

debe promoverse la participación de todos en los asuntos que los afecten, se consagra en el artículo 13 un garantía general de igualdad que proscribe 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. De este modo, todos los colombianos, incluidos los pueblos indígenas y tribales, en igualdad de condiciones, tienen derecho, a tenor de lo dispuesto en el artículo 40 de la Carta, a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y tienen a su disposición los instrumentos de participación que se han previsto en el artículo 103 del mismo ordenamiento, no sólo los que corresponden a los mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía —el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato— sino también los que surgen de la posibilidad, prevista en el inciso segundo del artículo 103, de articularse libremente, con el apoyo del Estado, para la promoción de sus intereses, en asociaciones que tengan por objeto constituir mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan.

Adicionalmente, tal como se puso de presente en la Sentencia SU-383 de 2003, el ordenamiento constitucional ha abierto a las comunidades indígenas espacios concretos de participación, además de los establecidos para todos los colombianos, como los que resultan de la previsión conforme a la cual aquellas pueden elegir dos senadores en circunscripción nacional; o de la disposición a cuyo tenor la ley puede establecer una circunscripción especial para asegurar la participación de los grupos étnicos en la Cámara de Representantes⁷; o de la decisión de erigir los territorios indígenas como entidades territoriales⁸, que estarán gobernadas por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades, y con funciones muy amplias en ámbitos tales como la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios, el diseño de las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo, la colaboración con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional o la representación de los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; o de la consagración del derecho de estos pueblos a ejercer funciones jurisdiccionales en sus territorios de conformidad con sus normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República.

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

⁷ Sentencia C-169 de 2001.

⁸ C.P. art. 329.

proceso legislativo, pueden conocer las iniciativas en trámite, promover discusiones, remitir conceptos, solicitar audiencias⁹ y, (3) en las previsiones constitucionales sobre la circunscripción especial indígena, porque si bien quienes allí resulten elegidos no representan formalmente a las distintas comunidades indígenas, si son voceros, de manera amplia, de su particular cosmovisión y pueden constituir efectivos canales de comunicación entre las células legislativas y las autoridades representativas de las comunidades indígenas y tribales.

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

4.2.2. En relación con el deber de consulta de las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, la Corte ha dicho que el mismo es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura¹⁰ y que, cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación.¹¹

4.2.2.1. En diferentes oportunidades la Corte se ha referido a ese deber de consulta, específicamente cuando el mismo se predica frente a medidas legislativas¹².

En la Sentencia C-169 de 2001, la Corte se pronunció sobre el alcance del deber de consulta contenido en el literal a) del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT y puso de presente que de allí se desprende «... un compromiso internacional de gran amplitud, que obliga al Estado colombiano a efectuar el aludido proceso de consulta previa cada vez que se prevea una medida, legislativa o administrativa, que tenga la virtud de afectar en forma directa a las etnias que habitan en su territorio.» Agregó la Corte que, por otro lado, el citado instrumento «... otorga a los Estados Partes un importante margen de discrecionalidad para determinar las condiciones

⁹ En el Capítulo IX de la Ley 5 de 1992 se regula la participación ciudadana en el estudio de los proyectos de ley, asunto en relación con el cual, en el artículo 230 se dispone que «Para expresar sus opiniones toda persona, natural o jurídica, podrá presentar observaciones sobre cualquier proyecto de ley o de acto legislativo cuyo examen y estudio se esté adelantando en alguna de las Comisiones Constitucionales Permanentes.»

¹⁰ Sentencia C-208 de 2007

¹¹ Ibid.

¹² Sin perjuicio de los criterios que en distintas decisiones de tutela la jurisprudencia constitucional ha ido fijado en torno al alcance del derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa, se refiere la Corte en este caso, de manera específica, a aquellos pronunciamientos que han tenido por objeto delimitar esa consulta en relación con las medidas legislativas.

en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan ... « y que, en ese contexto, «[d]ada la configuración constitucional del Estado colombiano, los órganos indicados para determinar cuándo y cómo se habrá de cumplir con la citada obligación internacional son, en principio, el Constituyente y el Legislador; ya que son éstos, por excelencia, los canales de expresión de la voluntad soberana del pueblo (art. 3, C.N.).», razón por la cual, concluyó la Corte, para determinar cuándo resulta obligatorio efectuar la consulta previa a los grupos étnicos, se debe acudir a «... los lineamientos constitucionales y legales existentes, éstos últimos en la medida en que no desvirtúen el objeto y finalidad del pluricitado Convenio, ni contraríen la plena vigencia de los derechos fundamentales de tales etnias.»

En esa Sentencia puntualizó la Corte que la Constitución «... solo reconoció explícitamente la obligatoriedad de la consulta previa en el supuesto de hecho previsto por el párrafo del artículo 330 ...», conforme al cual en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades, y que la Carta guarda silencio en cuanto a las medidas, legislativas o administrativas, que se adopten en hipótesis distintas a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas. Agregó la Corporación en esa Sentencia, que mediante la Ley 99 de 1993, se amplió el alcance de la anterior previsión constitucional a los casos de proyectos en territorios de comunidades negras, al disponer que «[l]a explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades»¹³ y que en la Ley 70 de 1993 se había previsto la realización de consultas a las comunidades negras en tres hipótesis: «a) en la definición del plan de manejo de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, cuando en ellos se encuentren familias o personas de comunidades negras que desarrollen prácticas tradicionales (art. 22); b) en la definición de la organización y el funcionamiento de los programas especiales de formación técnica, tecnológica y profesional para los miembros de dichas comunidades (art. 38); y c) en la conformación de la ‘unidad de gestión de proyectos’ que tendrá que existir en los fondos estatales de inversión social, para el apoyo de las comunidades negras en los procesos de capacitación, identificación, formulación, ejecución y evaluación de proyectos (art. 58)» y su participación «... en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socio-económico y

¹³ La realización de la consulta previa en la hipótesis de explotación de recursos naturales en territorios étnicos, se encuentra regulada a nivel reglamentario por el decreto 1320 de 1998.

*cultural, que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere esta ley».*¹⁴

La anterior doctrina fue reiterada por la Corte en la Sentencia C-418 de 2002, en la que declaró la exequibilidad condicionada de una disposición del Código de Minas relativa a la delimitación de las zonas mineras en territorios indígenas, «...*bajo el entendido que en el procedimiento de señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas se deberá dar cumplimiento al parágrafo del Artículo 330 de la Constitución y al Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991.*»

En esa Sentencia, la Corte puso de presente que la jurisprudencia constitucional «... *ha estudiado en forma detenida lo relativo a las características, alcance y efectos de la proyección del derecho de participación como garantía de efectividad y realización del derecho fundamental a la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas cuando de la explotación de los recursos naturales se trata*» y destacó por un lado los pronunciamientos de la Corte sobre los alcances del derecho de participación y, por otro, los rasgos principales que al mismo le han sido atribuidos por la jurisprudencia.

En relación con lo primero la Corte expresó:

«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 humanos¹⁵. Ahora bien corresponde a cada Estado señalar, ya sea en la Constitución y en la

¹⁴ Con base en las premisas que se han esbozado, la Corte, en la Sentencia C-169 de 2001, concluyó que no se podía afirmar que «... el proyecto de ley estatutaria bajo revisión [que versaba sobre la circunscripción nacional especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos, las minorías políticas y los colombianos residentes en el exterior] deba surtir el trámite de la consulta previa a los grupos étnicos, puesto que no se puede catalogar bajo ninguna de las hipótesis indicadas arriba.» Agregó la Corte que «[e]stá por fuera de toda discusión que la realización de una consulta de esa índole sería conveniente y deseable, y que, en el evento de realizarse, contaría con un sólido respaldo en el ordenamiento superior. Sin embargo, mal haría la Corte en prescribir como obligatorio un determinado procedimiento, que no ha sido previsto ni por la Constitución, ni por la Ley, para el trámite de proyectos normativos ante el Congreso de la República, mucho más tratándose de una ley estatutaria, cuyos requerimientos procedimentales se encuentran taxativamente enumerados en los artículos 153 y 157 de la Carta. En otras palabras, escapa a la competencia de esta Corporación la creación de trámites que no contempla el ordenamiento positivo, especialmente en casos como el presente, en los que existen disposiciones internacionales que refuerzan la libre apreciación del Legislador en la materia (cf. art. 150-1, C.P.)»

¹⁵ 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, formulo 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*

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 ...».

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 60. 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

Sobre los rasgos especiales del derecho de participación, la Corte puntualizó que entre los mismos se encuentra el hecho de que la consulta «... *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*¹⁶».

Posteriormente la Corte, en la Sentencia C-891 de 2002, señaló que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 330 de la Constitución y teniendo en cuenta «... *la vital importancia que el ordenamiento minero reviste para las comunidades indígenas y otros grupos étnicos, en la perspectiva de la exploración y explotación de recursos mineros yacientes en sus territorios ...*» y que «... *la relevancia de la participación de los pueblos indígenas en relación con la explotación de recursos naturales yacientes en sus territorios está directamente vinculada con el trascendental significado que ellos le dan al territorio ...*», era posible concluir que el principio participativo consagrado en el artículo 2° de la Constitución Política adquiere matices más intensos en relación con las comunidades indígenas y se concreta en el derecho de consulta que se desprende del artículo 330 de la Constitución y que corresponde a las previsiones del Convenio 169 de la OIT, en particular a lo que sobre la materia se dispone en su artículo 6°.

En la Sentencia C-620 de 2003 la Corte puntualizó que era posible extraer las siguientes conclusiones en relación con el derecho de las comunidades indígenas sobre los recursos naturales existentes en su territorio:

a) La jurisprudencia ha determinado que la protección a la identidad cultural de las comunidades indígenas es un derecho fundamental, cuyo reconocimiento está orientado a lograr la preservación de tales culturas.

b) Del anterior derecho se desprende el de participación de la comunidad indígena en la adopción de las decisiones que les conciernen y en especial en las relativas a la explotación de los recursos naturales ubicados en sus territorios, como expresamente lo prescribe el parágrafo del artículo 330 de la Constitución. Este derecho de participación, por la particular influencia que el medio ambiente tiene en la definición de los rasgos de las culturas indígenas, ha sido estimado también por la jurisprudencia constitucional como un derecho fundamental.

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»

¹⁶ Entre otras Sentencias las T-188 de 1993 – M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz–, T-342 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell, SU-039 de 1997, M.P. Antonio barrera Carbonell, C-825 de 2001 M.P. Martha V. SÁCHICA Méndez, C- 825 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

c. De conformidad con lo preceptuado por el artículo 15 del Convenio 169 de 1989 adoptado por la conferencia de la OIT, norma que por referirse a un derecho fundamental forma parte del llamado bloque de constitucionalidad, el derecho de participación de las comunidades indígenas en la adopción de las decisiones relativas a los recursos naturales de propiedad estatal ubicados en su territorio, como es el caso de la sal de las Minas de Manaure, debe hacerse efectivo mediante el mecanismo de la consulta previa. Dicho artículo, además, establece que los pueblos indígenas *«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.»*

d. El convenio 169 no precisa la forma en la cual debe adelantarse la consulta previa a los pueblos indígenas en cuyo territorio se pretenden explorar o explotar recursos naturales de propiedad estatal. En tal virtud, corresponde al derecho interno definir ese asunto. La Constitución no señala tampoco el procedimiento que para ello debe llevarse a cabo ni la ley lo hace.

e. La jurisprudencia ha indicado al respecto que, teniendo en cuenta lo regulado por el artículo 34 del referido convenio de la OIT, según el cual *«la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país»*, el compromiso del Estado colombiano de adelantar las mencionadas consultas es de gran amplitud y debe ser interpretado flexiblemente según las circunstancias. Sin embargo ha precisado que dado que el derecho a la consulta tiene por objeto garantizar la participación en la adopción de las decisiones que afectan a las comunidades, no puede consistir en una simple información a dichos entes colectivos, sino que debe propiciar espacios de concertación en la escogencia de las mediadas.

f. Finalmente, debe tenerse en cuenta que la consulta, como mecanismo de participación en la adopción de decisiones y de garantía de la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales, es obligatoria en cuanto a su verificación, pero no sustrae de la competencia de las autoridades la adopción final de la medida legislativa o administrativa, como en general sucede con todos los mecanismos de concertación.»

Más recientemente, la Corte, en la Sentencia C-208 de 2007 expresó que la obligación impuesta al Estado, de consultar previamente a los grupos étnicos cada vez que se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente, es expresión concreta de los artículos 329 y 330 del mismo ordenamiento, que prevén la participación previa de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios.

Adicionalmente, la Corte, en esa providencia, retomando lo que ya había expresado en la Sentencia C-620 de 2003, señaló que existe un nexo muy claro entre la consulta como mecanismo de participación y la defensa de la integridad cultural de las comunidades étnicas, a partir de lo cual reiteró la posición adoptada por la Corte en la Sentencia T-737 de 2005, conforme a la cual *«...la importancia del Convenio 169*

de 1989 la OIT y en especial del instrumento de consulta previa que se prevé en su artículo 6, radica particularmente no solo en que dicho proceso consultivo se surta de manera previa cuando quiera que se trate sobre la explotación de recursos naturales existentes en territorio, sino porque dicha consulta previa habrá de hacerse extensiva a todas aquellas decisiones administrativas y legislativas del Estado que afecten o involucren intereses propios de dichas minorías, aún cuando sean diferentes a lo señalado en el artículo 330 de la C.P., pues de esta manera se garantiza igualmente el derecho a su identidad. Así, la consulta previa que señala el Convenio 169 tendrá cabida respecto de todos aquellos casos que así se requiera y en los que se comprometan los intereses del pueblo indígena.»

La Corte, en la Sentencia SU-383 de 2003 hizo un pormenorizado recuento del desarrollo legislativo del derecho constitucional de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados, recuento que se inscribía en el contexto conforme al cual «[r]esulta de especial importancia para el asunto en estudio, además, reiterar que el Convenio 169 de la OIT¹⁷, y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa conforma con la Carta Política bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 del ordenamiento constitucional, no sólo porque el instrumento que la contiene proviene de la Organización Internacional del Trabajo y estipula los derechos labores de dichos pueblos –artículo 53 C.P.– sino i) en virtud de que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios, prevista en el artículo 330 de la Carta, no puede ser entendida como la negación del derecho de éstos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles –artículo 94 C.P.–, ii) dado que el Convenio en cita es el instrumento de mayor reconocimiento contra las discriminaciones que sufren los pueblos indígenas y tribales, iii) debido a que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente sobre las decisiones administrativas y legislativas que los afecten directamente es la medida de acción positiva que la comunidad internacional prohíja y recomienda para combatir los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas de intolerancia conexas que afecta a los pueblos indígenas y tribales –Declaración y Programa de Acción de Durban– y iv) debido a que el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que no se negará a las minorías étnicas el derecho a su identidad.»

Finalmente, en la Sentencia T-382 de 2006, la Corte, a propósito de una demanda de tutela que versaba, precisamente, sobre el trámite legislativo del proyecto de Ley Forestal, hizo un completo recuento de la jurisprudencia relevante en materia de la consulta a los pueblos indígenas y tribales en relación con las medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarlos directamente. Concluyó la Corte que «...el derecho fundamental de consulta previa tiene asidero dentro del trámite legislativo», pero que, «sin embargo, la influencia que el derecho pudiera ejercer sobre tal potestad está condicionada a los instrumentos que haya fijado la Constitución o la ley para

¹⁷ Sobre el bloque de constitucionalidad que conforman los Convenios de la OIT con la Carta Política puede consultarse, entre otras, la Sentencia T-1303 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

intervenir en las iniciativas parlamentarias, siempre que éstos permitan cumplir con el objeto esencial de la consulta previa» y que, al respecto la jurisprudencia constitucional ha precisado que «... el gobierno puede echar mano de, por ejemplo, talleres preparatorios que tengan por objeto forjar el consentimiento completo, libre, previo e informado de las comunidades indígenas afectadas, a partir de los cuales se procure y gestione, de buena fe, un consenso real y lo más universal posible alrededor de la medida legislativa.»

4.2.2.2. Con base en el anterior recuento jurisprudencial, encuentra la Corte que es necesario avanzar en la precisión en torno al alcance y al contenido del deber de consulta previsto en el literal a) del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, particularmente en cuanto tiene que ver con la consulta de las medidas legislativas que sean susceptibles de afectar directamente a las comunidades indígenas, aún cuando no estén circunscritas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios (CP art. 330) o a la delimitación de esos mismos territorios (CP art. 229). En esta materia es preciso, entonces, establecer tres aspectos: (1) ¿Cuándo resulta obligatoria, de acuerdo con el literal a) del Convenio 169 de la OIT, la consulta previa de una medida legislativa? (2) ¿En qué condiciones de tiempo, modo y lugar debe producirse esa consulta? y (3) ¿Cuál es la consecuencia jurídica de la omisión frente al deber de consulta?

4.2.2.2.1. En primer lugar, tratándose específicamente de medidas legislativas, es claro que el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas *directamente*, evento en el cual, a la luz de lo expresado por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, la consulta contemplada en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT deberá surtirse en los términos previstos en la Constitución y en la ley.

No cabe duda de que las leyes, en general, producen una afectación sobre todos sus destinatarios. De esta manera una ley, en cualquier ámbito, aplicable a la generalidad de los colombianos, afecta a los miembros de las comunidades indígenas y tribales que tengan la calidad de nacionales colombianos, sin que en dicho evento pueda predicarse que, en aplicación del literal a) del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, resulte imperativa una consulta previa a dichas comunidades como condición para que el correspondiente proyecto de ley pueda tramitarse válidamente. Sostener lo contrario equivaldría a afirmar que una parte muy significativa de la legislación debería ser sometida a un proceso específico de consulta previa con las comunidades indígenas y tribales, puesto que las leyes que de manera general afecten a todos los colombianos, unas en mayor medida que otras, afectan a las comunidades indígenas, en virtud a que sus integrantes, como colombianos que son, se encuentran entre sus destinatarios, lo cual desborda el alcance del convenio 169.

Así, por ejemplo, la ley general de educación, el plan nacional de desarrollo, una reforma del sistema de seguridad social o del código laboral, o del código penal debería, además del proceso deliberativo, público y participativo que se surte en el Congreso de la República, someterse a un proceso específico de consulta con las comunidades indígenas y tribales. Lo anterior no parece ser así, y ello lleva a

cuestionarse sobre los criterios para determinar cuando puede decirse que una medida legislativa afecta *directamente* a las comunidades indígenas y tribales.

En principio, las leyes, por su carácter general y abstracto, no generan una afectación directa de sus destinatarios, la cual sólo se materializa en la instancia aplicativa. Sin embargo, puede señalarse que hay una afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios.

Cabría, entonces, señalar que procede la consulta, cuando la ley contenga disposiciones susceptibles de dar lugar a una afectación directa a los destinatarios, independientemente de que tal efecto sea positivo o negativo, aspecto éste que debe ser, precisamente, objeto de la consulta.

Es claro, por otra parte, que lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas 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. Este criterio surge no solo de la calidad de *directa* que se predica de la afectación que produzca una medida legislativa para que sea imperativa la consulta, sino también del hecho de la misma procede cuando se trate de *aplicar las disposiciones del Convenio*. No obstante que, por la amplitud del objeto del Convenio, cabría decir que en su artículo 6° se establece un deber general de consulta de todas las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, este enunciado fija una pauta interpretativa sobre el alcance de ese deber de consulta, del cual, en principio, se sustraen las medidas que no se inscriban en el ámbito de aplicación del convenio. De este modo, si bien uno de los aspectos centrales del convenio tiene que ver con la promoción de la participación de los pueblos indígenas y tribales ante todas las instancias en donde se adopten medidas que les conciernan, no puede perderse de vista que el propio convenio contempla distintas modalidades de participación y ha dejado un margen amplio para que sean los propios Estados los que definan la manera de hacerlas efectivas. Así, aunque cabe señalar la conveniencia de que existan los niveles más altos de participación y que es deseable que la adopción de medidas administrativas y legislativas esté precedida de procesos amplios y efectivos de consulta con los interesados, el alcance vinculante del deber de consulta previsto en el Convenio es más restringido y se circunscribe a las medidas que se adopten para la aplicación de las disposiciones del mismo, esto es, medidas que de manera específica afecten a los pueblos indígenas y tribales.

En este contexto advierte la Corte que pueden surgir problemas de aplicación del convenio distintos de los referidos al deber de consulta, cuando, por ejemplo, el legislador omita en un determinado cuerpo normativo provisiones que resultan indispensables para atender la especificidad de las condiciones de los pueblos indígenas y tribales. En casos como ese, la Corte Constitucional no ha tomado una decisión con base en una eventual omisión frente al deber de consulta, sino que se ha inclinado por establecer la existencia de una omisión legislativa, por la ausencia

la regulación que de manera específica se refiera a los pueblos indígenas y tribales y sin la cual la ley general no les podría ser aplicada.¹⁸

Así puede señalarse que no toda medida legislativa que de alguna manera concierna 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 este modo, por ejemplo, cuando se vaya a regular a través de una ley la manera como se hará la explotación de yacimientos petroleros ubicados en territorios indígenas, sería imperativa la consulta con los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados, porque hay una afectación directa que impone al Estado aplicar para el efecto las disposiciones del convenio.

Pero cuando de lo que se trata es de adoptar el marco general de la política petrolera del Estado no hay una afectación directa de las comunidades indígenas o tribales, ni la medida se inscribe en el ámbito de aplicación del convenio, porque no está orientada a regular de manera específica la situación de esos pueblos, y lo que cabe es aplicar la previsión del literal b) del artículo 6º conforme a la cual debe garantizarse la participación de las comunidades interesadas en igualdad de condiciones, a menos que, en el texto de la ley se incorporasen medidas específicamente dirigidas a la explotación del recursos en los territorios de esas comunidades, o que se pudiese establecer una omisión legislativa por la falta de una previsión específica. Una referencia al artículo 20 del Convenio 169 de la OIT permite ilustrar más ampliamente esta situación. El texto de esa disposición es el siguiente:

Artículo 20

1. Los gobiernos deberán adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general.
2. Los gobiernos deberán hacer cuanto esté en su poder por evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores, especialmente en lo relativo a:

¹⁸ De este modo procedió la Corte en la Sentencia C-208 de 2007, en la cual se decidió «Declarar **EXEQUIBLE** el Decreto-Ley 1278 de 2002, «por el cual se establece el estatuto de profesionalización docente», siempre y cuando se entienda que el mismo no es aplicable a las situaciones administrativas relacionadas con la vinculación, administración y formación de los docentes y directivos docentes en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena, con la aclaración de que, mientras el legislador procede a expedir un estatuto de profesionalización docente que regule de manera especial la materia, las disposiciones aplicables a los grupos indígenas serán las contenidas en la Ley General de Educación y demás normas complementarias.»

a) acceso al empleo, incluidos los empleos calificados y las medidas de promoción y de ascenso;

b) remuneración igual por trabajo de igual valor;

c) asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, todas las prestaciones de seguridad social y demás prestaciones derivadas del empleo, así como la vivienda;

d) derecho de asociación, derecho a dedicarse libremente a todas las actividades sindicales para fines lícitos, y derecho a concluir convenios colectivos con empleadores o con organizaciones de empleadores.

3. Las medidas adoptadas deberán en particular garantizar que:

a) los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, incluidos los trabajadores estacionales, eventuales y migrantes empleados en la agricultura o en otras actividades, así como los empleados por contratistas de mano de obra, gocen de la protección que confieren la legislación y la práctica nacionales a otros trabajadores de estas categorías en los mismos sectores, y sean plenamente informados de sus derechos con arreglo a la legislación laboral y de los recursos de que disponen;

b) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sometidos a condiciones de trabajo peligrosas para su salud, en particular como consecuencia de su exposición a plaguicidas o a otras sustancias tóxicas;

c) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas todas las formas de servidumbre por deudas;

d) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos gocen de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo y de protección contra el hostigamiento sexual.

4. Deberá prestarse especial atención a la creación de servicios adecuados de inspección del trabajo en las regiones donde ejerzan actividades asalariadas trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, a fin de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta parte del presente Convenio.

En este caso es claro que, cuando en aplicación de la citada disposición del Convenio, se decida adoptar medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general, sería necesario que el gobierno adelantase un proceso de consulta previa, consulta cuya realización, por el contrario, no resultaría imperativa, cuando de lo que se tratase fuese de modificar la legislación general aplicable a todos los trabajadores colombianos. En el primer caso se estaría en el escenario de la aplicación de las disposiciones del Convenio 169, en particular de su artículo 20 y procedería el deber de consulta en los términos del literal a) del artículo 6°. En el segundo, se trataría de la actuación del Estado en el ámbito de sus competencias para la regulación de un tema general no directamente orientado a regular o hacer frente a una situación que afecte a las comunidades indígenas o

tribales, las cuales en la medida en que, en ese plano general, la decisión les concierna, podrían acudir a los canales ordinarios de participación, así como a los adicionales a los que alude el literal b) del mismo artículo 6°.

Lo mismo cabe decir, por ejemplo, en relación con las disposiciones sobre formación profesional contenidas en los artículos 21 y siguientes del Convenio, o las que se refieren a los compromisos del Estado en el campo de la salud o de la educación.

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

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

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

4.2.2.2.2. En cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar en que debe producirse la consulta a la que se ha venido aludiendo, es preciso señalar que en la medida en 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 el Convenio y al hecho de que, de acuerdo con el mismo, el trámite de la consulta se somete al principio de la 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. Así, por ejemplo cuando de lo que se trata es de regular la intervención del Estado para la explotación de recursos naturales en una determinada área del territorio, en la cual se encuentra asentada una específica comunidad indígena, es claro que el proceso de consulta debe adelantarse con las autoridades legítimamente constituidas

de dicha comunidad, pero si de lo que se tratase, también por vía de ejemplo, fuera de regular la manera como, en general, debe surtir el proceso de consulta a las comunidades indígenas y tribales, sería claro también que la consulta que, a su vez, se requeriría para ello, no podría adelantarse con cada una de las autoridades de los pueblos indígenas y tribales, y, en ausencia de una autoridad con representación general de todos ellos, habría acudir a las instancias que, de buena fe, se consideren más adecuadas para dar curso a ese proceso de consulta.

En la Sentencia T-382 de 2006 la Corte recordó que, de acuerdo con el mandato de flexibilidad contenido en el convenio, «... *hay que tener en cuenta que el Gobierno, a través de los Decretos 1397 de 1996¹⁹ y 1320 de 1998²⁰, formuló algunas pautas facilitadoras de acercamiento entre los pueblos indígenas y el Estado²¹. No se debe pasar por alto que en las Leyes 99 de 1993²², 160 de 1994, 191 de 1995, 199 de 1995 y 685 de 2001²³, entre otras, también se prevén algunas disposiciones de participación y consulta indígena.*»

¹⁹ Ministerio del Interior, «*Por el cual se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas y se dictan otras disposiciones*». La legalidad de este Decreto fue estudiada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en providencia del ocho (08) de octubre de 1998, radicación 4373, Consejero Ponente: Libardo Rodríguez Rodríguez, en la que solamente se decretó la nulidad de la expresión «... *suspenderán o revocarán ...*», contenida en el inciso segundo del artículo 7°.

²⁰ Ministerio del Interior, «*Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio*». La legalidad de esta norma fue analizada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en providencia del veinte (20) de mayo de 1999, radicación 5091, Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa, en la que se declaró la nulidad de la expresión «...*y por el término máximo de 24 horas,*», contenida en el artículo 13, literal «d». De esta sentencia es importante transcribir los siguientes apartados: «*De otro lado, el hecho de que el decreto acusado no contenga provisiones específicas sobre el tópico que preocupa al actor, no excluye que cuando el tema de la consulta involucre el uso, aprovechamiento o afectación de recursos naturales, se trate el referido asunto, sea de manera conjunta o paralela, puesto que como se describe en el artículo 1° del decreto acusado, la consulta previa tiene como fin analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que pueda ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio. (...)*».

²¹ De todas formas es necesario reconocer que estos Decretos también reconocen la participación de las comunidades indígenas en los ámbitos legislativo y administrativo. Por ejemplo, el artículo 11 del Decreto 1397 de 1996 establece: «**OBJETO.** *La Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas tendrá por objeto concertar entre éstos y el Estado todas las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectarlos ...*».

²² «*Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones*». Artículo 76: **DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y NEGRAS.** *La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades.*

²³ «*Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones*». Cfr. sentencia C-418 de 2002, M.P.: Alvaro Tafur Galvis.

En esta materia, en la Sentencia SU-383 de 2003 se puso de presente que el artículo 6° del Convenio 169 dispone que la consulta a que los pueblos indígenas y tribales de los países miembros tienen derecho debe formularse *«de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las comunidades indígenas, acerca de las medidas propuestas»* y que, a su vez, ese instrumento responsabiliza a los gobiernos de los Estados Partes de adelantar una acción *«coordinada y sistemática»* para su desarrollo *«con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad»* –artículos 6° y 13 Convenio 169 OIT–.

Reiterando su jurisprudencia, en la Sentencia C-208 de 2007, la Corte expresó que *«... el proceso consultivo que las autoridades gubernamentales tienen que llevar a cabo ante los grupos étnicos para adoptar una decisión que afecte sus intereses, «deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo»²⁴. Ha dicho al respecto que «el Estado Colombiano deberá tener en cuenta que los procesos de consulta previa no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva aplicación al Convenio 169 de la OIT y en especial a lo dispuesto en su artículo 6° y en el artículo 7° de la Carta, los procesos de consulta deberán ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado»²⁵.*»

Cabe anotar a este respecto, que el procedimiento de consulta no queda, entonces, librado por entero 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 inaplicación.²⁶

En relación con el deber de consulta que se deriva del artículo 330 de la Constitución, la Corte, en la Sentencia SU-039 de 1997, en criterio que, *mutatis mutandi*, resulta aplicable a otros escenarios de consulta que surjan en aplicación del literal a) del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, puntualizó que el mismo comporta *«... la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre los voceros de los pueblos indígenas y tribales 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,*

²⁴ Sentencia ibídem.

²⁵ Sentencia ibídem.

²⁶ 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.»*

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.»

En la misma sentencia, la Corte también avanzó en la precisión sobre el alcance de la Consulta y 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 la Sentencia C-891 de 2002 la Corte, presentó, a título ilustrativo, 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.»

Esos criterios fueron reiterados en la Sentencia C-620 de 2003, en la cual la Corte expresó que ni las normas constitucionales, ni las que integran el llamado bloque de constitucionalidad consagran un trámite específico para adelantar la consulta a los pueblos indígenas y asegurar la participación suya en las decisiones relativas a la explotación de los recursos naturales de propiedad estatal ubicados en sus territorios y, remitiéndose a la Sentencia C-418 de 2002, manifestó que *«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»*²⁷, lo cual debe hacerse en un contexto de flexibilidad, razón por la cual no cabe llevar a cabo un examen rígido del procedimiento utilizado por el Gobierno para efectos de la consulta.

Por otra parte, al margen de los criterios generales que puedan decantarse en torno a la manera como debe surtir la consulta para que pueda entenderse cumplido el compromiso derivado del Convenio 169 y que resulte satisfactorio con el derecho de participación previsto en la Carta, observa la Corte que son varios los interrogantes que pueden plantearse en relación, específicamente, con el deber de consulta frente a medidas legislativas.

En primer lugar debe precisarse el momento en el que debe hacerse la consulta y la autoridad responsable de llevarla a cabo. El convenio establece una obligación para los gobiernos, pero cabría preguntar si, en un sentido más amplio, dicha obligación puede hacerse extensiva a otros escenarios, particularmente, cuando, como en el caso de las medidas legislativas, es otra la instancia del Estado encargada de adoptarlas.

De este modo, podría decirse que el Gobierno tiene el deber de promover la consulta cuando se trate de proyectos de ley que sean de su iniciativa. Pero ¿qué ocurre cuando, en desarrollo de la iniciativa que les confiere la Constitución, otros sujetos de los previstos en el artículo 155 de la Constitución, distintos del gobierno, deciden presentar a consideración de las cámaras legislativas proyectos de ley cuyo contenido sea susceptible de afectar de manera directa a las comunidades indígenas y tribales?

Parecería necesario que, en tal caso, el gobierno, tan pronto advierta que cursa un proyecto de ley en relación con el cual debe darse el proceso de consulta, acuda a las instancias que para ese efecto se hayan previsto en la legislación, como la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas creada por el Decreto 1397 de 1996, o a otras que se estimen pertinentes, para definir en ese escenario, cuales serían las instancias y los mecanismos de consulta más adecuados.

En la Sentencia C-891 de 2002 la Corte fijó unas pautas para la consulta que debe realizarse en relación con los proyectos de iniciativa gubernamental, y al efecto señaló, en primer lugar que *«[n]o es contrario a la Constitución que una entidad gubernamental elabore de manera autónoma un proyecto de ley sobre un asunto*

²⁷ Sentencia C- 418 de 2002.

que milita en el ámbito de sus competencias, aún siendo del interés de los pueblos indígenas, pues tal actividad hace parte del ejercicio de sus funciones», pero que, sin embargo «... es claro que, en ese caso, la entidad debe brindarle a las comunidades, en un momento previo a la radicación del proyecto en el Congreso de la República, las debidas oportunidades para que ellas no sólo conozcan a fondo el proyecto sino, sobre todo, para que puedan participar activamente e intervenir en su modificación, si es preciso».

Expresó la Corte que ese proceso de consulta puede entenderse cumplido cuando exista evidencia de que antes de radicar el proyecto de ley en el Congreso de la República, sus texto se haya divulgado entre las comunidades interesadas, se haya avanzado en la ilustración de tales comunidades sobre su alcance, y se hayan abierto los escenarios de discusión que sean apropiados.

En esa oportunidad la Corte advirtió, por un lado, que el escenario previo a la radicación del proyecto no es el único espacio deliberativo en el que los pueblos indígenas pueden participar durante el proceso tendiente a la expedición de normas que los afectan, toda vez que en el Congreso de la República dicho proceso participativo no se interrumpe, sino que, por el contrario, allí los pueblos indígenas cuentan con un espacio de discusión y participación en el marco de un Estado democrático, en el que pueden canalizar sus propuestas a través de los congresistas elegidos, y, por otro, que «... la consulta previa a la ley, es adicional a la participación que se les debe dar a los pueblos indígenas a partir de su entrada en vigencia, esto es, con posterioridad a la expedición de la respectiva ley; destacándose el especial cuidado que deben observar las autoridades que tienen a su cargo el desarrollo administrativo de la misma, particularmente en lo tocante a la adopción de las medidas administrativas susceptibles de afectar directamente los intereses de tales pueblos.»²⁸

4.2.2.2.3. Resta por establecer cuál es la consecuencia jurídica de la omisión frente al deber de consulta.

Podría señalarse, en primer lugar, que tal como se dijo por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, en esta materia existe un compromiso internacional muy amplio del Estado colombiano, cuyo desconocimiento generaría una situación de incumplimiento susceptible de evaluación y control a través de las correspondientes instancias internacionales.

Sin embargo en la medida en que, como se ha dicho por la jurisprudencia constitucional, las normas sobre el deber de consulta del Convenio 169 de la OIT se integran a la Constitución y que, específicamente, el deber de consulta allí previsto 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 casos en los que la misma resulte imperativa a la luz del convenio, tiene consecuencias inmediatas en el ordenamiento interno.

²⁸ Sentencia C-891 de 2002.

En primer lugar, ha sido reiterado por la jurisprudencia que ese derecho a la consulta es susceptible del amparo constitucional, vía a través de la cual 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.

Tratándose de medidas legislativas, la situación puede tornarse compleja, porque como se señaló en precedencia, el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad frente a la omisión de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, comporta la verificación en torno a un procedimiento, cuya ausencia, sin embargo, se proyecta sobre la materialidad misma de la ley.

En ese evento, sería posible, en determinadas circunstancias, encontrar que la ley como tal es inconstitucional, pero también cabe que, en una ley que de manera general concierne a los pueblos indígenas y tribales, y que los afecta directamente, la omisión de la consulta se resuelva en una decisión que excluya a tales comunidades del ámbito de aplicación de la ley; o puede ocurrir que, en un evento de esa naturaleza, lo que se establezca es la presencia de una omisión legislativa, de tal manera que la ley, como tal, se conserve en el ordenamiento, pero que se adopten las medidas necesarias para subsanar la omisión legislativa derivada de la falta de previsión de medidas específicamente orientadas a las comunidades indígenas y tribales. Si la ley no tiene esas previsiones específicas, habría un vacío legislativo, derivado de la necesidad de que, en una materia que si bien afecta a todos, lo hace con los indígenas en ámbitos propios de su identidad, contemple previsiones especiales y que las mismas sean previamente consultadas. En ese caso, en la medida en que la ley general estuviese llamada a aplicarse a los indígenas, se decretaría una omisión legislativa por ausencia de normas específicas y previamente consultadas.

5. La Ley General Forestal

5.1. Tal como se ha señalado, en este caso el problema de constitucionalidad que le ha sido planteado a la Corte conduce a establecer, en primer lugar, si la Ley 1021 de 2006, o Ley General Forestal, debía haber sido sometida a un proceso de consulta con las comunidades indígenas y tribales previamente a su expedición.

Para los demandantes, un conjunto amplio de intervinientes y el Ministerio Público, esa consulta sí debió producirse y su ausencia conduce inexorablemente a la declaración de inexecuibilidad de la ley.

Para otro conjunto de intervinientes, en la medida en que la ley no afecta de manera directa a las comunidades indígenas y tribales, no estaba sujeta al deber de consulta y la participación de esas comunidades en su expedición debió cumplirse dentro del amplio proceso de socialización y deliberación pública del proyecto de ley.

Al estudiar los antecedentes de la ley se advierte que sobre la materia se habían presentado proyectos de iniciativa parlamentaria y otro presentado conjuntamente por los ministerios de Agricultura y del Medio Ambiente.

Algunos de los pronunciamientos de quienes promovieron la iniciativa en sus fases iniciales en el Congreso, ponen en evidencia un interés centrado en el establecimiento,

manejo y aprovechamiento de las plantaciones forestales y comercialización de los productos y servicios forestales, así como el conocimiento y la investigación forestal. Dicha orientación, provocó una enérgica reacción de otros sectores de la sociedad, para los cuales, el proyecto, que pretendía hacer una regulación integral de los asuntos forestales, tenía un marcado sesgo hacia la producción y el aprovechamiento de la madera, minimizando los aspectos ambientales ineludiblemente ligados al manejo de los bosques. De hecho, en un documento gubernamental, producido con posterioridad a la radicación del proyecto de ley en el Congreso de la República, se expresaba que el mismo pretendía, entre otras cosas, llenar los vacíos de la normatividad entonces vigente, establecer reglas de juego claras para el sector, eliminar disposiciones obsoletas que obstaculizaban las actividades y servir de apoyo y estímulo a las inversiones forestales. En dicho documento se señalaba que entre los factores que habían incidido en escaso desarrollo forestal y que se buscaba enfrentar con el proyecto, estaban la dispersión de las entidades del sector y la existencia de un gran número de normas que resultaban ineficaces y contraproducentes para proteger el bosque natural, así como para aprovecharlo adecuadamente, situación que había afectado también, en forma negativa, el desarrollo de plantaciones.²⁹

En ese contexto hizo su tránsito por el Congreso el proyecto, en torno al cual, como se señala por el Ministerio de Agricultura, se propiciaron una serie de reuniones y foros. El asunto, ciertamente convocó la atención nacional, y en el expediente obran las comunicaciones que distintas entidades ambientalistas, universidades, organismos de cooperación internacional y organizaciones de las comunidades negras y las comunidades indígenas dirigieron al Congreso de la República en torno al proyecto.

Destaca la Corte que, independientemente del texto que finalmente fue aprobado, para establecer si en relación con la ley forestal existía un deber de consulta, es preciso atender a la controversia que se suscitó desde el momento mismo en el que se presentó la iniciativa a la consideración del Congreso, porque muchas de las modificaciones que se le introdujeron a lo largo del debate serían indicativo de que los temas sobre los que versaba el proyecto comprometían aspectos que afectaban directamente a las entidades tribales que son titulares del derecho de consulta.

Entre las críticas que se plantearon desde el principio al proyecto de ley forestal está la que establecía una estrecha co-relación entre los asuntos ambientales y la situación de las comunidades tribales, a partir de la cual se consideraba equivocado el enfoque general del proyecto, por su énfasis en la dimensión extractiva y comercial, de preferencia sobre un enfoque ecosistémico orientado a permitir un manejo integral del bosque y un uso sostenible de la biodiversidad que le es propia.

Para esos críticos, la modificación en el enfoque que se da al manejo de los bosques afecta de manera directa a las comunidades indígenas que tienen en él su hábitat natural, situación que es particularmente grave si se tiene en cuenta que, de acuerdo con la información que tienen a su disposición, «... en Colombia 55 millones de

²⁹ Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Observatorio Agrocadenas Colombia. Documento de Trabajo No. 95.

hectáreas de los 114 millones que constituyen la extensión del país son bosques naturales, y que entre el 46 y el 62% de estos bosques (más o menos 28 millones de hectáreas) son territorios colectivos de las comunidades indígenas y negras, localizados en ecosistemas frágiles como los del Chocó Biogeográfico y la Amazonía colombiana, donde se encuentra el 10% de la biodiversidad del planeta...»³⁰

Otra de las críticas recurrentes tenía que ver con la definición de bosque natural, puesto que, de acuerdo con el proyecto, hoy artículo 14 de la ley, «*se denomina bosque natural al ecosistema compuesto por árboles y arbustos con predominio de especies autóctonas, en un espacio determinado y generado por sucesión natural*», aproximación que se considera contraria a la perspectiva ecosistémica incorporada en la Convención de Diversidad Biológica (CDB), aprobada por la Ley 165 de 1994 y conforme a la cual por ecosistema se entiende «*un complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una comunidad funcional*». Para los críticos, ello implica que se valora el bosque natural exclusivamente en términos económicos como una entidad productora de madera y no como un ecosistema complejo e integrado.³¹

También se cuestionó ampliamente el concepto de vuelo forestal que se introdujo en el proyecto, por cuanto el mismo, al concebir un derecho real sobre el bosque, distinto del que se tiene sobre el suelo, resultaría contrario a los derechos territoriales y sobre los recursos naturales de las comunidades indígenas y afrocolombianas.

Se señaló, por otra parte que el proyecto de ley forestal, al incorporar un Régimen Nacional Forestal y un Consejo Nacional Forestal, y contemplar una cláusula de sujeción institucional, desconocía partes fundamentales del marco normativo y la institucionalidad creada para la formulación de políticas, el manejo y la administración de los recursos maderables y no maderables³² y las políticas públicas en materia ambiental, todo lo cual afectaba el proceso de descentralización y el derecho al autogobierno de las comunidades indígenas y negras.

En general, durante el trámite de la iniciativa legislativa se insistió en la necesidad de que existiese «*... un balance entre lo ambiental, lo social y lo económico, porque si se plantea sólo desde la parte económica, se pueden generar procesos de destrucción irreversible del bosque y la expulsión consecuente de las comunidades que viven de él y en él.*»³³

Pone de presente la Corte que muchas de las anteriores críticas dieron lugar a modificaciones importantes en el texto del proyecto de ley en los distintos debates en el Congreso de la República y que otras fueron recogidas por el gobierno, quien

³⁰ Documento «Contribución al análisis de la problemática en el resguardo de Matavén, Colombia: perspectivas nacionales e internacionales». Análisis Legal por la Fundación Gaia Amazonas para el Instituto de Seguridad Ambiental.

³¹ En este sentido el documento «Los Bosques Naturales en el Proyecto de Ley Forestal» del Foro Nacional Ambiental. Policy Paper 9, obrante a folio 176 del expediente.

³² Ibid.

³³ Revista Semillas No. 26 Contexto: Política nacional de bosques y agua. «Una estocada mortal a los bosques naturales de Colombia. La ley ‘maderera o mal llamada ley forestal’.» Grupo Semillas.

las incorporó en un escrito de objeciones que el Presidente de la República dirigió al Congreso, y fueron, en su mayoría, acogidas por las cámaras legislativas.

En efecto, en el escrito de objeciones, entre otras cosas, el gobierno manifestó que, en relación, por ejemplo, con el concepto de vuelo forestal, resultaba conveniente modificar el texto aprobado, para limitarlo a las plantaciones forestales y confirmar de esa manera «... *la protección, permanencia y conservación de los bosques naturales: tanto de los que se encuentran ubicados en tierras de comunidades indígenas y afrocolombianas (que gozan de especial protección constitucional y que poseen unas características especiales que son inalienables, imprescriptibles e inembargables) como también de los ubicados a lo largo de todo el territorio nacional.*» Agregó el gobierno que se buscaba con esa objeción «... *reiterar el claro interés en preservar el bosque natural como pilar fundamental del ecosistema, conservando la unidad del bosque con el suelo y con los demás recursos naturales asociados.*»

También objetó el gobierno un conjunto de expresiones presentes en el texto aprobado y de las cuales podría desprenderse un propósito de «... *fomentar el aprovechamiento maderero de los bosques naturales del Chocó y de la Amazonía [lo cual] sería inconveniente ya que en dichas áreas se podría arriesgar la permanencia del equilibrio ecosistémico. Estas zonas constituyen la mayor extensión boscosa del país y poseen una incalculable riqueza en materia de diversidad biológica. Adicionalmente son regiones que han estado ocupadas tradicionalmente por diversos grupos étnicos.*»

Del mismo modo, el gobierno señaló la inconveniencia de disponer que las Corporaciones de Desarrollo Sostenible gozasen de las mismas prerrogativas, facultades y competencias de las Corporaciones Autónomas Regionales en relación con el otorgamiento de derechos de aprovechamiento, «... *ya que se suprimiría el concepto técnico previo que otorga el ministerio [del ambiente], establecido en el numeral 42 del artículo 5° y artículo 34 de la Ley 99 de 1993, situación con la cual el ministerio estaría renunciando al ejercicio de una función que brinda solidez técnica y que garantiza la conservación de los ecosistemas, en especial del Chocó Biogeográfico y la Amazonía.*»

Se objetó también la definición de reserva forestal, dados los vacíos que la que se había incluido en el proyecto de ley presentaba en comparación con la legislación vigente.

Sin pretender agotar el conjunto de objeciones que sobre distintas materias presentó el Gobierno, puede destacarse, finalmente, que, así mismo, se opuso el gobierno a la creación de un Fondo para la Silvicultura Comercial y restauración de tierras comerciales y para la promoción de actividades de manejo sostenible de bosques naturales en territorios colectivos de comunidades afrocolombianas, fondo que recibiría el diez por ciento de los recursos a que hace referencia el artículo 24 de la Ley 344 de 1996.

Esas objeciones presidenciales fueron, en general, acogidas por el Congreso de la República, y por consiguiente las respectivas disposiciones fueron retiradas del texto del proyecto de modo que no hicieron parte de la ley finalmente aprobada.

No obstante lo anterior, estima la Corte que ni las modificaciones que se introdujeron al proyecto en el curso de los debates ordinarios, ni las que se produjeron como consecuencia de las objeciones presidenciales, son suficientes para subsanar el déficit de consulta que presentaba el proyecto de ley, por varias razones.

En primer lugar, como se ha expresado, las observaciones, que el gobierno acogió en su escrito de objeciones y que el Congreso encontró fundadas, son un claro indicativo de que el proyecto contenía aspectos susceptibles de afectar, y en materia muy sensible, a las comunidades indígenas y tribales. El debate sobre tales materias se adelantó, sin embargo, sin que se hubiesen cumplido los presupuestos para la consulta a los pueblos indígenas y tribales en los términos del Convenio 169 de la OIT.

Podría argumentarse que, no obstante lo anterior, en la ley, tal como fue finalmente aprobada, se incluyeron cláusulas orientadas a suprimir todo impacto que la misma pudiese tener sobre las comunidades indígenas y tribales. Así, podría señalarse que, por ejemplo, en el artículo 2º de la ley, que establece los principios y normas generales del régimen forestal para el desarrollo de los objetivos y estrategias de la política forestal, sería posible destacar las previsiones conforme a las cuales la cláusula que dispone la sujeción institucional uniforme al Régimen Forestal de la Nación «... opera sin perjuicio de las autonomías y potestades acordadas por la ley a las autoridades ambientales y territoriales, así como a las comunidades indígenas y afrocolombianas»; la que establece que «la conservación de la región amazónica y del Chocó biogeográfico serán materia de medidas especiales a establecerse por el Gobierno Nacional, debiendo adoptar las decisiones que garanticen la efectiva operatividad de lo dispuesto por el artículo 92 de la Ley 99 de 1993» y aquella conforme a la cual «el Estado garantiza el derecho de las comunidades indígenas y afrocolombianas a la libre toma de decisiones, dentro del marco de la Constitución y la ley, respecto de las actividades forestales de carácter sostenible que desearan emprender en sus territorios, conforme a la Ley 21 de 1991, la Ley 70 de 1993, y demás normas complementarias».

Del mismo modo podría hacerse notar que, en el Capítulo sobre institucionalidad y competencias, se dispone la creación del Consejo Nacional Forestal «... como un órgano de coordinación y concertación de la política forestal nacional y que dicho Consejo estará integrado por los siguientes miembros: el Director del Departamento Nacional de Planeación, los Ministros de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, de Agricultura y Desarrollo Rural, de Comercio, Industria y Turismo, el Alto Consejero de la Acción Social, o sus delegados y dos (2) representantes de las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, un (1) representante de los gremios del sector forestal productivo nacional, un (1) representante de las organizaciones de profesionales de Ingeniería Forestal, un (1) representante del Consejo Nacional de la Cadena Forestal, un (1) representante del sector minero energético nacional, un (1) representante de los decanos de las Facultades de Ingeniería Forestal, un (1) representante de los centros de investigación forestal, dos (2) representantes de los Pueblos Indígenas, dos (2) representantes de las Comunidades Afrocolombianas, dos (2) representantes de las

comunidades de las zonas de reservas campesinas declaradas y un (1) representante de las organizaciones ambientales no gubernamentales. O que, más adelante, en el capítulo sobre el bosque natural, la ley contiene un artículo conforme al cual «Es derecho exclusivo de las comunidades afrocolombianas e indígenas el aprovechamiento de los recursos forestales de sus territorios, en observancia de las normas legales tutelares de la conservación y el aprovechamiento forestal sostenible» y que la norma agrega que «En cualquier caso, dicho aprovechamiento deberá surtir el trámite de consulta previa con las comunidades involucradas», y que dispone en su parágrafo que «para los efectos del aprovechamiento, manejo, uso de los bosques y de la biodiversidad en los territorios colectivos de las comunidades afrocolombianas, previa consulta con sus consejos comunitarios y autoridades tradicionales, el Gobierno Nacional reglamentará en un plazo de doce (12) meses lo dispuesto por la Ley 70 de 1993, en especial lo contenido en sus Capítulos IV y VII.»

Para la Corte, sin embargo, las anteriores previsiones puntuales, si bien limitan el impacto de la ley sobre las comunidades indígenas y tribales y sobre los territorios que les pertenecen, no son suficientes para hacer desaparecer la necesidad de que su contenido hubiese sido previamente consultado con dichas comunidades, por dos consideraciones fundamentales:

Por un lado, el carácter general e integral de la ley hace que resulte imposible excluir de su ámbito de aplicación a las comunidades indígenas y tribales, a las cuales, según documentos oficiales, se las ha hecho entrega formal de un total de 36'336.807 hectáreas de tierras, lo que representa el 32.2% del área total nacional³⁴, si se tiene en cuenta, además, que, de acuerdo con el informe de ponencia para segundo de debate del Proyecto de Ley Forestal en la plenaria del Senado de la República, «[d]el área cubierta en bosque natural; en el Pacífico y la Amazonia, cerca del 41.6% pertenece a comunidades indígenas y afrocolombianas. De hecho el 72% de los territorios de los resguardos indígenas, es decir 22.5 millones de hectáreas, coinciden con áreas boscosas; por su parte, del 69.4% de las tierras adjudicadas a comunidades afrocolombianas, cerca de 2.6 millones de hectáreas cubren áreas boscosas. Estas comunidades dependen casi en su totalidad de los recursos que le proveen los bosques.» Desde este punto de vista, las referidas previsiones podrían interpretarse, más que como medidas para afianzar la autonomía de las comunidades, como instrumentos dirigidos a obviar la necesidad de consulta y tendrían un alcance excluyente, porque no se entiende cómo un régimen general e integral en materia de manejo de bosques naturales y plantaciones forestales pueda adoptarse sin incluir en él la regulación de la situación de quienes tienen en el bosque su hábitat natural.

³⁴ Según información de INCODER, entre 1966 y 2006 se han constituido y ampliado 650 resguardos indígenas en todo el país, con un área aproximada de treinta y un millones doscientas siete mil novecientas setenta y ocho hectáreas (31.207.978 has), para dotar de tierras a 86.294 familias integradas por 440.798 personas. Por otra parte, de acuerdo con la misma fuente, entre las tierras entregadas a las comunidades negras y las que se encuentran en trámite de adjudicación, se alcanza un acumulado total de 5'670.000 de hectáreas que representan cerca del 5% del territorio nacional. <http://www.incoder.gov.co/Archivos/PresentacionFAO2006.doc>

En esta perspectiva cabe destacar que el carácter general de la ley, presente desde su título, se aprecia en su ámbito territorial, que lo es todo el territorio nacional, con la excepción parcial de los territorios indígenas y tribales, en los cuales, sin embargo, aunque con respeto por la autonomía de las comunidades, son susceptibles de aplicarse las previsiones generales de la ley. Ese carácter general se aprecia, además, en el establecimiento de una cláusula de sujeción institucional al Régimen Forestal de la Nación, aún cuando se haga una salvedad en relación con «... *las autonomías y potestades acordada por la ley a las autoridades ambientales y territoriales, así como a las comunidades indígenas o afrocolombianas*», o en la conformación de un Consejo Nacional Forestal en el que, dado su carácter de ente de coordinación y concertación de la política forestal nacional, tienen asiento voceros de todos los sectores vinculados con los bosques, incluidas las comunidades indígenas y afrocolombianas, o en la previsión de un Plan Nacional de Desarrollo Forestal. A su vez, la ley contiene, también, una regulación integral, porque, como se dispone en su artículo primero «... *tiene por objeto establecer el Régimen Forestal Nacional, conformado por un conjunto coherente de normas legales y coordinaciones institucionales, con el fin de promover el desarrollo sostenible del sector forestal colombiano en el marco del Plan Nacional de Desarrollo Forestal. A tal efecto, la ley establece la organización administrativa necesaria del Estado y regula las actividades relacionadas con los bosques naturales y las plantaciones forestales.*» De este modo, el carácter integral de la ley se manifiesta en aspectos tales como la incorporación de una definición de bosque natural; la previsión de un Plan Nacional Forestal; la inclusión de disposiciones en materia de conservación de los bosques y ecosistemas, explotación de los recursos maderables y no maderables, control de actividades ilegales, investigación científica, asistencia técnica, conservación y protección de conocimientos ancestrales y el diseño de un nuevo marco institucional para el manejo forestal.

De manera marginal, la Corte llama la atención sobre el hecho de que, frente al carácter general e integral del proyecto, las medidas que buscan hacerlo compatible con la autonomía que la Constitución reconoce a las comunidades tribales, presentan contradicciones en sí mismas, puesto que, al paso que se adoptan medidas orientadas a excluir a las comunidades indígenas del ámbito de aplicación de la ley, con lo cual se preservaría su autonomía para el manejo forestal en sus territorios y se pretendería obviar la necesidad de consulta, al incluir a los voceros de esas comunidades en el Consejo Nacional Forestal se admite, implícitamente, que las mismas pueden verse afectadas por las previsiones de la ley y se encuentran sujetas a ella.

Por otro lado, y en íntima conexión con lo anterior, debe tenerse en cuenta que esa ley, que es integral y que se aplica a todo el territorio nacional, versa sobre la explotación de los bosques, aspecto que tiene íntima conexión con la identidad de las comunidades indígenas y afrocolombianas y con sus posibilidades de supervivencia.

En ese contexto, observa la Corte que las previsiones de la ley forestal son susceptibles de provocar efectos apreciables en áreas del territorio que, si bien no han sido formalmente delimitadas como territorios indígenas, o no han sido asignadas como

propiedad colectiva de las comunidades negras, si hacen parte del hábitat natural de tales comunidades, de modo que su afectación puede alterar significativamente el modo de vida de las mismas. Las comunidades establecen una estrecha relación con su entorno, más allá de las fronteras formales de sus territorios, y la ley forestal puede tener impacto importante en aspectos como la conservación de la biodiversidad, la presión sobre la tierra, el manejo de los recursos hídricos, etc.

No le corresponde a la Corte pronunciarse sobre los contenidos de la ley forestal, ni evaluar los criterios orientados a mostrar, por ejemplo, unas eventuales bondades de la ley desde la perspectiva de conservación ambiental o, por el contrario, su impacto negativo en este frente. De lo que se trata en este escenario de control de constitucionalidad, a la luz del problema jurídico que se ha planteado, es, de advertir la presencia de opiniones encontradas en ese y en otros frentes, las cuales, independientemente del lado en el que se encuentre la razón, evidencian la necesidad de adelantar una consulta en los términos del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, precisamente en la medida en que, entre los objetivos de dicha consulta está el de enterar a las comunidades y discutir con ellas, los posibles efectos, positivos o negativos que una determinada medida legislativa pueda tener sobre ellas.

En este escenario, cabe observar, por ejemplo, que las experiencias del pasado reciente permitían a las comunidades indígenas y afrocolombianas abrigar un temor fundado sobre el impacto que un proyecto de Ley General Forestal podría tener sobre sus modos de vida, lo cual, a su vez, hacía patente su interés en participar, más allá de lo que concierne al gobierno de sus propios territorios, en la discusión de medidas de limitación, control y mitigación de tales impactos. A título ilustrativo, puede señalarse que en la Sentencia T-955 de 2003, la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre las explotaciones forestales en la cuenca del río Cacarica, puntualizó que « *las explotaciones forestales que se adelantan en las zonas rurales ribereñas de la Cuenca del Pacífico i) no han sido consultadas a las comunidades negras de la región, como lo disponen el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT y los artículos 55 transitorio y 330 de la Carta Política, ii) que dichas explotaciones no benefician real y verdaderamente a las comunidades de la región, y iii) que no se ha expedido la reglamentación que deberá regular los aspectos que les permitirán a dichas comunidades extraer de manera sustentable los productos de sus bosques sin desmedro de su identidad cultural.*»

En esa misma sentencia, la Corte registró la intervención en el proceso de la Fundación Natura Colombia, que señalaba que «... *la más grande amenaza que encara el Chocó es la deforestación asociada con la extracción de madera, la expansión de la agricultura y la ganadería, la minería y el desarrollo de infraestructura. Y que en el Pacífico Central y Norteño Colombiano, las concesiones de madera han clareado grandes extensiones de bosques para la producción de papel y madera, con muy poco manejo y reforestación subsiguiente.*³⁵»

³⁵ Fundación Natura Colombia, «La Ecoregión del Chocó Biogeográfico», Fundación Natura, Ministerio del Medio Ambiente, Universidad Nacional de Colombia, Universidad de Antioquia, INRENARE, ANCON, AUESPN.

Resulta indudable, en el anterior contexto, que una ley que regule de manera integral el manejo forestal en el país, afecta de manera directa y específica a los pueblos indígenas y tribales que habitan en zonas de alta incidencia de bosques, no sólo por el interés que tales comunidades tienen en participar en la definición de los elementos de un régimen nacional forestal, sino también por los conflictos que las distintas aproximaciones al tema pueden suscitar, en particular cuando, como en este caso se hace explícito en la iniciativa legislativa un énfasis en la necesidad de promover la explotación maderera como elemento estratégico para el desarrollo económico. Ese énfasis puede resultar contrapuesto con la concepción que las comunidades tienen sobre el bosque, lo cual claramente apunta hacia la necesidad de la consulta orientada a lograr una conciliación de intereses.

El proyecto que culminó con la expedición de la Ley General Forestal fue concebido como un régimen integral, razón por la cual no cabe excluir de su ámbito la regulación de los bosques naturales, ni el impacto que de ello se desprende para las comunidades tribales. Para lograr ese propósito habría sido necesario concebir un proyecto distinto, desde su origen, orientado puntualmente a la adopción de medidas de fomento para el establecimiento y la explotación de plantaciones forestales, pero sin pretender hacer una regulación integral del sector forestal. La opción contraria, esto es, la de tramitar un proyecto de carácter general e integral, implicaba que, necesariamente, debían haberse consultado las comunidades indígenas y tribales, porque por acción, en razón de las medidas adoptadas en la ley, o por omisión, en cuanto formalmente se excluyese a dichas comunidades del ámbito de aplicación de la misma, pese a su carácter general e integral, dicha medida legislativa es susceptible de afectar directa y específicamente a las comunidades que tienen en el bosque su hábitat natural.

Observa la Corte que en este caso, paradójicamente, el carácter específico de la afectación que la ley puede tener sobre las comunidades indígenas y tribales, se deriva de la condición general e integral que se le dio a la iniciativa legislativa, en cuanto que, por esa vía, sus previsiones son susceptibles de afectar a dichas comunidades en una dimensión muy particular, cual es la relación que mantienen con el bosque.

En ese sentido, en la Sentencia C-891 de 2002 se puso de presente que «... la relevancia de la participación de los pueblos indígenas en relación con la explotación de recursos naturales yacentes en sus territorios está directamente vinculada con el trascendental significado que ellos le dan al territorio...», puesto que, «... la noción de territorio indígena supera los espectros simplemente jurídicos y económicos, toda vez que los pueblos están ligados a él de una manera comunitaria, espiritual y cosmogónica, precisamente por el carácter ancestral y sagrado que éste ostenta, constituyéndose entonces en un elemento integrante de la forma como aquéllos ven y entienden el mundo.³⁶»

En este caso, no obstante el carácter general de la ley –no dirigida a regular especialmente, en aplicación del Convenio 169 de la OIT, la situación de las

³⁶ Ver la sentencia T-188 de 1993, en la cual la Corte resaltó la importancia de los territorios indígenas para la cultura y los valores espirituales de dichos pueblos.

comunidades indígenas y tribales–, de su contenido material se deriva la posibilidad de una afectación específica a tales comunidades, como quiera que sus previsiones recaen sobre un objeto -el bosque- que tiene particular relevancia para las mismas y guarda una íntima e indisoluble relación con su modo de vida.

A partir de las anteriores consideraciones, concluye la Corte que la materia propia de la Ley 1021 de 2006 es susceptible de afectar directa y específicamente a las comunidades indígenas y tribales y que, por consiguiente, previamente a su expedición debió surtir el trámite de la consulta con dichos pueblos, en los términos del literal a) del artículo 6º del convenio 169 de la OIT.

5.2. De los antecedentes de la ley que obran en el expediente puede concluirse sin mayor dificultad que en relación con la Ley 1021 de 2006 no se surtió la consulta a los pueblos indígenas y tribales en los términos del Convenio 169 de la OIT.³⁷ Hubo, si, un proceso amplio de socialización que no satisface, sin embargo, los criterios fijados por la Corte Constitucional porque, no fue específico, no hay evidencia de que las comunidades hayan sido debidamente informadas y se les hayan puesto de presente los impactos que el proyecto podía significar para ellas, ni se generaron espacios de concertación.

Si bien es cierto que, como se ha señalado, existe un margen de flexibilidad en torno a la manera como debe hacerse efectiva la consulta, en la medida en que no existen desarrollos legislativos sobre la materia y que, inclusive, la exigencia de que la consulta sea previa, en materia de medidas legislativas no es absoluta en relación con el momento de presentación del proyecto de ley, no es menos cierto que un proyecto de la dimensión, la complejidad y las implicaciones del que pretenda regular de manera integral los asuntos forestales, exigía que, como condición previa a su radicación en el Congreso, el gobierno adelantara un ejercicio específico de consulta con las comunidades indígenas y tribales, que permitiera hacer efectivo su derecho de participación. Dicho proceso habría permitido identificar dificultades, establecer las discrepancias relevantes en las aproximaciones, buscar alternativas, y, en todo caso, propiciar que el debate en el Congreso se enriqueciera con el aporte de posiciones previamente decantadas en las que, si bien no era imperativo el consenso, si permitirían apreciar con nitidez los aspectos que desde la perspectiva de las comunidades podrían resultar problemáticos.

Por esas razones, no son suficientes, ni las actividades de socialización general del proyecto, ni las medidas unilaterales orientadas a depurarlo de los aspectos que pudiesen considerarse críticos desde la perspectiva de las comunidades indígenas y

³⁷ La ausencia de consulta previa se aprecia en las intervenciones del Ministro de Agricultura durante el debate del proyecto de ley en el Congreso, y en las que manifestó que la misma no se requería porque bastaba con el amplio proceso de socialización que había recibido el proyecto; en las comunicaciones dirigidas por las organizaciones indígenas al Congreso en relación con la falta de consulta; en la constancias que en ese sentido dejaron algunos congresistas y, finalmente, en las intervenciones gubernamentales en el presente proceso, cuyo punto de partida es, precisamente, la consideración de que la consulta no se realizó debido a que, por la naturaleza de la ley, la misma no era necesaria.

tribales, sino que se requería un proceso de consulta que respondiera a los lineamientos del literal a) del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, en las condiciones que se han decantado por la jurisprudencia constitucional.

5.3. A partir de los anteriores elementos encuentra la Corte que:

a. El contenido de la Ley General Forestal reviste un innegable interés nacional, sus previsiones afectan, de manera amplia, a la totalidad de los colombianos, y de manera particular, a un conjunto diverso de sectores, que tienen una relación más estrecha con los bosques y con la actividad forestal o vinculada a ella.

b. El correspondiente proyecto de ley fue debatido en el Congreso de la República y hay evidencia de que, además del proceso deliberativo y público que allí debe cumplirse, hubo un proceso amplio de participación de los distintos sectores interesados.

c. La Ley General Forestal, en cuanto que regula de manera general e integral, la actividad forestal, no obstante que, contiene previsiones orientadas a preservar la *autonomía* de las comunidades indígenas y afrocolombianas, y que reconoce el *derecho exclusivo* de las mismas al aprovechamiento de los recursos forestales de sus territorios, es susceptible de afectar directa y específicamente a tales comunidades, en la medida en que establece políticas generales, definiciones, pautas y criterios, que en cuanto que de aplicación general, pueden afectar las áreas en las que se encuentran asentadas las comunidades, lo cual, a su vez, puede repercutir sobre sus formas de vida y sobre la relación tan estrecha que mantienen con el bosque.

d. En esa medida, de acuerdo con el ordenamiento constitucional y en particular con el Convenio 169 de la OIT, que en esta materia hace parte del bloque de constitucionalidad, la adopción de la ley debió haberse consultado con esas comunidades, para buscar aproximaciones sobre la manera de evitar que la misma las afectara negativamente, así como sobre el contenido mismo de las pautas y criterios que, aún cuando de aplicación general, pudiesen tener una repercusión directa sobre los territorios indígenas y tribales, o sobre sus formas de vida.

e. Esa consulta, que tiene unas características especiales, no se cumplió en este caso, y la misma no puede sustituirse por proceso participativo que de manera general se cumplió en torno al proyecto de ley.

Para que se hubiese cumplido con el requisito de la consulta habría sido necesario, poner en conocimiento de las comunidades, por intermedio de instancias suficientemente representativas, el proyecto de ley; ilustrarlas sobre su alcance y sobre la manera como podría afectarlas y darles oportunidades efectivas para que se pronunciaran sobre el mismo. Ese proceso no se cumplió, razón por la cual la Corte concluye que, dado que la ley versa sobre una materia que se relaciona profundamente con la cosmovisión de esas comunidades y su relación con la tierra, y que, por acción o por omisión, es susceptible de afectarlas de manera directa y específica, no hay alternativa distinta a la de declarar la inexecutable de la ley.

Por todo lo anterior, la Corte declarará la inexecutable de la Ley 1021 de 2006 «*Por la cual se expide la Ley General Forestal*».

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

Declarar **INEXEQUIBLE** la Ley 1021 de 2006 «*Por la cual se expide la Ley General Forestal*».

Cópiese, notifíquese, comuníquese insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

El Presidente,

Rodrigo Escobar Gil

Los Magistrados,

Jaime Araújo Rentería, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Mauricio González Cuervo, Marco Gerardo Monroy Cabra, Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto, Clara Inés Vargas Hernández.

La Secretaria General,

Martha Victoria Sáchica de Méndez

6. SENTENCIA C-461 DE 2008 (Caso Ley Plan Nacional de Desarrollo”)

SENTENCIA C-461 DE 2008

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEY DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2006-2010-Omisión del deber estatal de consulta previa a comunidades y grupos étnicos que pueden resultar afectados por normas del plan.

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ÉTNICOS-Reiteración de doctrina constitucional.

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ÉTNICOS-Obligación impuesta al Estado cada vez que se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente.

DERECHO A LA PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y TRIBALES DEL PAÍS EN LAS DECISIONES QUE LOS AFECTAN-Protección especial.

La Carta Política otorga especial protección al derecho de participación de los pueblos indígenas del país en las decisiones que los afectan, y esta especial protección se traduce en el deber de adelantar procesos de consulta con las comunidades indígenas y tribales para la adopción y la ejecución de decisiones que puedan afectarles, procesos de consulta que constituyen una forma de participación democrática específicamente regulado 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, que forma parte del bloque de constitucionalidad.

CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO OIT-Hace parte del bloque de constitucionalidad/ **CONVENIO 169 DE LA OIT**-Prevé una manifestación del derecho de participación de las comunidades indígenas en el trámite de adopción de medidas legislativas o administrativas que las puedan afectar/**CONVENIO 169 DE LA OIT**-Fijó como obligatoria la consulta de las comunidades indígenas y tribales que pudieran afectarse con medidas legislativas.

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ÉTNICOS-Obligación impuesta al Estado cada vez que se vayan a adoptar medidas susceptibles de afectarles directamente/**CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ÉTNICOS**-Requisitos de tiempo, modo y lugar.

OMISIÓN DEL DEBER DE CONSULTA A LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y TRIBALES-Consecuencias jurídicas/OMISIÓN DEL DEBER DE CONSULTA A LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y TRIBALES-Impide que se hagan efectivas las medidas adoptadas/OMISIÓN DEL DEBER DE CONSULTA A LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y TRIBALES DE MEDIDA LEGISLATIVA-Impone la verificación de un procedimiento cuya ausencia se proyecta sobre la materialidad de la misma ley/OMISION DEL DEBER DE CONSULTA A LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y TRIBALES POR OMISIÓN LEGISLATIVA-Inconstitucionalidad se resuelve excluyendo a tales comunidades del ámbito de aplicación de la ley o adoptando medidas para subsanar la omisión.

En la medida en que las normas sobre el deber de consulta del Convenio 169 de la OIT se integran a la Constitución y que, específicamente, el deber de consulta allí previsto 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 casos en los que la misma resulte imperativa a la luz del convenio, tiene consecuencias inmediatas en el ordenamiento interno. En primer lugar, ha sido reiterado por la jurisprudencia que ese derecho a la consulta es susceptible del amparo constitucional, vía a través de la cual 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. Tratándose de medidas legislativas, el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad frente a la omisión de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, comporta la verificación en torno a un procedimiento, cuya ausencia, sin embargo, se proyecta sobre la materialidad misma de la ley. En ese evento, sería posible, en determinadas circunstancias, encontrar que la ley como tal es inconstitucional, pero también cabe que, en una ley que de manera general concierne a los pueblos indígenas y tribales, y que los afecta directamente, la omisión de la consulta se resuelva en una decisión que excluya a tales comunidades del ámbito de aplicación de la ley; o puede ocurrir que, en un evento de esa naturaleza, lo que se establezca es la presencia de una omisión legislativa, de tal manera que la ley, como tal, se conserve en el ordenamiento, pero que se adopten las medidas necesarias para subsanar la omisión legislativa derivada de la falta de previsión de medidas específicamente orientadas a las comunidades indígenas y tribales. Si la ley no tiene esas previsiones específicas, habría un vacío legislativo, derivado de la necesidad de que, en una materia que si bien afecta a todos, lo hace con los indígenas en ámbitos propios de su identidad, contemple previsiones especiales y que las mismas sean previamente consultadas. En ese caso, en la medida en que la ley general estuviese llamada a aplicarse a los indígenas, se decretaría una omisión legislativa por ausencia de normas específicas y previamente consultadas.

COMUNIDAD NEGRA-Carácter de etnia.

LEY DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO-Naturaleza especial por su contenido de generalidad y especificidad.

La ley contentiva del Plan Nacional de Desarrollo tiene niveles distintos de generalidad, y específicamente en la parte constitutiva del Plan Nacional de Inversiones Públicas, ha de examinarse cada uno de los programas, proyectos y presupuestos plurianuales que lo conforman, en el que cada programa, proyecto o presupuesto plurianual individualmente considerado constituye una de las medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos.

REPRESENTACIÓN Y PARTICIPACIÓN-Mecanismos del régimen democrático para expresar y hacer valer posiciones y puntos de vista/**REPRESENTACIÓN Y PARTICIPACIÓN**-Diferencias.

En los regímenes democráticos existen diversos mecanismos para permitir que quienes se verán afectados por una determinada decisión o actuación puedan expresar y hacer valer sus posiciones y puntos de vista. Los dos mecanismos clásicos, entre la amplia gama de los existentes, son los de la representación y la participación. Por medio del primero, las personas afectadas eligen representantes para hablar por ellos en el ámbito de los organismos decisorios representativos, es decir, constituidos específicamente para permitir la interacción entre quienes toman las decisiones y los representantes elegidos colectivamente por las personas potencialmente afectadas. Por medio del segundo, los afectados se involucran directamente en la adopción de las decisiones, y ejercen su voz no para elegir a un representante que hablará por ellos, sino para participar directamente en la toma de la decisión.

LEY DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO-Representación en órgano encargado de preparar el proyecto de plan nacional de desarrollo no sufre el deber de consulta previa de proyectos concretos incluidos en el mismo.

Para la Corte, la existencia del Consejo Nacional de Planeación y su rol directo en la preparación del proyecto de Plan Nacional de Desarrollo cumplen una función trascendental dentro del proceso democrático de formulación de este instrumento, más aún teniendo en cuenta que los grupos indígenas se encuentran representados en dicho Consejo. Sin embargo, tal representación no sufre el deber estatal de llevar a cabo la consulta previa de los proyectos concretos incluidos en el Plan Nacional de Desarrollo con los grupos étnicos potencialmente afectados por ellos en forma directa y específica. En efecto, los representantes indígenas incluidos en el Consejo Nacional de Planeación no expresan la cosmovisión de cada una de las comunidades afectadas por cada proyecto individual incluido en el Plan de Inversiones Públicas. La obligación constitucional de llevar a cabo la consulta previa de tales proyectos individuales expresa el principio de democracia participativa –sensible a las particularidades, detalles y diversidad del caso concreto–, en la medida en que en tales proyectos de consulta, se permitirá que cada comunidad concreta afectada en forma diferencial, directa y específica por un proyecto en particular haga oír su posición y participe, así, en la adopción de las decisiones correspondientes. No se deben confundir las instancias de representación y participación de los grupos étnicos en el proceso de formación de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo.

LEY DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2006-2010-Contempla ejecución de proyectos que inciden en comunidades indígenas o afrodescendientes, por lo que existe la obligación de realizar su consulta previa

Una lectura detenida de las distintas disposiciones contenidas en la Ley 1151 de 2007 revela que éstas prevén varios proyectos susceptibles de incidir de manera directa y específica sobre pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes que residen en las zonas donde estos habrán de ser ejecutados. En efecto, varios proyectos y programas incluidos dentro del Plan Nacional de Inversiones, o resaltados por su importancia dentro de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, incidirán directa y específicamente sobre distintos grupos del país –independientemente de si su impacto será benéfico o perjudicial, cuestión cuya determinación atañe a las comunidades étnicas –indígenas o afrodescendientes– potencialmente afectadas en ejercicio de su autonomía y sus derechos colectivos. Es claro para la Corte que, respecto de cada uno de estos proyectos individuales, sí existe una obligación estatal específica de realizar consulta previa, en su integridad y con pleno cumplimiento de los requisitos constitucionales precisados por la jurisprudencia constitucional.

LEY DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2006-2010-Razones por las que no resulta procedente declarar inexecutable la ley al evidenciarse la falta de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes.

La Corte considera que en este caso no es procedente declarar inexecutable como un todo la Ley 1151 de 2007, por cuanto (a) ésta contiene numerosas disposiciones diferentes, con distintos grados de generalidad, en relación con las cuales no existe un deber estatal de adelantar consulta previa con los grupos indígenas del país, (b) por ser separables de los artículos que conciernen directa y específicamente a los pueblos indígenas, y (c) por ser completamente ajenos a su ámbito de protección. Cualquier decisión adoptada por la Sala Plena en el presente proceso de constitucionalidad se circunscribirá a las disposiciones específicas contenidas en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo que puedan afectar en forma directa y específica a grupos indígenas o comunidades afrodescendientes de las zonas donde se habrán de implementar.

PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DEL DERECHO-Aplicación/**PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DEL DERECHO**-Constitucionalidad condicionada

En aplicación del principio de conservación del derecho, es posible proteger los valores y derechos constitucionales afectados por la inclusión en la Ley del Plan de disposiciones cuya consulta previa era obligatoria y se omitió, sin necesidad de recurrir a una declaratoria de inexecutable de toda la ley ni de todos los artículos de sus partes general y específica. Es procedente en este caso declarar que la Ley 1151 de 2007 es executable, siempre y cuando se entienda que se suspenderá la ejecución de los proyectos -y de los respectivos programas o presupuestos plurianuales- incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir de manera directa y específica sobre pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específica exigida por el bloque de constitucionalidad.

DETERMINACIÓN DE PROYECTOS O PROGRAMAS INCLUIDOS EN LA LEY DE PLAN NACIONAL DE DESARROLLO QUE DEBEN SOMETERSE A CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ÉTNICOS-Responsabilidad del gobierno Nacional.

ACCIÓN DE TUTELA POR NEGATIVA DE CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ÉTNICOS-Procedencia de la tutela para la protección de derechos fundamentales colectivos de los pueblos indígenas y de sus miembros individualmente considerados.

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ÉTNICOS-Secuencia y requisitos para su realización/**CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ÉTNICOS**-Reglas constitucionales

Ref.: Expediente D-6984

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1151 de 2007, *«por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010»*.

Actor: Jesús Enrique Piñacué Achicué

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D.C., catorce (14) de mayo de dos mil ocho (2008)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y de los trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución, el ciudadano Jesús Enrique Piñacué Achicué demandó en su integridad la Ley 1151 de 2007, *«por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010»*.

Mediante Auto del 29 de octubre de 2007, la Corte admitió la demanda.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. NORMAS DEMANDADAS

El demandante acusa en su integridad la Ley 1151 de 2007, contentiva del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010. Al tratarse de una disposición legislativa extensa, se ha incorporado su texto, tal y como fue publicado en la Gaceta del Congreso número 342 (Año XVI) del 25 de julio de 2007, al Anexo I de la presente sentencia.

III. LA DEMANDA

El cargo que formula el demandante consiste en que la Ley 1151 de 2007 se aprobó sin que se hubiera realizado consulta previa con los pueblos indígenas de conformidad

con el Convenio 169 de la OIT, el cual fue ratificado por Colombia mediante Ley 21 de 1991 y se ha incorporado al bloque de constitucionalidad.

Luego de la formulación general de este cargo, la demanda se estructura en distintos capítulos individuales sobre temas generales atinentes a la obligación de realizar consultas previas con los pueblos indígenas, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Tales capítulos individuales se refieren a: (a) el carácter de derecho fundamental de la consulta previa en cabeza de los pueblos indígenas, precisando su naturaleza, los valores cuya protección se persigue mediante su ejercicio, y las fuentes de su carácter obligatorio; (b) los objetivos que deben buscarse en los procesos de consulta previa; (c) la regulación de la consulta previa en el marco del Convenio 169 de la OIT y su desarrollo en la jurisprudencia constitucional colombiana; (d) una enunciación de los casos en los que se debe desarrollar la consulta previa; (e) una explicación de los vínculos entre la consulta previa y los derechos a la participación y a la información de los grupos étnicos; (f) una indicación de los sistemas de autoridad y representación que deben tenerse en cuenta para la realización de la consulta previa, y de los requisitos de participación real y efectiva, no solo de los dirigentes indígenas sino de las comunidades; (g) una explicación del valor de los principios de buena fe y debido proceso en el ejercicio de la consulta; (h) una reseña del trámite legislativo que se siguió para la aprobación de la Ley 1151 de 2007, señalando que no incluyó la realización de tales procedimientos de consulta previa; e (i) algunas consideraciones sobre el tema de la iniciativa legislativa en relación con el Plan Nacional de Desarrollo, que incluyen las siguientes, relevantes para la sustentación del cargo de inconstitucionalidad que se examina:

«(...) el Plan Nacional de Desarrollo consigna las políticas y programas durante el respectivo período de gobierno y por lo tanto constituye la carta de navegación cuatrienal para el país, de donde se deriva su importancia.

La primera parte del Plan de Desarrollo contiene las políticas económicas, sociales y ambientales que deben guiar la acción estatal. Una segunda parte comprende el Plan Nacional de Inversiones, en el cual se establecen los principales programas y proyectos de inversión que se espera ejecutar, en desarrollo de las políticas previstas en la parte general.

La segunda parte, el Plan Nacional de Inversiones, constituye la materialización de dichas políticas, a través de los programas y proyectos de inversión. Así mismo, los mecanismos incluidos en el articulado del Plan Nacional de Inversiones, permiten la efectiva ejecución de tales programas y proyectos y, por lo tanto, constituyen parte fundamental de la Ley del Plan de Desarrollo.

Dadas estas características, es innegable que la Ley 1151 del 24 de julio de 2007, ‘Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010’, atañe a los diferentes pueblos indígenas y a su proceso de desarrollo ya que afecta directamente las formas de vida en sus aspectos territorial, ambiental, cultural, espiritual, social, económico y de salud, y demás aspectos que incidan en su integridad étnica, razón por la que debió ser consultada.

La ley por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010 es una ley integral, y por tanto es ella en su integridad la que debe ser revisada por tachas de inconstitucionalidad, y no un artículo específico.»

Por otra parte, el demandante explica que las minorías indígenas en el Congreso no han podido surtir una incidencia efectiva sobre la aprobación del Plan Nacional de Desarrollo en forma tal que éste sea sensible a los intereses de los grupos étnicos del país; y señala que *«como comunidades indígenas no podemos estar de acuerdo con iniciativas preparadas desde un escritorio por funcionarios que desconocen nuestras costumbres, nuestra cultura, la forma en que nos relacionamos con la tierra y con los recursos naturales, quienes por mejor intención que tengan, no podrán entender la visión de desarrollo o nuestro concepto de bienestar que hace parte de la autodeterminación que tenemos como pueblos legalmente reconocidos. // En nuestra condición de minorías (...) es que hoy accionamos para que se nos reivindique el derecho de participar en la planificación de nuestro desarrollo».*

Finalmente, se explica en la demanda que *«conforme a las normas pertinentes y teniendo en cuenta el carácter especial del que goza la ley del Plan Nacional de Desarrollo, debe ser el Gobierno Nacional quien principalmente defina y priorice los programas y proyectos que deben estar contenidos en el Plan Nacional de Inversiones Públicas, siempre y cuando cumpla con los procedimientos que garanticen la participación, en este caso la consulta previa con las poblaciones indígenas. // La reserva de la iniciativa legislativa resulta pertinente, en razón al carácter técnico de su contenido, en especial en razón a los programas y proyectos a implementar y la proyección de los recursos y los presupuestos plurianuales con los cuales se espera ejecutar las políticas planteadas, en desarrollo de los artículos constitucionales, todo lo cual justifica que aquellas disposiciones que entrañen o puedan afectar las poblaciones indígenas deban ser consultadas según el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT el cual consagra que los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados, trámite que no fue cumplido.»*

IV. INTERVENCIÓN DE AUTORIDADES

1. Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público intervino en el proceso de la referencia para defender la constitucionalidad de la norma demandada, por cuanto *«las especiales disposiciones constitucionales y orgánicas que rigen la materia, se observaron con estricto apego».*

Se explica que *«la obligación del Estado de realizar la consulta previa con las comunidades indígenas frente a las medidas legislativas y/o administrativas que pretenda adoptar y que puedan afectarles directamente, debe entenderse como una obligación establecida en el texto constitucional, dado que el artículo 6° del Convenio 169 de 1989 de la OIT hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto».* No obstante, *«a pesar de lo anteriormente expuesto, la obligación del Estado de realizar consulta previa a las comunidades indígenas es improcedente para efectos de la expedición de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo».*

Para sustentar esta afirmación, el interviniente señala algunas características de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, así:

«No obstante [que] la ley del Plan Nacional de Desarrollo (PND) no pertenece a una categoría especial de tipología legislativa, la Constitución Política determinó que se trata de una ley que tendrá prelación sobre las demás.

Es una ley que define y determina la acción estatal en general y por lo tanto el contenido del PND, no está dirigido a un grupo de sujetos determinados como destinatarios o para efectos de alguna situación particular, es la máxima expresión de la planificación estatal unitaria y nacional. (...).

El contenido de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo está determinado por el artículo 339 de la Constitución Política de 1991. Dicho artículo establece que el PND contendrá una parte general, y una parte especial, denominada el Plan Nacional de Inversiones (PNI).

El PNI contiene una proyección de los recursos financieros de la Nación y su distribución plurianual a través de programas y proyectos de inversión que deben desarrollar aquellas políticas, metas y objetivos consignados en la parte general.

A su turno, el artículo 341 constitucional, define el procedimiento y oportunidad para la elaboración, formulación y expedición de esta ley.

Para efectos de la demanda planteada por el señor Piñacué, resulta de capital importancia el artículo 340, en el cual se crea el Sistema Nacional de Planeación, conformado por el Consejo Nacional de Planeación y los Consejos Territoriales de Planeación.

Frente al Consejo Nacional de Planeación, se tiene que el mismo se concibe como el foro para la discusión del Plan Nacional de Desarrollo.

Como se ve, el constituyente de 1991, concibió el Plan Nacional de Desarrollo como el principal elemento en la articulación de la política nacional en el mediano y largo plazo, bajo el entendido de que se trata de una herramienta económica para lograr el desarrollo de todos los colombianos, y como tal, previó mecanismos de concertación y de socialización con toda la comunidad afectada, es decir, todos los ciudadanos a través de sus representantes en todas las instancias del Sistema Nacional de Planeación (niveles nacional y local).

Bajo estas consideraciones, resulta equivocado afirmar, como lo considera el actor, que la ley del Plan Nacional de Desarrollo afecta particularmente a los pueblos indígenas, puesto que incide en toda la comunidad, puesto que todos los ciudadanos, sin ninguna clase de distinción, somos los beneficiarios de la acción estatal contenida en este instrumento de planificación económica».

En este orden de ideas, el interviniente explica que para materializar la intención del Constituyente, fueron creados mecanismos de concertación y de socialización en el proceso de elaboración, formulación y expedición de la Ley del Plan Nacional de

Desarrollo. Específicamente se refiere al Sistema Nacional de Planeación, creado «*con el fin de organizar los espacios de discusión del contenido del Plan Nacional de Desarrollo. El objetivo e importancia de estos espacios de discusión responde y radica, precisamente, en la necesidad de discutir y presentar a los destinatarios sus propuestas de Plan Nacional de Desarrollo, para que una vez surtido ese importante paso, se ponga en consideración del Congreso de la República*». Indica que dentro del Sistema, se destaca el Consejo Nacional de Planeación como «*la principal instancia de participación democrática dentro de este complejo proceso de formulación de políticas y del proceso de planificación en Colombia*», y continúa su explicación así:

«La Constitución fue tan celosa en estos aspectos, que solamente, una vez que se haya agotado la etapa de concertación con las comunidades, a través del Consejo Nacional de Planeación, el Gobierno Nacional, por intermedio del Ministro de Hacienda y Crédito Público, puede radicar en el Congreso de la República el proyecto de ley // Esta consulta previa que el Gobierno debe hacer en relación con la propuesta del Plan Nacional de Desarrollo antes de presentarla ante el Legislador, responde a los parámetros de participación democrática que enmarcan el proceso de planeación en Colombia y que antes que contradecir, acompañan los objetivos que busca el artículo 6 del Convenio 169 de 1989 de la OIT. (...) Como vemos, el Consejo Nacional de Planeación, es el escenario ideado por el Constituyente para debatir y analizar las propuestas que el Gobierno Nacional quiere desarrollar en el Plan Nacional de Desarrollo, y en el cual tienen asiento representantes de todas las individualidades de que se compone la sociedad civil, que en últimas es la destinataria de las disposiciones del PND».

Para resaltar el carácter participativo del proceso de expedición de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, el actor cita varias sentencias de la Corte Constitucional, entre ellas las C-015 de 1996, C-191 de 1996 y C-478 de 1992.

El interviniente subraya que en el Consejo Nacional de Planeación tienen asiento los representantes de las comunidades indígenas, tanto en el grupo de representantes de las entidades territoriales (1 representante), como en el de los representantes de los distintos sectores nacionales (1 representante). Asimismo informa que «*como es natural, y ha venido sucediendo en las discusiones de los PND, las organizaciones indígenas se pronunciaron respecto de algunas de las propuestas consignadas en el Plan Nacional de Desarrollo*»; y que en relación específica con el procedimiento previo a la expedición de la Ley 1151 de 2007, al interior del Consejo Nacional de Planeación, los indígenas formularon las siguientes observaciones: «*Frente al capítulo de grupos étnicos y relaciones interculturales: 15 de las 78 recomendaciones estaban directamente relacionadas con el tema indígena, las cuales se estudiaron. Estas 15 fueron estudiadas y sobre algunas de ellas se consideró que estaban dentro del texto y sobre otras se consideró pertinente incluirlas dentro de la propuesta, tal como se hizo*». De allí concluye que «*el proceso de consulta, concertación, participación democrática, etc., queda a salvo, en virtud de la Constitución Política, con los procedimientos de concertación y consulta previstos en los artículos 339 y siguientes, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley Orgánica 152 de 1994*».

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El señor Procurador General de la Nación, mediante Concepto No. 4447, solicitó a la Corte que se declare inhibida para decidir de fondo sobre la demanda de la referencia, por considerar que el actor no ha formulado cargos específicos contra la norma acusada.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241-4 la Corte Constitucional es competente para conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra normas de rango legal, como las que se acusan en la demanda que se estudia.

2. Problemas jurídicos

En virtud del bloque de constitucionalidad, ¿debe el Gobierno Nacional someter el proyecto de ley del Plan Nacional de Desarrollo a consulta previa con los pueblos indígenas, y el incumplimiento de este deber tiene como consecuencia la inconstitucionalidad de toda la Ley 1151 de 2007?

3. Precisión preliminar: necesidad de adoptar una decisión de fondo por haberse formulado cargos específicos contra la totalidad de la ley

La Corte considera que la demanda de la referencia sí cumple con el requisito de especificidad predicable de los cargos de inconstitucionalidad, en la medida en que en ella se enuncia la razón concreta por la que se considera que la Ley 1151 de 2007 viola la Carta Política, a saber, la omisión del deber estatal de consulta previa a los grupos indígenas afectados directamente por ella.

Ahora bien, el hecho de que no se señalen en forma específica y taxativa los apartes concretos de la ley que debieron haber sido objeto de consulta previa, no constituye una razón suficiente para concluir que el cargo bajo estudio no es específico. En efecto, observa la Sala que el demandante considera que la Ley del Plan Nacional de Desarrollo es un *conjunto integral*, que establece una relación inescindible entre la parte general y cada uno de los proyectos, programas, etc.; y es con base en tal carácter sistemático e inescindible de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo que se fundamentan varias de las razones de inconstitucionalidad invocadas en la demanda, estableciendo así un vínculo claro entre los preceptos generales y los proyectos y programas específicos incluidos en el instrumento legislativo objeto de demanda. En consecuencia, el demandante al considerar que no se puede escindir el elemento general del elemento específico dentro de la ley del plan, y para preservar la integridad de sus propios argumentos de inconstitucional, solicita la inconstitucionalidad de toda la ley. Explica el demandante en este sentido:

«La primera parte del Plan de Desarrollo contiene las políticas económicas, sociales y ambientales que deben guiar la acción estatal. Una segunda parte comprende el Plan Nacional de Inversiones, en el cual se establecen los principales programas y proyectos de inversión que se espera ejecutar, en desarrollo de las políticas previstas en la parte general. // La segunda

parte, el Plan Nacional de Inversiones, constituye la materialización de dichas políticas, a través de los programas y proyectos de inversión. Así mismo, los mecanismos incluidos en el articulado del Plan Nacional de Inversiones, permiten la efectiva ejecución de tales programas y proyectos y, por lo tanto, constituyen parte fundamental de la Ley del Plan de Desarrollo.

(...) La ley por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010 es una ley integral, y por tanto es ella en su integridad la que debe ser revisada por tachas de inconstitucionalidad, y no un artículo específico.»

En criterio de la Corte, teniendo siempre en cuenta el carácter sistemático de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo que se refleja en la demanda y la formulación de las razones de inconstitucionalidad allí planteadas, el cargo sí es específico contra la ley acusada. En consecuencia, se ha activado el mecanismo de control abstracto de constitucionalidad establecido en la Carta Política, por lo cual la Corte Constitucional debe pronunciarse de fondo sobre el cargo formulado contra toda la Ley del Plan Nacional de Desarrollo.

4. El deber de realizar consulta previa a los pueblos indígenas respecto de las medidas que les puedan afectar directamente

4.1. En la Sentencia C-030 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), la Corte Constitucional realizó un recuento detallado de las disposiciones constitucionales e internacionales en las que se sustenta la obligación de realizar consulta previa a los pueblos indígenas, así como de la jurisprudencia de esta Corporación en la cual se ha precisado el contenido de dicha obligación. La Corte concluyó que el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas no se había respetado respecto de la llamada Ley Forestal y la declaró, entonces, integralmente inexecutable.¹ Por ser directamente aplicable a la resolución del problema jurídico planteado en el presente proceso, la Corte reitera en su integridad la doctrina constitucional plasmada en la referida Sentencia C-030/08, la cual se sintetiza en las reglas siguientes:

4.1.1. La Carta Política otorga especial protección al derecho de participación de los pueblos indígenas del país en las decisiones que los afectan, en virtud de la definición de Colombia como República democrática, participativa y pluralista (C.P. art. 1), y del reconocimiento de la diversidad cultural como valor constitucional y fundamento de la nacionalidad colombiana (C.P. arts. 7 y 70). Esta especial protección «se traduce en el deber de adelantar procesos de consulta con las comunidades indígenas y tribales para la adopción y la ejecución de decisiones que puedan afectarles», procesos de consulta que constituyen una forma de participación democrática específicamente regulado 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, que forma parte del bloque de constitucionalidad.

¹ La Corte dispuso en la parte resolutive de esta providencia: «Declarar **INEXEQUIBLE** la Ley 1021 de 2006 'Por la cual se expide la Ley General Forestal'.»

4.1.2. Las obligaciones internacionales adquiridas por Colombia en virtud del Convenio 169 de la OIT deben interpretarse en consonancia con lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del mismo, los cuales «enfatan en la necesidad de que, para la aplicación de las disposiciones del Convenio, se asegure la participación de las comunidades, se establezcan mecanismos adecuados de consulta, se adelanten procesos de cooperación y se respete, en todo caso, el derecho de estos pueblos a ‘... decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural’.² (...) El Convenio en distintos apartes 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».

4.1.3. A su turno, la Corte resaltó lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio, que resulta directamente aplicable al tema de la realización de consultas previas:

«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.»

Se explicó en la Sentencia C-030/08 que esta disposición internacional contiene distintos elementos constitutivos que deben diferenciarse claramente: *«Cabe distinguir en la anterior disposición dos dimensiones del derecho de participación de los pueblos indígenas y tribales: Por un lado, 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*

² Convenio 169, artículo 7.

programas que les conciernan; y, por otro, el deber de consulta previsto en el literal a) en relación con las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos.»

Con base en esta precisión hermenéutica, la Corte diferenció dos niveles distintos de afectación de los pueblos indígenas que activan distintas obligaciones internacionales del Estado colombiano: *«De este modo, cuando se adopten medidas en aplicación del convenio, cabe distinguir dos niveles de afectación de los pueblos indígenas y tribales: el que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les conciernan, evento en el que debe hacerse efectivo un derecho general de participación, y el que corresponde a las medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente, caso para el cual se ha previsto un deber de consulta.»*

4.1.4. Con relación al contenido del derecho general a la participación de los grupos étnicos respecto de las políticas y programas que de alguna manera les conciernan, se explicó en detalle:

«4.2.1. En cuanto tiene que ver con el 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.

En Colombia, ese compromiso encuentra desarrollo, en primer lugar, en el hecho de que, en el ámbito de la democracia participativa previsto en el artículo 1º de la Constitución, y del mandato general contenido en el artículo 2º, conforme al cual debe promoverse la participación de todos en los asuntos que los afecten, se consagra en el artículo 13 una garantía general de igualdad que proscribire toda forma de discriminación y contempla la obligación de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptar medidas a favor de grupos discriminados y marginados. De este modo, todos los colombianos, incluidos los pueblos indígenas y tribales, en igualdad de condiciones, tienen derecho, a tenor de lo dispuesto en el artículo 40 de la Carta, a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y tienen a su disposición los instrumentos de participación que se han previsto en el artículo 103 del mismo ordenamiento, no sólo los que corresponden a los mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía—el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato— sino también los que surgen de la posibilidad, prevista en el inciso segundo del artículo 103, de articularse libremente, con el apoyo del Estado, para la promoción de sus intereses, en asociaciones que tengan por objeto constituir mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan.

Adicionalmente, tal como se puso de presente en la Sentencia SU-383 de 2003, el ordenamiento constitucional ha abierto a las comunidades indígenas espacios concretos de participación, además de los establecidos para todos los colombianos, como los que resultan de la previsión conforme a la cual aquellas pueden elegir dos senadores en circunscripción nacional; o de la disposición a cuyo tenor la ley puede establecer una circunscripción especial para asegurar la participación de los grupos étnicos en la Cámara de Representantes³; o de la decisión de erigir los territorios indígenas como entidades territoriales⁴, que estarán gobernadas por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades, y con funciones muy amplias en ámbitos tales como la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios, el diseño de las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo, la colaboración con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional o la representación de los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; o de la consagración del derecho de estos pueblos a ejercer funciones jurisdiccionales en sus territorios de conformidad con sus normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República.

De manera específica ese derecho general de participación se manifiesta, en el ámbito de las medidas legislativas que conciernan a los pueblos indígenas, y tribales, (1) en la posibilidad que sus integrantes tienen de concurrir, en igualdad de condiciones con todos los colombianos, en la elección de sus representantes en las corporaciones de elección popular; (2) en el hecho de que, en desarrollo del carácter público del proceso legislativo, pueden conocer las iniciativas en trámite, promover discusiones, remitir conceptos, solicitar audiencias⁵ y, (3) en las previsiones constitucionales sobre la circunscripción especial indígena, porque si bien quienes allí resulten elegidos no representan formalmente a las distintas comunidades indígenas, sí son voceros, de manera amplia, de su particular cosmovisión y pueden constituir efectivos canales de comunicación entre las células legislativas y las autoridades representativas de las comunidades indígenas y tribales.

Tratándose de medidas generales que de alguna manera conciernan a estas comunidades, este es el escenario apropiado de participación, sin perjuicio

³ Sentencia C-169 de 2001.

⁴ C.P. art. 329.

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

de la mayor o menor actividad que puedan desplegar, a través de sus distintas organizaciones, en la discusión pública de los asuntos que sean objeto de consideración en el Congreso de la República y de la gestión que dichas organizaciones puedan adelantar ante las diferentes instancias administrativas y legislativas.»

4.1.5. En relación con el derecho de los grupos étnicos a la realización de la consulta previa en relación con las medidas susceptibles de afectarles directamente, la Corte realizó las siguientes precisiones:

«En relación con el deber de consulta de las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, la Corte ha dicho que el mismo es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura⁶ y que, cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación.⁷

4.2.2.2. Con base en el anterior recuento jurisprudencial, encuentra la Corte que es necesario avanzar en la precisión en torno al alcance y al contenido del deber de consulta previsto en el literal a) del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, particularmente en cuanto tiene que ver con la consulta de las medidas legislativas que sean susceptibles de afectar directamente a las comunidades indígenas, aún cuando no estén circunscritas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios (CP art. 330) o a la delimitación de esos mismos territorios (CP art. 229). En esta materia es preciso, entonces, establecer tres aspectos: (1) ¿Cuándo resulta obligatoria, de acuerdo con el literal a) del Convenio 169 de la OIT, la consulta previa de una medida legislativa? (2) ¿En qué condiciones de tiempo, modo y lugar debe producirse esa consulta? y (3) ¿Cuál es la consecuencia jurídica de la omisión frente al deber de consulta?

4.2.2.2.1. En primer lugar, tratándose específicamente de medidas legislativas, es claro que el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente, evento en el cual, a la luz de lo expresado por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, la consulta contemplada en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT deberá surtirse en los términos previstos en la Constitución y en la ley.

No cabe duda de que las leyes, en general, producen una afectación sobre todos sus destinatarios. De esta manera una ley, en cualquier ámbito, aplicable a la generalidad de los colombianos, afecta a los miembros de las

⁶ Sentencia C-208 de 2007.

⁷ Ibid.

comunidades indígenas y tribales que tengan la calidad de nacionales colombianos, sin que en dicho evento pueda predicarse que, en aplicación del literal a) del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, resulte imperativa una consulta previa a dichas comunidades como condición para que el correspondiente proyecto de ley pueda tramitarse válidamente. Sostener lo contrario equivaldría a afirmar que una parte muy significativa de la legislación debería ser sometida a un proceso específico de consulta previa con las comunidades indígenas y tribales, puesto que las leyes que de manera general afectan a todos los colombianos, unas en mayor medida que otras, afectan a las comunidades indígenas, en virtud a que sus integrantes, como colombianos que son, se encuentran entre sus destinatarios, lo cual desborda el alcance del Convenio 169.

...Es claro, por otra parte, que lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas 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. Este criterio surge no solo de la calidad de directa que se predica de la afectación que produzca una medida legislativa para que sea imperativa la consulta, sino también del hecho de la misma procede cuando se trate de aplicar las disposiciones del Convenio. No obstante que, por la amplitud del objeto del Convenio, cabría decir que en su artículo 6° se establece un deber general de consulta de todas las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, este enunciado fija una pauta interpretativa sobre el alcance de ese deber de consulta, del cual, en principio, se sustraen las medidas que no se inscriban en el ámbito de aplicación del convenio. De este modo, si bien uno de los aspectos centrales del convenio tiene que ver con la promoción de la participación de los pueblos indígenas y tribales ante todas las instancias en donde se adopten medidas que les conciernan, no puede perderse de vista que el propio convenio contempla distintas modalidades de participación y ha dejado un margen amplio para que sean los propios Estados los que definan la manera de hacerlas efectivas. Así, aunque cabe señalar la conveniencia de que existan los niveles más altos de participación y que es deseable que la adopción de medidas administrativas y legislativas esté precedida de procesos amplios y efectivos de consulta con los interesados, el alcance vinculante del deber de consulta previsto en el Convenio es más restringido y se circunscribe a las medidas que se adopten para la aplicación de las disposiciones del mismo, esto es, medidas que de manera específica afecten a los pueblos indígenas y tribales.

...Así puede señalarse que no toda medida legislativa que de alguna manera concierna 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 este modo, por ejemplo, cuando se vaya a regular a través de una ley la manera cómo se hará la explotación de yacimientos petroleros ubicados en territorios indígenas, sería imperativa la consulta con los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados, porque hay una afectación directa que impone al Estado aplicar para el efecto las disposiciones del convenio.

Pero cuando de lo que se trata es de adoptar el marco general de la política petrolera del Estado no hay una afectación directa de las comunidades indígenas o tribales, ni la medida se inscribe en el ámbito de aplicación del convenio, porque no está orientada a regular de manera específica la situación de esos pueblos, y lo que cabe es aplicar la previsión del literal b) del artículo 6º conforme a la cual debe garantizarse la participación de las comunidades interesadas en igualdad de condiciones, a menos que, en el texto de la ley se incorporasen medidas específicamente dirigidas a la explotación del recursos en los territorios de esas comunidades, o que se pudiese establecer una omisión legislativa por la falta de una previsión específica.

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

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

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

4.1.6. Ahora bien, en cuanto a los requisitos de tiempo, modo y lugar que debe cumplir la realización de la consulta, y específicamente de la consulta de medidas legislativas como la que se estudia, la Corte señaló:

«(...) al margen de los criterios generales que puedan decantarse en torno a la manera como debe surtirse la consulta para que pueda entenderse

cumplido el compromiso derivado del Convenio 169 y que resulte satisfactorio con el derecho de participación previsto en la Carta, observa la Corte que son varios los interrogantes que pueden plantearse en relación, específicamente, con el deber de consulta frente a medidas legislativas.

En primer lugar debe precisarse el momento en el que debe hacerse la consulta y la autoridad responsable de llevarla a cabo. El convenio establece una obligación para los gobiernos, pero cabría preguntar si, en un sentido más amplio, dicha obligación puede hacerse extensiva a otros escenarios, particularmente, cuando, como en el caso de las medidas legislativas, es otra la instancia del Estado encargada de adoptarlas.

De este modo, podría decirse que el Gobierno tiene el deber de promover la consulta cuando se trate de proyectos de ley que sean de su iniciativa. Pero ¿qué ocurre cuando, en desarrollo de la iniciativa que les confiere la Constitución, otros sujetos de los previstos en el artículo 155 de la Constitución, distintos del gobierno, deciden presentar a consideración de las cámaras legislativas proyectos de ley cuyo contenido sea susceptible de afectar de manera directa a las comunidades indígenas y tribales?

Parecería necesario que, en tal caso, el gobierno, tan pronto advierta que cursa un proyecto de ley en relación con el cual debe darse el proceso de consulta, acuda a las instancias que para ese efecto se hayan previsto en la legislación, como la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas creada por el Decreto 1397 de 1996, o a otras que se estimen pertinentes, para definir en ese escenario, cuáles serían las instancias y los mecanismos de consulta más adecuados.

En la Sentencia C-891 de 2002 la Corte fijó unas pautas para la consulta que debe realizarse en relación con los proyectos de iniciativa gubernamental, y al efecto señaló, en primer lugar que «[n]o es contrario a la Constitución que una entidad gubernamental elabore de manera autónoma un proyecto de ley sobre un asunto que milita en el ámbito de sus competencias, aún siendo del interés de los pueblos indígenas, pues tal actividad hace parte del ejercicio de sus funciones», pero que, sin embargo «... es claro que, en ese caso, la entidad debe brindarle a las comunidades, en un momento previo a la radicación del proyecto en el Congreso de la República, las debidas oportunidades para que ellas no sólo conozcan a fondo el proyecto sino, sobre todo, para que puedan participar activamente e intervenir en su modificación, si es preciso».

Expresó la Corte que ese proceso de consulta puede entenderse cumplido cuando exista evidencia de que antes de radicar el proyecto de ley en el Congreso de la República, sus texto se haya divulgado entre las comunidades interesadas, se haya avanzado en la ilustración de tales comunidades sobre su alcance, y se hayan abierto los escenarios de discusión que sean apropiados.

En esa oportunidad la Corte advirtió, por un lado, que el escenario previo a la radicación del proyecto no es el único espacio deliberativo en el que los pueblos indígenas pueden participar durante el proceso tendiente a la

expedición de normas que los afectan, toda vez que en el Congreso de la República dicho proceso participativo no se interrumpe, sino que, por el contrario, allí los pueblos indígenas cuentan con un espacio de discusión y participación en el marco de un Estado democrático, en el que pueden canalizar sus propuestas a través de los congresistas elegidos, y, por otro, que «... la consulta previa a la ley, es adicional a la participación que se les debe dar a los pueblos indígenas a partir de su entrada en vigencia, esto es, con posterioridad a la expedición de la respectiva ley; destacándose el especial cuidado que deben observar las autoridades que tienen a su cargo el desarrollo administrativo de la misma, particularmente en lo tocante a la adopción de las medidas administrativas susceptibles de afectar directamente los intereses de tales pueblos.»⁸

4.1.7. Finalmente, en cuanto a la consecuencia jurídica de la omisión del deber de consulta, la Corte afirmó:

«Podría señalarse, en primer lugar, que tal como se dijo por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, en esta materia existe un compromiso internacional muy amplio del Estado colombiano, cuyo desconocimiento generaría una situación de incumplimiento susceptible de evaluación y control a través de las correspondientes instancias internacionales.

Sin embargo en la medida en que, como se ha dicho por la jurisprudencia constitucional, las normas sobre el deber de consulta del Convenio 169 de la OIT se integran a la Constitución y que, específicamente, el deber de consulta allí previsto 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 casos en los que la misma resulte imperativa a la luz del convenio, tiene consecuencias inmediatas en el ordenamiento interno.

En primer lugar, ha sido reiterado por la jurisprudencia que ese derecho a la consulta es susceptible del amparo constitucional, vía a través de la cual 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.

Tratándose de medidas legislativas, la situación puede tornarse compleja, porque como se señaló en precedencia, el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad frente a la omisión de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, comporta la verificación en torno a un procedimiento, cuya ausencia, sin embargo, se proyecta sobre la materialidad misma de la ley.

En ese evento, sería posible, en determinadas circunstancias, encontrar que la ley como tal es inconstitucional, pero también cabe que, en una ley que de manera general concierne a los pueblos indígenas y tribales, y que los afecta directamente, la omisión de la consulta se resuelva en una decisión

⁸ Sentencia C-891 de 2002.

que excluya a tales comunidades del ámbito de aplicación de la ley; o puede ocurrir que, en un evento de esa naturaleza, lo que se establezca es la presencia de una omisión legislativa, de tal manera que la ley, como tal, se conserve en el ordenamiento, pero que se adopten las medidas necesarias para subsanar la omisión legislativa derivada de la falta de previsión de medidas específicamente orientadas a las comunidades indígenas y tribales. Si la ley no tiene esas previsiones específicas, habría un vacío legislativo, derivado de la necesidad de que, en una materia que si bien afecta a todos, lo hace con los indígenas en ámbitos propios de su identidad, contemple previsiones especiales y que las mismas sean previamente consultadas. En ese caso, en la medida en que la ley general estuviese llamada a aplicarse a los indígenas, se decretaría una omisión legislativa por ausencia de normas específicas y previamente consultadas.»

4.2. La anterior doctrina constitucional constituye un marco de referencia suficiente para resolver los problemas jurídicos planteados en la presente oportunidad, teniendo en cuenta las precisiones subsiguientes sobre los titulares del derecho a la consulta previa, los requisitos que ésta debe cumplir, y la especial naturaleza de la ley del Plan Nacional de Desarrollo frente al deber estatal de realizar la consulta previa a los grupos étnicos.

4.3. Es importante precisar en esta oportunidad que los grupos étnicos titulares del derecho a la consulta previa cobijan, en Colombia, tanto a los grupos indígenas como a las comunidades afrodescendientes constituidas como tal bajo el régimen legal que les es propio. Las comunidades negras son grupos étnicos titulares de los derechos constitucionales fundamentales a la propiedad colectiva de sus territorios ancestrales, al uso, conservación y administración de sus recursos naturales, y a la realización de la consulta previa en caso de medidas que les afecten directa y específicamente.⁹ En este sentido es pertinente reiterar en su integridad lo explicado

⁹ En términos de la Corte, «Está claro, que los pueblos que han venido ocupando las zonas rurales ribereñas de la Cuenca del Pacífico tienen derecho a la delimitación de su territorio, y que esta comporta el derecho de las comunidades negras a utilizar, conservar y administrar sus recursos naturales, no sólo porque las previsiones del Convenio 169 de la OIT, a las que se ha hecho referencia, así lo indican, sino porque el artículo 55 Transitorio de la Carta reconoce en estos pueblos, de antemano, la conciencia de identidad tribal, criterio fundamental, aunque no único, para que opere dicho reconocimiento, en los términos del artículo 1° del instrumento internacional. (...) Que el derecho de las comunidades negras sobre su territorio colectivo se funda en la Carta Política y en el Convenio 169 de la OIT, sin perjuicio de la delimitación de sus tierras a que se refiere la Ley 70 de 1993, en cuanto ésta resulta definitiva e indispensable para que dichas comunidades puedan ejercer las acciones civiles a que da lugar el reconocimiento constitucional. // Y que el derecho de propiedad colectiva en comento comprende, y siempre comprendió la facultad de las comunidades negras de usar, gozar y disponer de los recursos naturales renovables existentes en sus territorios, con criterios de sustentabilidad, y de acuerdo con las limitaciones legales (...). Al parecer de la Sala las previsiones anteriores regulan en forma puntual el derecho de propiedad colectiva de las comunidades negras, a las tierras que tradicionalmente ocupan, reconocido inicialmente en la Ley 31 de 1967 y refrendado por el Convenio 169 de la OIT y el artículo 55 T. de la Carta, de tal manera que son éstas las únicas propietarias de la flora existente en sus territorios, y quienes pueden extraer y aprovechar los productos de sus bosques.» Corte Constitucional, Sentencia T-955 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, en relación con el carácter de etnias que tienen tales comunidades:

«3.2.2. *Las comunidades negras como grupos étnicos.*

[Las comunidades afrodescendientes son] un sector importante de la población colombiana que, en sucesivas oportunidades, ha sido reconocido por el legislador como un grupo étnico especial. En efecto, tanto la Ley 70 de 1993 (que desarrolla el artículo Transitorio 55 de la Carta), como la Ley 99 del mismo año (sobre protección del medio ambiente), así como la Ley 199 de 1995 (que organiza el Ministerio del Interior), parten de tal reconocimiento para otorgar una serie de derechos a las mencionadas colectividades, definidas en el artículo 2-5 de la Ley 70/93 como «el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen (sic) de otros grupos étnicos.»

Este reconocimiento genera, como consecuencia inmediata, el que las comunidades negras adquieran la titularidad de derechos colectivos similares a los de las comunidades indígenas, con las diferencias impuestas por sus especificidades culturales y su régimen legal propio. Lo que es más importante, se hacen acreedores a los derechos que consagra el Convenio 169 de la OIT, cuyo artículo 1 reza:

«1. El presente Convenio se aplica:

a) a los pueblos tribales en países independientes cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.»

(...) Es así como, en síntesis, la norma internacional en comento hace referencia a dos requisitos que deben concurrir a la hora de establecer quiénes se pueden considerar como sus beneficiarios: (i) Un elemento «objetivo», a saber, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, y (ii) un elemento «subjetivo», esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión.

De la definición legal que consagra el artículo 2-5 de la Ley 70/93, se desprende que las comunidades negras cumplen con esta doble condición, y por ende se ubican bajo el supuesto normativo del Convenio mencionado. Esta definición, así como el establecimiento de un régimen especial de protección de la cultura e identidad de tales comunidades, constituyen tan sólo el reconocimiento jurídico de un proceso social que ha cobrado fuerza en años recientes, y que es ampliamente observable en varias regiones del país, a saber, la consolidación de un grupo poblacional que se autodenomina «negro», a partir de distintos tipos de organizaciones locales que, partiendo de la base de unas condiciones compartidas de existencia y de una creciente identidad colectiva, han resuelto darse a la tarea de promover mancomunadamente la defensa de sus intereses, históricamente desconocidos, cuando no vulnerados frontalmente, por la sociedad mayoritaria. Se trata, así, de un actor social emergente, no en el sentido de ser un fenómeno exclusivo de esta época -puesto que las comunidades negras se comenzaron a configurar desde los primeros tiempos de la esclavitud en nuestro país, cuando se establecieron los «palenques», pueblos de esclavos fugitivos o «cimarrones», y se sentaron las bases para lo que hoy aparece como una cultura propia-, sino en cuanto se trata de un grupo que sólo en las últimas décadas ha podido asumir la tarea de organizarse más allá del ámbito local o regional. En ese orden de ideas, el reconocimiento de estas comunidades, a nivel nacional, en tanto «grupo étnico», es un presupuesto indispensable para su adecuada inserción en la vida política y económica del país. Por esa misma razón, su doble representación en la Cámara de Representantes, es una medida de diferenciación que halla una sólida razón de ser en sus condiciones materiales de existencia, respetando así el artículo 13 de la Carta, y las disposiciones pertinentes del Convenio 169 de la OIT.

Debe anotarse, eso sí, que el reconocimiento de derechos especiales a las comunidades negras no se hace en función de su «raza», puesto que ello implicaría presuponer que, en un país con un grado tan alto de mestizaje como lo es Colombia, existen aún «razas puras», lo cual es a todas luces inaceptable, y llevaría a efectuar futuras distinciones (odiosas) entre quiénes se deben considerar de «raza negra» y quiénes no, para efectos de acceder a los beneficios que otorga esta ley; con ello, se retrotraería al Estado colombiano a la época de las grandes clasificaciones coloniales basadas en los distintos grados de mezcla de sangres, que sustentaban un verdadero sistema de castas excluyentes, algo frontalmente incompatible con una democracia constitucional. Lo que es más, no sólo es un hecho reconocido que la categoría «raza» ha sido fundamentalmente revaluada por las ciencias sociales, sino que una clasificación semejante de los ciudadanos colombianos no podría ser objeto de una circunscripción electoral como la que se examina, ya que el artículo 176 de la Carta sólo hace referencia a grupos étnicos, y no a grupos «raciales». Por ese motivo, debe quedar claro que los derechos colectivos de las comunidades negras en Colombia son una función de su status en tanto grupo étnico, portador de una identidad

propia que es digna de ser protegida y realizada, y no del color de la piel de sus integrantes.

Por último, es conveniente puntualizar que, para los efectos del proyecto bajo revisión, el término «comunidades negras», como lo indica el artículo 1 de la Ley 70 de 1993 en consonancia con el artículo Transitorio 55 de la Constitución, se refiere tanto a aquellas que habitan en la Cuenca del Pacífico colombiano, como a las que estén ubicadas en otros puntos del territorio nacional y cumplan con los dos elementos reseñados. Asimismo, a falta de una mención expresa, se deben entender incluidas dentro de las dichas «comunidades negras», para todo lo relacionado con la circunscripción especial que se estudia, a las agrupaciones raizales del Archipiélago de San Andrés y Providencia, las cuales no sólo comparten con las primeras un origen histórico común en las raíces africanas que fueron transplantadas a América, sino que han sido reconocidas por esta corporación, en consonancia con el artículo 310 de la Carta, como un grupo étnico titular de derechos especiales (cfr. sentencias C-530/93, T-174/98 y C-1022/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero); por lo mismo, no pueden ser razonablemente excluidas de la participación en la Cámara de Representantes por esta circunscripción.»¹⁰

5. La especial naturaleza de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo y de su proceso de formación frente al deber de realización de consulta previa

5.1. La ley contentiva del Plan Nacional de Desarrollo, por mandato del artículo 339 de la Constitución, está conformada por dos partes distintas, una general, y un plan de inversiones de las entidades públicas nacionales. En efecto, dispone el artículo 339 Superior:

«Habrá un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el gobierno. El plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución.»

5.2. De esta manera, para efectos de determinar si resulta obligatorio o no realizar consulta previa con los grupos étnicos respecto de la ley contentiva del Plan Nacional de Desarrollo, es necesario tener en cuenta que su contenido tiene niveles distintos de generalidad, y que específicamente en la parte constitutiva del Plan Nacional de Inversiones Públicas, ha de examinarse cada uno de los programas, proyectos y presupuestos plurianuales que lo conforman, para efectos de establecer si tal programa, proyecto o presupuesto plurianual tendrá una incidencia directa y

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-169 de 2001 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

específica sobre los grupos indígenas o las comunidades afrodescendientes del país, de conformidad con los criterios trazados en la Sentencia C-030 de 2008 y reiterados en la presente providencia – es decir, si cada programa, proyecto o presupuesto plurianual individualmente considerado constituye una de las medidas «*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*».

5.3. Ahora bien, la Corte debe hacer especial referencia al proceso de formación de la ley del Plan Nacional de Desarrollo establecido en el artículo 340 Superior, dado que algunos de los intervinientes han defendido su constitucionalidad invocando la existencia y funciones del Consejo Nacional de Planeación, en el cual se encuentran representados –entre otros– los grupos indígenas del país.

Disponen los artículos 340 y 341 de la Constitución:

Artículo 340. *Habrá un Consejo Nacional de Planeación integrado por representantes de las entidades territoriales y de los sectores económicos, sociales, ecológicos, comunitarios y culturales. El Consejo tendrá carácter consultivo y servirá de foro para la discusión del Plan Nacional de Desarrollo.*

Los miembros del Consejo Nacional serán designados por el Presidente de la República de listas que le presenten las autoridades y las organizaciones de las entidades y sectores a que se refiere el inciso anterior, quienes deberán estar o haber estado vinculados a dichas actividades. Su período será de ocho años y cada cuatro se renovará parcialmente en la forma que establezca la ley.

En las entidades territoriales habrá también consejos de planeación, según lo determine la ley.

El Consejo Nacional y los consejos territoriales de planeación constituyen el Sistema Nacional de Planeación.

Artículo 341. *El Gobierno elaborará el Plan Nacional de Desarrollo con participación activa de las autoridades de planeación de las entidades territoriales y del Consejo Superior de la Judicatura y someterá el proyecto correspondiente al concepto del Consejo Nacional de Planeación: oída la opinión del Consejo procederá a efectuar las enmiendas que considere pertinentes y presentará el proyecto a consideración del Congreso, dentro de los seis meses siguientes a la iniciación del período presidencial respectivo. (...)*

Para la Corte, la existencia del Consejo Nacional de Planeación y su rol directo en la preparación del proyecto de Plan Nacional de Desarrollo cumplen una función trascendental dentro del proceso democrático de formulación de este instrumento, más aún teniendo en cuenta que los grupos indígenas se encuentran representados en dicho Consejo. Sin embargo, tal representación no suplente el deber estatal de llevar a cabo la consulta previa de los proyectos concretos incluidos en el Plan Nacional

de Desarrollo con los grupos étnicos potencialmente afectados por ellos en forma directa y específica; a este respecto es ilustrativo precisar la diferencia conceptual que existe, al interior del régimen democrático instaurado en la Constitución de 1991, entre los principios de *democracia representativa* y *democracia participativa*, que interactúan de diversas maneras en el orden constitucional sin llegar a confundirse – y una de cuyas interacciones se realiza precisamente en el ámbito de la elaboración y aprobación del Plan Nacional de Desarrollo y de los proyectos individuales contenidos en el Plan de Inversiones Públicas.

En efecto, en los regímenes democráticos existen diversos mecanismos para permitir que quienes se verán afectados por una determinada decisión o actuación puedan expresar y hacer valer sus posiciones y puntos de vista. Los dos mecanismos clásicos, entre la amplia gama de los existentes, son los de la *representación* y la *participación*. Por medio del primero, las personas afectadas eligen representantes para hablar por ellos en el ámbito de los organismos decisorios representativos, es decir, constituidos específicamente para permitir la interacción entre quienes toman las decisiones y los representantes elegidos colectivamente por las personas potencialmente afectadas. Por medio del segundo, los afectados se involucran directamente en la adopción de las decisiones, y ejercen su voz no para elegir a un representante que hablará por ellos, sino para participar directamente en la toma de la decisión. La distinción fue trazada con mayor detalle en la Sentencia T-637 de 2001,¹¹ así:

«3.1.3. Con la Constitución de 1991 se inició constitucionalmente el tránsito de la *democracia representativa a la participativa*. Esta nueva concepción de nuestra democracia implica un cambio trascendental del sistema político, cuya primera y más clara manifestación se encuentra en la manera como se comprende al ciudadano como tal. En la *democracia representativa liberal clásica*, se tenía una visión del ciudadano según la cual su papel se limitaba a elegir a quienes sí tenían el conocimiento y las capacidades suficientes para hacerse cargo de los asuntos del Estado. En palabras de Montesquieu: «El pueblo es admirable para elegir aquellos a quienes debe confiar una parte de su autoridad, pero ¿sabría conducir un asunto, conocer los lugares, las ocasiones, los momentos y aprovecharse de ellos? No, no lo sabrá. La gran ventaja de los representantes es que son capaces de discutir los asuntos. El pueblo en modo alguno lo es, lo que constituye uno de los graves inconvenientes de la democracia. El pueblo no debe entrar en el Gobierno más que para elegir a sus representantes, lo que está muy a su alcance».

En la democracia participativa, hay una concepción por completo contraria a la que expresa Montesquieu acerca del ciudadano y de su papel en la vida pública. En este sistema, en lugar de desconfiarse del ciudadano, éste goza de plena confianza, lo cual se manifiesta en el derecho que se le otorga de participar en los procesos decisorios públicos que habrán de afectarlo, pues se entiende que es el ciudadano quien en realidad sabe cuáles son sus necesidades y, en esa medida, cuáles las prioridades en la distribución de

¹¹ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

recursos escasos y, además, tiene mayor interés en obtener los resultados perseguidos.

3.1.4. El concepto de democracia participativa es más moderno y amplio que el de la democracia representativa. Abarca el traslado de los principios democráticos a esferas diferentes de la electoral, lo cual está expresamente plasmado en el artículo 2° de la Carta. Es una extensión del concepto de ciudadanía y un replanteamiento de su papel en una esfera pública que rebasa lo meramente electoral y estatal. El ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios que incidirán en el rumbo de su vida.

Esto se manifiesta en varios artículos de la Carta sobre participación en escenarios diferentes al electoral, a los cuales se hará referencia posteriormente. Pero aún en éste, el tradicional de la democracia liberal, los ciudadanos no votan sólo para elegir, sino también para decidir:

(...) El principio de participación democrática expresa no sólo un sistema de toma de decisiones, sino un modelo de comportamiento social y político, fundamentado en los principios del pluralismo, la tolerancia, la protección de los derechos y libertades así como en una gran responsabilidad de los ciudadanos en la definición del destino colectivo¹².»

En el ámbito específico del proceso de formulación del Plan Nacional de Desarrollo, observa la Corte que los principios de representación y participación se manifiestan en forma distinta, sin confundirse. Así, la existencia y funcionamiento del Consejo Nacional de Planeación, que incluye –entre los demás representantes– a voceros de los grupos étnicos del país, expresa en dicho ámbito una cierta versión del principio de representación. En efecto, los representantes indígenas allí incluidos no expresan la cosmovisión de cada una de las comunidades afectadas por cada proyecto individual incluido en el Plan de Inversiones Públicas. Por su parte, la obligación constitucional de llevar a cabo la consulta previa de tales proyectos individuales expresa el principio de democracia participativa –sensible a las particularidades, detalles y diversidad del caso concreto–, en la medida en que en tales proyectos de consulta, se permitirá que cada comunidad concreta afectada en forma diferencial, directa y específica por un proyecto en particular haga oír su posición y participe, así, en la adopción de las decisiones correspondientes.

Al ser, así, expresiones de distintos principios que subyacen al régimen democrático colombiano, no se deben confundir las instancias de representación y participación de los grupos étnicos en el proceso de formación de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo. La representación de los grupos indígenas en el Consejo Nacional de Planeación, que es una representación general de todas las etnias del país, no suplente el deber imperioso de realizar la consulta previa de los proyectos susceptibles de afectar concreta, directa y específicamente a grupos étnicos particulares, en la misma medida en que este deber no se suplente con la simple existencia de representantes o senadores indígenas y afrodescendientes en el Congreso de la República. Cada una de dichas instancias cumple un papel distinto dentro del sistema democrático establecido por el constituyente en 1991.

Lo anterior no excluye, por supuesto, el que cada comunidad indígena o afrodescendiente pueda elegir determinados representantes específicamente para la realización de los procesos de consulta previa; pero tales representantes no lo son para tomar parte en un órgano lejano que representa muchos otros intereses, sino para actuar como canales para comunicar la cosmovisión de los pueblos afectados por un determinado proyecto e incidir directamente sobre las decisiones que le conciernen.

5.4. Una lectura detenida de las distintas disposiciones contenidas en la Ley 1151 de 2007 revela que éstas prevén varios proyectos susceptibles de incidir de manera directa y específica sobre pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes que residen en las zonas donde estos habrán de ser ejecutados. En efecto, varios proyectos y programas incluidos dentro del Plan Nacional de Inversiones, o resaltados por su importancia dentro de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, incidirán directa y específicamente sobre distintos grupos del país –independientemente de si su impacto será benéfico o perjudicial, cuestión cuya determinación atañe a las comunidades étnicas –indígenas o afrodescendientes– potencialmente afectadas en ejercicio de su autonomía y sus derechos colectivos. Es claro para la Corte que, respecto de cada uno de estos proyectos individuales, sí existe una obligación estatal específica de realizar consulta previa, en su integridad y con pleno cumplimiento de los requisitos constitucionales precisados por la jurisprudencia constitucional, según lo sintetizado en el apartado siguiente.

6. Los requisitos de la consulta previa a cada comunidad étnica afectada directa y específicamente por un proyecto determinado

6.1. La determinación del remedio constitucional adecuado ante la falta de consulta previa.

6.1.1. El hecho de que se hayan incluido dentro de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo proyectos o programas susceptibles de afectar directa y específicamente a los grupos indígenas del país sin que se haya realizado la consulta previa del proyecto de ley, o de los proyectos de obra, antes de su inclusión en este instrumento legislativo, constituye un vicio a la luz de la doctrina constitucional reiterada en la presente providencia. Ahora bien, como se advirtió en la Sentencia C-030 de 2008, este vicio impide declarar exequible la ley y exige que la Corte Constitucional valore las implicaciones del mismo a la luz de varios elementos como (i) el contenido general de la ley y los contenidos específicos de la misma respecto de los pueblos indígenas, (ii) la finalidad de la ley y la relación que existe entre cada una de sus partes, (iii) la posibilidad de distinguir normas de la ley que sean separables del resto de la misma, y (iv) las decisiones u omisiones del legislador respecto de los derechos de los pueblos indígenas. Por lo tanto, del vicio pueden derivarse efectos distintos, como la declaratoria de inconstitucionalidad total o parcial de la ley, o un condicionamiento según la ponderación que haga la Corte. Se recuerda nuevamente, a este respecto, la doctrina plasmada en la sentencia C-030 de 2008, en virtud de la cual «*sería posible, en determinadas circunstancias, encontrar que la ley como tal es inconstitucional, pero también cabe que, en una ley que de manera general concierne a los pueblos indígenas y tribales, y que los afecta directamente, la omisión*

de la consulta se resuelva en una decisión que excluya a tales comunidades del ámbito de aplicación de la ley; o puede ocurrir que, en un evento de esa naturaleza, lo que se establezca es la presencia de una omisión legislativa, de tal manera que la ley, como tal, se conserve en el ordenamiento, pero que se adopten las medidas necesarias para subsanar la omisión legislativa derivada de la falta de previsión de medidas específicamente orientadas a las comunidades indígenas y tribales. Si la ley no tiene esas previsiones específicas, habría un vacío legislativo, derivado de la necesidad de que, en una materia que si bien afecta a todos, lo hace con los indígenas en ámbitos propios de su identidad, contemple previsiones especiales y que las mismas sean previamente consultadas. En ese caso, en la medida en que la ley general estuviese llamada a aplicarse a los indígenas, se decretaría una omisión legislativa por ausencia de normas específicas y previamente consultadas.»

La Corte considera que en este caso no es procedente declarar inexecutable como un todo la Ley 1151 de 2007, por cuanto (a) ésta contiene numerosas disposiciones diferentes, con distintos grados de generalidad, en relación con las cuales no existe un deber estatal de adelantar consulta previa con los grupos indígenas del país; (b) por ser separables de los artículos que conciernen directa y específicamente a los pueblos indígenas, y (c) por ser completamente ajenos a su ámbito de protección. Cualquier decisión adoptada por la Sala Plena en el presente proceso de constitucionalidad se circunscribirá a las disposiciones específicas contenidas en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo que puedan afectar en forma directa y específica a grupos indígenas o comunidades afrodescendientes de las zonas donde se habrán de implementar, tales como los distintos ejemplos antes citados.

También resalta la Corte que la Ley del Plan se ejecuta por sí misma, según el artículo 341 Superior.¹²

6.1.2. Ahora bien, considera la Sala Plena que en el presente proceso es posible, en aplicación del principio de conservación del derecho, proteger los valores y derechos constitucionales afectados por la inclusión en la Ley del Plan de disposiciones cuya consulta previa era obligatoria y se omitió, sin necesidad de recurrir a una declaratoria de inexecutable de toda la ley ni de todos los artículos de sus partes general y específica. Es procedente en este caso declarar que la Ley 1151 de 2007 es executable, siempre y cuando se entienda que **se suspenderá la ejecución de los proyectos –y de los respectivos programas o presupuestos plurianuales– incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir de manera directa y específica sobre pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específica exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por la doctrina constitucional reiterada en la presente providencia.**

¹² Constitución Política, artículo 341. «(...) El Plan Nacional de Inversiones se expedirá mediante una ley que tendrá prelación sobre las demás leyes; en consecuencia, sus mandatos constituirán mecanismos idóneos para su ejecución y suplirán los existentes sin necesidad de la expedición de leyes posteriores, con todo, en las leyes anuales de presupuesto se podrán aumentar o disminuir las partidas y recursos aprobados en la ley del plan. (...)»

La determinación de cuáles son los proyectos o programas incluidos dentro de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo que deben agotar el requisito de consulta previa a los pueblos indígenas, es una responsabilidad del Gobierno Nacional, por ser el respectivo proyecto de ley de su iniciativa. Sin embargo, en relación con los proyectos concretos respecto de los cuales se considere que no han cumplido con dicha condición –al estar de por medio la protección de derechos fundamentales colectivos de los pueblos indígenas y de sus miembros individualmente considerados–, se encuentra abierta en cada caso la vía de la acción de tutela, en el evento en que las comunidades indígenas, después de haber solicitado la realización de la consulta previa, invocando la presente sentencia, reciban una respuesta negativa. Si un proyecto específico ya fue sometido a una consulta previa que haya respetado las pautas trazadas en las normas aplicables y en la jurisprudencia constitucional, no será necesario realizar una nueva consulta. No obstante, si la consulta no respetó tales pautas, debe efectuarse una nueva cumpliendo el Convenio 169 de la OIT así como las exigencias jurisprudenciales encaminadas a asegurar que la consulta sea efectiva.

6.2. La secuencia de actuaciones a realizar en este sentido es la siguiente:

6.2.1. Cada comunidad étnica, indígena o afrodescendiente, habrá de identificar el o los proyecto(s) que la afecta(n) en forma directa y específica, y que haya(n) carecido del trámite de consulta previa antes de su inclusión en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo o de su iniciación efectiva, o en relación con el(los) cual(es) se haya realizado un proceso de consulta incompleto o no respetuoso de las condiciones constitucionales.

6.2.2. Al no haberse realizado la consulta previa, o haberse realizado en forma incompleta o sin cumplir con los requisitos de efectividad resumidos en el apartado 6.3. de esta sentencia, el grupo étnico afectado solicitará su realización ante las autoridades competentes, de manera clara y específica, precisando las razones fácticas que sustentan su petición.

6.2.3. Una vez presentada debidamente la petición, la responsabilidad de realizar la consulta previa con cumplimiento pleno de la totalidad de las condiciones constitucionales recae sobre las autoridades competentes, y la ejecución del proyecto correspondiente quedará suspendida hasta la realización de tal consulta previa.

6.2.4. Si el Gobierno se niega a realizar la consulta previa, o ésta se lleva a cabo sin el lleno de las condiciones constitucionales, podrá recurrirse a la acción de tutela e invocarse la presente sentencia para proteger el derecho fundamental del grupo étnico afectado a que dicha consulta se realice.

6.2.5. Las consultas previas a realizar en relación con los proyectos, se habrán de llevar a cabo con cumplimiento de las pautas reiteradas en el apartado 6.3. de la presente sentencia.

Ahora bien, precisa la Sala que si en relación con los proyectos incluidos en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo que afectan directa y específicamente a grupos étnicos ya se hizo la consulta, y esta se realizó con cumplimiento pleno de las condiciones constitucionales y participación activa de las comunidades étnicas afectadas, no habrá que volver a cumplir con este trámite.

6.3. Por otra parte, también resulta necesario puntualizar en esta oportunidad los requisitos que ha trazado la jurisprudencia constitucional para la realización de la consulta previa con grupos étnicos, los cuales se pueden subsumir en las reglas constitucionales enunciadas a continuación, a las cuales se ha de dar pleno y total cumplimiento en cada uno de los procesos de consulta previa individuales a realizarse respecto de los proyectos específicos incluidos en la Ley del Plan que puedan afectar directa y específicamente a comunidades indígenas o afrodescendientes.

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

Los procesos de consulta previa son manifestaciones del derecho fundamental a la participación de los pueblos indígenas, que se encuentran expresamente reguladas por el derecho internacional y la Constitución Política dentro de un marco jurídico «*fuertemente garantista*». ¹³ La Corte ha resaltado en distintas oportunidades «*el carácter fundamental de la consulta previa y su estrecha relación con la subsistencia de los pueblos indígenas*». ¹⁴ En el marco de la protección de la integridad cultural, económica y social de los grupos étnicos colombianos, esta Corporación ha resaltado que la consulta previa es un asunto de interés general adecuado para la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación, puesto que «*es el mecanismo que permite ponderar los intereses de los pueblos indígenas y tribales en conflicto con intereses colectivos de mayor amplitud, a fin de poder establecer cual de ellos posee una legitimación mayor*». ¹⁵

El derecho a la consulta previa es un mecanismo necesario e indispensable para asegurar que la realización de estos proyectos no afecte en forma irreversible las formas tradicionales de subsistencia de los grupos étnicos dentro de sus territorios, las cuales forman parte integrante de su estructura cultural propia y proveen la base para la preservación y el desarrollo en el tiempo de sus cosmogonías, saberes ancestrales y formas culturales. Tal y como lo ha precisado la Corte Constitucional en el pasado, haciendo referencia a ejemplos históricos concretos, la afectación de estos modos de subsistencia puede traer consigo, en no pocos casos, una amenaza cierta para la subsistencia misma de los pueblos indígenas o las comunidades afrodescendientes. ¹⁶ Es por esta razón que, según ha precisado esta Corporación, el derecho de los pueblos indígenas a la subsistencia de conformidad con sus formas y medios tradicionales de producción y reproducción material y cultural, dentro de

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-737 de 2005 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

¹⁴ Sentencia T-382 de 2006.

¹⁵ Sentencia T-428 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

¹⁶ En la sentencia T-652 de 1998, la Corte explicó así la situación del pueblo indígena Embera-Katío del Alto Sinú, afectado por la construcción de la represa de Urrá: «En este marco doctrinal, y teniendo en cuenta las pruebas aportadas al proceso, es claro que la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica Urrá I resultaron más perjudiciales para la integridad cultural y económica del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, que la presión territorial y el infrareconocimiento. A los que estuvieron sometidos desde la conquista española: tales obras no sólo constituyen otra presión territorial, sino que hicieron definitivamente imposible para este pueblo conservar la economía de caza, recolecta y cultivos itinerantes que le permitió sobrevivir por siglos sin degradar el frágil entorno del bosque húmedo tropical que habitan. // La pesca cotidiana, que de manera gratuita enriquecía la dieta embera con proteínas y grasas de origen animal, se hizo improductiva y no podrá volverse a practicar hasta

sus territorios propios, es un derecho fundamental, porque de él depende la realización del derecho a la integridad cultural, social y económica de dichos grupos. La misma razón es predicable de las comunidades afrodescendientes y sus medios tradicionales de subsistencia en el contexto de sus territorios ancestrales.¹⁷ El mecanismo de la consulta previa es un medio necesario para garantizar el respeto por tal derecho a la subsistencia, y lo que de él depende; de allí que la consulta previa adquiera, a su turno, la naturaleza de derecho fundamental.

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

La importancia de la realización del proceso de consulta previa con los grupos étnicos afectados cuandoquiera que se pretenda adelantar proyectos de exploración o

después de una década o más; la caza, práctica esporádica y complementaria, no tiene objeto en los terrenos deforestados de Iwagadó y requiere de largos desplazamientos en Karagabí, a más de ser insuficiente para compensar la pérdida del pescado; la entresaca de madera está prohibida, y la rotación de cultivos seriamente restringida con la superposición de las tierras de los actuales resguardos con el Parque Nacional Natural; adicionalmente, con la inundación de la presa perderán las vegas aluviales que les permitan obtener al menos dos ricas cosechas al año; las corrientes que les permitan transportarse serán reemplazadas por aguas quietas; los referentes geográficos conocidos por todos y los sitios sagrados relacionados con rápidos y estrechos del río ya no van a estar allí cuando se inunde la presa. // Así, la economía tradicional de subsistencia ya no es posible, y la supervivencia de los Embera-Katío del Alto Sinú sólo será viable si se incorporan a la economía de mercado; es decir, si renuncian a la diversidad de productos naturales que aquel modo de producción les ofrecía y cambian -definitiva y apresuradamente-, sus prácticas tradicionales de caza y recolecta por actividades agrarias orientadas a la venta de las cosechas; paradójicamente, la legislación sobre protección ambiental les prohíbe hacerlo por la superposición de sus tierras con el Parque Nacional Natural.»

¹⁷ En este sentido, la Corte explicó en la Sentencia T-652 de 1998: «Siendo este el caso de la mayoría de las comunidades indígenas en el país, la Corte Constitucional ha reiterado el carácter fundamental del derecho a la propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios, no sólo por lo que significa para la supervivencia de los pueblos indígenas y raizales el derecho de dominio sobre el territorio que habitan, sino porque él hace parte de las cosmogonías amerindias y es substrato material necesario para el desarrollo de sus formas culturales características. (...) Además, la Corte ha reconocido que los pueblos indígenas son sujetos de derechos fundamentales, y señaló que si el Estado no parte de garantizar uno de ellos, el derecho a la subsistencia, tales colectividades tampoco podrán realizar el derecho a la integridad cultural, social y económica que el Constituyente consagró a su favor. (...) Teniendo en cuenta que la explotación de recursos naturales en los territorios tradicionalmente habitados por las comunidades indígenas origina fuertes impactos en su modo de vida, (...) en esos casos, su derecho a ser previamente consultados tiene carácter de fundamental.»

explotación de recursos naturales en sus territorios, también se deriva de la necesidad de prevenir el desplazamiento forzoso de estos grupos como consecuencia de la implementación inconsulta de proyectos lesivos de su integridad étnica. En este sentido la Corte Constitucional ha expuesto que *«la observancia estricta de esta modalidad de participación preocupa a la comunidad internacional, en razón de que los efectos de la minería y de los grandes proyectos inconsultos que se adelantan en los territorios indígenas ‘(..) amenazan con desplazar o ya han desplazado a cientos de miles de indígenas y tribus (..) de su hábitat»*¹⁸.»¹⁹

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

La consulta previa no es un proceso adversarial en el que las autoridades se contraponen a los grupos étnicos; por el contrario, es una oportunidad para que los grupos étnicos afectados participen efectivamente en los proyectos que, con su pleno e informado consentimiento, se hayan de realizar en sus territorios ancestrales, esencialmente orientada a garantizar la integridad de sus derechos colectivos: *«...el derecho a la consulta previa, previsto en el Convenio 169, no conlleva el derecho de los pueblos indígenas y tribales a vetar las medidas legislativas y administrativas que los afectan, sino que se presenta como una oportunidad para que los Estados partes consideren y valoren las posiciones que sobre sus decisiones tienen los integrantes y representantes de las minorías étnicas nacionales, forzándose a propiciar un acercamiento y, de ser posible, un acuerdo.»*²⁰

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

Los procesos de consulta previa no son fines en sí mismos, sino medios para asegurar la protección de la supervivencia colectiva, la integridad cultural, los intereses comunitarios y los derechos fundamentales de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En consecuencia, cada proceso de consulta previa *«no se caracteriza por ser un simple ejercicio jurídico de respeto del derecho de defensa de quienes pueden verse afectados con una actuación del Estado, sino porque se busca asegurar por medio de esta consulta previa la efectiva protección de los intereses colectivos y derechos fundamentales»*²¹ de las referidas comunidades.»²²

La consulta previa no es un simple trámite administrativo, ni se asemeja a las vías procedimentales administrativas ordinarias para el ejercicio del derecho de defensa

¹⁸ Una Agenda Internacional, Burger Julián, responsable del programa a favor de los pueblos indígenas en el Centro de Naciones Unidas por los Derechos Humanos, en «Estado de los Pueblos» Cultural Survival 1993, edicions bellaterra 2000, Barcelona.

¹⁹ Sentencia SU-383/03, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

²⁰ Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, reiterando jurisprudencia previa de la Corte.

²¹ Ver sentencia T-380 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En el mismo sentido ver sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, en el caso de la acción de tutela instaurada por la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana OPIAC en contra de la Presidencia de la República y otros.

²² Corte Constitucional, Sentencia T-737 de 2005 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

por los afectados por una determinada decisión de la Administración Pública. Se trata de un proceso cualitativamente diferente, de naturaleza constitucional, orientado a salvaguardar derechos fundamentales celosamente protegidos por la Carta Política; *«de este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (arts. 14 y 35 del C.C.A., 69, 70, 72 y 76 de la ley 99 de 1993), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar; como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades.»*²³ En este orden de ideas, **no** tendrán valor de consulta previa: *«la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales»;*²⁴ ni los procesos consultivos realizados con posterioridad a la implementación de proyectos que han de ser consultados previamente;²⁵ ni los procesos de diálogo o información realizados con organizaciones indígenas que no han sido expresa y específicamente delegadas para ello por las autoridades tradicionales de las comunidades específicamente afectadas por los proyectos, ni las simples reuniones entre miembros de tales grupos étnicos y funcionarios o apoderados que no tienen la facultad de representar al Gobierno Nacional o a las comunidades indígenas o afrodescendientes afectadas.²⁶

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

La consulta previa se debe llevar a cabo *«de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias»*,²⁷ para efectos de determinar las implicaciones de los proyectos

²³ Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

²⁴ Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell. En igual sentido, ver la Sentencia C-620 de 2003: *«La jurisprudencia ha indicado al respecto que, teniendo en cuenta lo regulado por el artículo 34 del referido convenio de la OIT, según el cual 'la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país', el compromiso del Estado colombiano de adelantar las mencionadas consultas es de gran amplitud y debe ser interpretado flexiblemente según las circunstancias. Sin embargo ha precisado que dado que el derecho a la consulta tiene por objeto garantizar la participación en la adopción de las decisiones que afectan a las comunidades, no puede consistir en una simple información a dichos entes colectivos, sino que debe propiciar espacios de concertación en la escogencia de las mediadas.»*

²⁵ *«Para la Corte resulta claro que en la reunión de enero 10 y 11 de 1995, no se estructuró o configuró la consulta requerida para autorizar la mencionada licencia ambiental. Dicha consulta debe ser previa a la expedición de ésta y, por consiguiente, actuaciones posteriores a su otorgamiento, destinadas a suplir la carencia de la misma, carecen de valor y significación.»*. Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

²⁶ *«Tampoco pueden considerarse o asimilarse a la consulta exigida en estos casos, las numerosas reuniones que según el apoderado de la sociedad Occidental de Colombia Inc. se han realizado con diferentes miembros de la comunidad U'wa, pues aquélla indudablemente compete hacerla exclusivamente a las autoridades del Estado, que tengan suficiente poder de representación y de decisión, por los intereses superiores envueltos en aquélla, los de la comunidad indígena y los del país relativos a la necesidad de explotar o no los recursos naturales, según lo demande la política ambiental relativa al desarrollo sostenible.»* Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

²⁷ Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

que se busca adelantar, «a fin de definir la naturaleza y alcance de las medidas que se adopten, con la flexibilidad que el artículo 34 del Convenio permite».²⁸ En efecto, según ha explicado la Corte, las consultas «deberán adelantarse de buena fe, atendiendo las circunstancias, con miras a un concertación».²⁹ En idéntico sentido el artículo 6° del Convenio 169 dispone que la consulta a que los pueblos indígenas y tribales de los países miembros tienen derecho debe formularse «de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las comunidades indígenas, acerca de las medidas propuestas».

La realización de la consulta de buena fe implica que ésta no se debe abordar como un mero procedimiento formal a cumplir, ni como un trámite, sino como un proceso de raigambre constitucional, con un contenido sustantivo que le es propio y orientado a preservar los derechos fundamentales de los pueblos afectados. De allí que se deba proveer información precisa, completa y significativa a los pueblos afectados sobre los proyectos que se pretende desarrollar en sus territorios, y que el objetivo fundamental del proceso participativo sea llegar a un acuerdo con tales pueblos, para proceder con el proyecto con respeto por sus derechos colectivos fundamentales: «...Siguiendo los lineamientos del Convenio 169 de la OIT, entonces, las consultas que se ordenan no podrán tomarse como un mero formalismo, puesto que su ejecución de buena fe comporta que [los pueblos afectados] sean informados del contenido del Programa que se adelantará en sus territorios, con el fin de procurar su consentimiento, sobre el impacto de las medidas en su hábitat, y en sus estructuras cognitivas y espirituales. (...) Y que también conozcan las medidas actualmente en ejecución, con todas sus implicaciones, con miras a que estos pueblos consientan en la delimitación y continuación del Programa, y estén en capacidad de discutir diferentes propuestas atinentes al mismo y también a formular alternativas.»³⁰

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

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

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

c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar

²⁸ Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

²⁹ Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, reiterando jurisprudencia previa de la Corte.

³⁰ Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, reiterando jurisprudencia previa de la Corte.

conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.»

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

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

Al llevar a cabo el proceso de consulta previa, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 13 del Convenio 169 de la OIT, las autoridades *«deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con sus tierras y territorios, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, atendiendo de manera particular los aspectos colectivos de dicha relación.»*³¹

Así mismo, en cada caso concreto, la determinación de la gravedad de la posible afectación de la integridad étnica y cultural del grupo indígena o la comunidad afrodescendiente en particular, *«el intérprete tendrá que remitirse, de todas maneras, a las características específicas de la comunidad, consultando el efecto de la medida en consideración al pueblo de quien se trata»*^{32,33}

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

La manera en la que se habrá de realizar cada proceso de consulta previa, habrá de ser definida en forma preliminar con las autoridades de cada comunidad indígena o afrodescendiente, a través de un proceso pre-consultivo específicamente orientado a sentar las bases del procedimiento a seguir en ese caso en particular, respetando a las autoridades de cada comunidad y las especificidades culturales de la comunidad: *«el proceso consultivo que las autoridades realicen ante los pueblos indígenas para tomar una decisión que afecte sus intereses, deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo.»*³⁴ Ello, en la medida en que la flexibilidad establecida en el Convenio 169 de la OIT, y la diversidad propia de

³¹ Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

³² Sentencia T-349 de 1996, en igual sentido T-523 de 1997 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

³³ Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, reiterando jurisprudencia previa de la Corte.

³⁴ Corte Constitucional, sentencia T-737 de 2005 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

estos procesos, así lo exige: «*los procesos de consulta previa no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva aplicación al Convenio 169 de la OIT y en especial a lo dispuesto en su artículo 6° y del artículo 7° de la Carta, los procesos de consulta deberán ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado.*»³⁵

A este respecto se debe tener en cuenta que una reglamentación jurídica rígida del procedimiento de consulta previa puede resultar inconstitucional en casos concretos, cuando de su aplicación se puedan derivar consecuencias contrarias a los mandatos plasmados en la Constitución y en las normas internacionales aplicables.³⁶ Las obligaciones internacionales consagradas en el Convenio 169 de la OIT otorgan al Estado colombiano un amplio margen de flexibilidad para determinar la manera en que se habrá de realizar la consulta previa. Sin embargo, es claro que las regulaciones procedimentales no pueden contrariar el contenido específico del derecho fundamental a la consulta previa o de los derechos conexos a él, ni ser incompatibles con el logro del objeto esencial de la consulta, como es tratar de llegar de buena fe a un acuerdo basado en el consentimiento libre, pleno e informado, del grupo étnico

³⁵ Corte Constitucional, sentencia T-737 de 2005 (M.P. Álvaro Tafur Galvis)

³⁶ De esta manera, en la sentencia T-652 de 1998 la Corte inaplicó la regulación contenida en el Decreto 1320 de 1998, por resultar en el caso concreto contraria a la Carta Política – y en su lugar fijó las pautas mínimas que debían seguirse en el proceso de consulta subsiguiente: «(...) la firma propietaria del proyecto no ha reconocido los reales efectos de la obra sobre los recursos ictiológicos de toda el área de influencia de la hidroeléctrica, ni el largo término y alto costo que requerirá el repoblamiento de los ríos del área con especies nativas (mucho mayores desde que se decidió no remover la mayor parte de la biomasa presente antes de llenar la presa), ni los efectos sobre las condiciones climáticas de las cuencas, ni los impactos previsible sobre la morbilidad en la zona de influencia de la represa. // Por estas razones, por las irregularidades que se han presentado en el reconocimiento de las autoridades embera (asunto que considerará esta Sala en aparte posterior), y porque aún no se ha iniciado la concertación del régimen aplicable al área de superposición del Parque Nacional Natural del Paramillo y los actuales resguardos, la aplicación del Decreto 1320 de 1998 a este proceso de consulta resultaría a todas luces contrario a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991; por tanto, se ordenará a los Ministerios del Interior y del Medio Ambiente que lo inapliquen, y atiendan en este caso las siguientes pautas: a) debe respetarse el término ya acordado para que los representantes de los indígenas y sus comunidades elaboren su propia lista de impactos del llenado y funcionamiento de la represa; b) la negociación de un acuerdo sobre la prevención de impactos futuros, mitigación de los que ya se presentaron y los previsible, compensación por la pérdida del uso y goce de parte de los terrenos de los actuales resguardos, participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales, y demás temas incluidos en la agenda de la consulta, se adelantará en los tres (3) meses siguientes a la notificación de este fallo de revisión; c) este término sólo se podrá prorrogar, a petición del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, la firma propietaria del proyecto, la Defensoría del Pueblo o la Procuraduría Agraria, hasta por un lapso razonable que en ningún caso podrá superar al doble del establecido en la pauta anterior; d) si en ese tiempo no es posible lograr un acuerdo o concertación sobre todos los temas, «la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros» [SU-039/97].»

afectado.³⁷ En este sentido, la Corte ha recordado que las normas generales contenidas en las leyes del Congreso que tocan la materia o en los distintos decretos generales expedidos por el Gobierno Nacional reglamentando el tema de la consulta previa,³⁸ constituyen «*pautas facilitadoras de acercamiento entre los pueblos indígenas y el Estado*» cuya compatibilidad con los derechos fundamentales de los pueblos implicados y con el objetivo esencial del proceso de consulta, ha de ser evaluada en cada caso concreto; en términos de la Corte, «*hay que advertir que esos estatutos contienen conceptos tendientes a posibilitar el inicio de la concertación entre las partes a partir de la definición de algunas herramientas estructurales. Para todo caso es necesario señalar que dichas normas no pueden menoscabar la diversidad y autonomía de cualquier etnia⁴⁰ y por tanto, no constituyen un modelo único de acercamiento con los diferentes pueblos*».⁴¹

³⁷ En la Sentencia C-169 de 2001 la Corte Constitucional explicó que el Convenio 169 «(...) otorga a los Estados Partes un importante margen de discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan; ello, por supuesto, en la medida en que las Partes hagan uso de dicha flexibilidad sin dejar de cumplir con el objeto esencial de sus obligaciones que, en este caso, consiste en asegurar la efectiva participación de los grupos étnicos en las decisiones que les conciernan: de lo contrario, se estaría dando al artículo 34 citado un alcance que riñe con las normas más elementales sobre interpretación de tratados, como la que consta en el artículo 31-1 de la Convención de Viena de 1969, según la cual ‘un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin’ (subraya fuera del texto). // Dada la configuración constitucional del Estado colombiano, los órganos indicados para determinar cuándo y cómo se habrá de cumplir con la citada obligación internacional son, en principio, el Constituyente y el Legislador, ya que son éstos, por excelencia, los canales de expresión de la voluntad soberana del pueblo (art. 3, C.N.). En consecuencia, la Corte Constitucional, al momento de determinar cuándo resulta obligatorio efectuar la consulta previa a los grupos étnicos, debe estar sujeta a los lineamientos constitucionales y legales existentes, estos últimos en la medida en que no desvirtúen el objeto y finalidad del pluricitado Convenio, ni contraríen la plena vigencia de los derechos fundamentales de tales etnias». Igualmente, en la Sentencia T-382 de 2006, la Corte señaló que «conforme al artículo 34 del convenio, existe un margen ‘flexible’ para que el Estado, a través de los órganos competentes, determine los límites dentro de los cuales opera el derecho de consulta previa. (...) el derecho de consulta previa está sujeto a los lineamientos constitucionales y legales que faciliten y precisen la participación de los pueblos indígenas en las decisiones legislativas y administrativas que les afecten. Sin embargo, esta condición tiene como límite irrestricto la vigencia de los derechos fundamentales de las diferentes etnias y, por supuesto, las directrices del convenio que, por hacer parte de bloque de constitucionalidad, tienen prevalencia en el orden interno».

³⁸ Estas normas incluyen los Decretos 1397 de 1996 y 1320 de 1998, así como las Leyes 99 de 1993, 160 de 1994, 191 de 1995, 199 de 1995 y 685 de 2001, entre otras.

³⁹ Sobre este asunto el artículo 5 del Convenio 169 dispone: «*Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: || a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; || b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos; || c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo*». Adicionalmente, el artículo 8 prescribe: «*1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario*».

⁴⁰ Sentencia T-382 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁴¹ Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

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

La finalidad principal del proceso de consulta previa, cual es la de lograr un acuerdo con los grupos étnicos afectados (art. 6, Convenio 169 de la OIT), «*exige que los pueblos consultados conozcan todos los aspectos de la propuesta y sus implicaciones, y que a su vez puedan recibirla, analizarla, difundirla, discutirla y responderla utilizando canales apropiados de persuasión, con miras a que sus intereses, prevenciones y recomendaciones sean considerados y valorados por sus interlocutores.*»⁴² Al realizar la ponderación entre los intereses enfrentados en un caso concreto, y con miras a dar adecuada protección al interés en preservar la diversidad étnica de la nación, deberá tenerse en cuenta que, según lo ha explicado la jurisprudencia constitucional, «*sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones: a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna). b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.*»⁴³

Los deberes básicos de las autoridades que llevan a cabo la consulta previa son los de ponderar y explorar los siguientes cuatro elementos: «*i) la posición y las propuestas que estos ostentan y formulen, ii) la garantía de los derechos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas y de los demás habitantes de los respectivos territorios –tales como el derecho a la vida e integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad y a la salud–, iii) la protección del interés general de la nación colombiana a la diversidad étnica y cultural; y iv) el interés general y las potestades inherentes al Estado colombiano*».⁴⁴

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

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

Sin embargo, cuando después de un proceso de consulta previa en el que hayan sido cumplidas plenamente las diversas garantías constitucionales expuestas en esta providencia, no haya sido posible lograr un acuerdo o una concertación con el grupo étnico afectado, las autoridades preservan la competencia para adoptar una decisión final sobre la realización del proyecto. La adopción de esta decisión es, a su vez, un

⁴² Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, reiterando jurisprudencia previa de la Corte.

⁴³ Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, reiterando jurisprudencia previa de la Corte.

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

proceso sujeto a claros mandatos constitucionales; tal y como ha explicado esta Corporación, «cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. // En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros.»⁴⁵ En igual sentido, la Corte ha señalado que «...si adelantadas las consultas de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, no se logra el consentimiento de los pueblos consultados acerca de las medidas propuestas, las entidades accionadas deberán evaluar, en lo que a cada una de ellas concierne, la gravedad de las lesiones individuales y colectivas que se causen con las medidas, a fin de implementarle al Programa los correctivos que sean necesarios para salvaguardar a las personas, sus bienes, instituciones, trabajo, cultura y territorio».

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

En los anteriores términos, la Corte Constitucional declarará la constitucionalidad condicionada de la Ley 1151 de 2007.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

El Presidente,

Humberto Antonio Sierra Porto
Ausente en comisión

Los Magistrados,

Jaime Araújo Rentería, con salvamento de voto; Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, ausente con permiso; Mauricio González Cuervo, impedimento aceptado; Marco Gerardo Monroy Cabra, Nilson Pinilla Pinilla, Clara Inés Vargas Hernández.

La Secretaria General,

Martha Victoria Sáchica Méndez

**SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-461 DE 2008 DEL
MAGISTRADO JAIME ARAÚJO RENTERÍA**

OMISIÓN DEL DEBER DE CONSULTA A LAS COMUNIDADES ÉTNICAS, INDÍGENAS O AFRODESCENDIENTES-Constituye un vicio de inconstitucionalidad que afecta la validez de la ley (Salvamento de voto).

Referencia: Expediente D-6984

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1151 de 2007, «Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010»

Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corporación, me permito salvar mi voto frente a la decisión adoptada en esta sentencia, mediante la cual se declara exequible la Ley 1151 de 2007, «*en el entendido de que se suspenderá la ejecución de cada uno de los proyectos, programas o presupuestos plurianuales incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades étnicas afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específica exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por la jurisprudencia constitucional*».

A juicio de este magistrado el vicio de inconstitucionalidad constatado por la Corte, relativo a la falta del requisito de consulta previa a las comunidades étnicas, indígenas o afrodescendientes afectadas con la Ley del Plan, en este caso a los pueblos indígenas, afecta la validez de toda la Ley 1151 de 2007, que en mi criterio, ha debido ser declarada inexecutable en su integridad. A este respecto, es de observar que el control de constitucionalidad se ejerce sobre la validez de la norma y no sobre su eficacia, y en el presente caso, a pesar de que la disposición no es válida desde el punto de vista constitucional, se termina aceptando su validez por parte de esta Corporación.

De otra parte, en concepto del suscrito magistrado el antecedente jurisprudencial de esta Corporación en materia de consulta previa a las comunidades étnicas, indígenas o afrodescendientes (Sentencia C-030/08), al cual se recurre en la parte motiva y considerativa de esta providencia, se tergiversa en la presente sentencia, toda vez que se deja en manos del Gobierno la determinación acerca de lo que se deberá consultar a las comunidades afectadas.

Igualmente, en concepto de este magistrado es necesario distinguir entre la consulta que prevé el Plan y la que se debe hacer a las comunidades étnicas, a los pueblos indígenas, o las comunidades afrodescendientes, pues una es la consulta previa del Plan a los distintos sectores del país y otra la trascendencia específica que un proyecto o programa puede tener para los pueblos o comunidades étnicas, indígenas o afrodescendientes, que es de lo que trata el Convenio 169 de la OIT, ratificado por Colombia e incorporado al bloque de constitucionalidad, que se desconoce en este caso.

Finalmente, debo agregar que la incidencia de los programas que prevé la Ley 1151 de 2007 se puede proyectar en todos los departamentos del país, pues en todos ellos existen comunidades indígenas. Por ello para el suscrito magistrado era importante que esta Corte analizara con rigurosidad los argumentos del demandante, quien es miembro de uno de esos pueblos indígenas.

Con fundamento en lo expuesto, salvo mi voto a la presente sentencia.

Fecha *ut supra*.

El Magistrado,

Jaime Araújo Rentería

8. SENTENCIA T-154 DE 2009 (“Caso Río Ranchería”)

SENTENCIA T-154/09

Ref.: expediente T-2018100.

Acción de tutela instaurada por José Manuel Chimusquero Alberto y otros contra la Corporación Autónoma Regional de La Guajira (CORPOGUAJIRA) y otros.

Procedencia: Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria.

Magistrado Ponente: Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá, D. C., marzo doce (12) 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 adoptado en segunda instancia por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, dentro de la acción de tutela promovida por José Manuel Chimusquero Alberto y otros, contra la Corporación Autónoma Regional de La Guajira (CORPOGUAJIRA) y otros.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo la mencionada corporación, en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección N° 11 de la Corte, el 5 de noviembre de 2008 eligió, para su revisión, el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

Los demandantes, en calidad de Cabildo Gobernadores de los resguardos indígenas Kogui, Kankuano, Arhuaco y Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta, presentaron acción de tutela en diciembre 14 de 2007, contra los Ministerios del Interior y de Justicia, y del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER) y la Corporación Autónoma Regional de La Guajira (CORPOGUAJIRA), por los hechos que a continuación son resumidos.

A. Hechos y relato contenido en la demanda

1. Los accionantes en su calidad de Cabildos Gobernadores de resguardos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, señalaron que el Instituto Nacional de Adecuación

de Tierras (INAT), mediante Resolución 009675 de diciembre 5 de 2002, abrió la licitación N° SAT 124-01, por medio de la cual se adjudicó a la Unión Temporal Guajira (UTG)¹ realizar la construcción de la presa del cercado y el distrito de riego del río Ranchería, por medio de los contratos 139 y 140 de 2001. Con la desaparición del INAT y la reestructuración del antiguo Instituto de Reforma Agraria, INCORA, los referidos contratos fueron cedidos al Instituto de Desarrollo Rural, INCODER.

2. En julio 14 de 2005, el documento CONPES 3362 declaró el proyecto como de *«importancia estratégica para el país»*; a su vez, CORPOGUAJIRA contrató lo relativo al impacto ambiental con el *«Centro de Estudios e Investigaciones Ambientales de la Universidad Nacional de Santander»* (sic), expidiéndose la licencia ambiental N° 3158.

Mediante auto N° 005 de enero 12 de 2005, se ordenó la convocatoria de la consulta previa a las comunidades indígenas que se encuentran localizadas y asentadas en el área de influencia directa donde se desarrollará el proyecto Río Ranchería, Distrito de Riego San Juan del Cesar, la cual se llevó a cabo en los términos del artículo 16 del Decreto 1320 de 1998 (f. 159 cd. inicial).

El proceso de consulta previa se llevó a cabo con la presencia del delegado del Ministerio del Interior, de la Contraloría Departamental, miembros de INCODER, funcionarios de la Unión Temporal Guajira, el Personero del respectivo municipio, Jefe de Cabildos de La Guajira, representantes de los indígenas ante el Consejo Directivo de CORPOGUAJIRA y funcionarios de dicha entidad, al igual que de la Secretaría Departamental de Asuntos Indígenas, autoridades municipales tradicionales y demás personas interesadas.

Se realizaron cinco reuniones, la primera en marzo 14 de 2005 en el Centro Cultural de La Granjita, en Barrancas, con las comunidades indígenas de la citada localidad, quienes manifestaron que *«están completamente de acuerdo con que el proyecto Ranchería se lleve a cabo, pues esto beneficia mucho a sus habitantes»* (fs. 185 a 195 ib.).

La segunda se efectuó en marzo 15 de 2005 a las 9:00 a. m., en la Enramada de Mayabangloma, municipio de Fonseca, con la citada comunidad, indicándose que *«mientras no estén legales en el territorio, no pueden dar aval al proyecto, porque consideran que no tienen títulos»*. Aclararon que ellos sí están de acuerdo y quieren participar, pero solicitan que se les legalice el territorio para poder dar su opinión (fs. 173 a 184).

En la tercera, ese mismo día a las 3:00 p. m. en la Comunidad de Potrerito, municipio de Distracción, condicionaron *«hasta que no se les diga si le van a ampliar su resguardo con áreas productivas, así mismo solicitan la posibilidad del no pago del servicio de agua para consumo humano ni riego»* (fs. 167 a 173).

¹ Conformada por las empresas Conalvías S.A., Grandicon S.A., Construcciones Sigma Ltda., Patria S.A., Suárez y Silva Ingenieros Contratistas, y Gómez y Cajiao Asociados.

La cuarta se estableció también en Distracción, con las comunidades indígenas de Caicemapa, en marzo 16 de 2005, donde revelaron estar de acuerdo con el proyecto, *«que ojala éste pueda suplir todas las necesidades que estas comunidades tengan»* y solicitan que los capaciten para poder aprovechar mejor el bosque (fs. 140 a 147 ib.).

La quinta y última se llevó a cabo el día 13 de mayo en la Casa de la Cultura de San Juan del Cesar, con las comunidades indígenas Wiwas, quienes manifestaron no tener poder de decisión *«para decir si están o no de acuerdo con el proyecto»*, y se comprometieron a que *«posteriormente el CTC emitirá un concepto sobre el Proyecto en el menor tiempo posible»*, teniendo en cuenta que está próxima a expedir la resolución que otorgue o niegue la licencia. Quedando claro que todas las comunidades indígenas directamente afectadas por el proyecto fueron invitadas a la consulta (fs. 150 a 157 ib.).

Las anteriores reuniones fueron convocadas por el Jefe de la Oficina Jurídica de CORPOGUAJIRA y realizadas en cumplimiento de las normas establecidas, dentro del área de influencia directa del proyecto.

3. Sin embargo los demandantes consideran, por una parte, que la licencia ambiental omite cuestiones planteadas por miembros de las comunidades indígenas convocadas, lo cual tiene como consecuencia el no agotamiento del proceso de consulta, porque según ellos indicaron, *«es el CTC el órgano que representa a los pueblos de la SMNS en el ámbito nacional e internacional en virtud de los acuerdos realizados con el gobierno nacional»*, desconociendo así los convenios entre el Gobierno Nacional y los pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta.

Por la otra, contemplan expresiones que evidencian que el proceso adelantado no se ciñó a los términos definidos para garantizar el derecho fundamental a la participación de los pueblos indígenas, según el artículo 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Constitucional colombiana.

Además, en el acta de protocolización de la consulta previa quedó claro el desacuerdo de comunidades indígenas con que CORPOGUAJIRA decidiera cuáles son las etnias directamente afectadas por el proyecto, pues son ellos quienes deben determinar qué asentamientos indígenas son los afectados. A pesar de lo anterior, el CTC² y las legítimas autoridades de la Sierra Nevada, en general de los pueblos Wiwa y Kogui, no fueron convocados a la reunión de consulta, tal y como se reconoce expresamente en la licencia.

Por otro lado, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial debió asumir competencia para otorgar la licencia ambiental, pues de la forma como ocurrió, CORPOGUAJIRA fue juez y parte dentro del errado proceso de reuniones realizado, que se pretende hacer valer como consulta previa.

Por lo tanto, los demandantes solicitan la protección y reconocimiento a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, al debido proceso, a la participación, al resguardo de las riquezas naturales de la Nación y a la consulta indígena.

² Consejo Territorial de Cabildos.

B. Documentación relevante cuya copia obra dentro del expediente

1. Auto N° 005 de enero 12 de 2005, por el cual se ordena la convocatoria de la consulta previa a las comunidades indígenas que se encuentran localizadas y asentadas en el área de influencia directa, donde se desarrollará el proyecto Río Ranchería Distrito de Riego (fs. 159 a 161 ib.).
2. Acta de Protocolización de la Consulta Previa para el Proyecto Río Ranchería, con las comunidades indígenas de La Granja, La Granjita y Barrancón, del municipio de Barrancas (fs. 185 a 195 ib.).
3. Acta de Protocolización de la Consulta Previa para el Proyecto Río Ranchería, con las comunidades indígenas de Mayabangloma, municipio de Fonseca (fs. 173 a 184 ib.).
4. Acta de Protocolización de la Consulta Previa para el Proyecto Río Ranchería, con las comunidades indígenas de Potrerito, municipio de Distracción (fs. 167 a 172 ib.).
5. Acta de Protocolización de la Consulta Previa para el Proyecto Río Ranchería con las comunidades indígenas de Caicemapá, municipio de Distracción (fs. 140 a 149 ib.).
6. Acta de Protocolización de la Consulta Previa para el Proyecto Río Ranchería con las comunidades indígenas Wiwa del municipio de San Juan del Cesar (fs. 150 a 158 ib.).

C. Respuesta de CORPOGUAJIRA

Efectuada la vinculación al proceso, la Directora General de la corporación accionada informó en febrero 29 de 2008 (fs. 127 a 132 cd. inicial) que *«convocó en su debida oportunidad las Audiencias Públicas Administrativas referentes al proyecto Río Rancherías con la participación de las comunidades establecidas en la zona de influencia del citado proyecto»*.

Agregó que delegados del Ministerio del Interior, Directores de Etnias, el Procurador Ambiental y Agrario Departamental y empleados de la Contraloría, avalan que las invitaciones a los diferentes grupos, autoridades tradicionales y comunidades indígenas de la zona de influencia del proyecto se cursaran en debida forma. También garantizan que las personas que concurrieron a las audiencias en representación de esos grupos, realmente llevaran la voz y estuvieran legitimados para actuar en nombre de las comunidades; así mismo se realizaron las correspondientes publicaciones y se difundió por radio la convocatoria a las reuniones.

Indicó que no es cierto que no se agotara el proceso de consulta, puesto que se recogieron todos y cada uno de los argumentos que en su momento plantearon los miembros de las diferentes comunidades.

Afirmó que si alguna de las comunidades indígenas o negras involucradas no asistía a la reunión de consulta, debía por mandato de la ley justificar su inasistencia ante la autoridad ambiental, dentro de los ocho días siguientes a la fecha programada para la celebración, cosa que nunca ocurrió, dándose cumplimiento al procedimiento,

entendiendo el acuerdo con las medidas de prevención, corrección, mitigación, control y compensación de los impactos que se pudiera ocasionar (f. 129 ib.).

Finalmente, reiteró que se garantizó en todo momento el debido proceso y se respetaron las oportunidades legales para la interposición de los recursos, en contra de la resolución que concedió la licencia ambiental. Por todo lo anterior, considera que de parte de la entidad no ha existido violación a ninguno de los derechos invocados.

D. Intervención del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial

La apoderada judicial de la entidad se opuso a todas y cada una de las pretensiones, al considerar que los accionantes cuentan con otro medio de defensa judicial, como la acción popular o la de nulidad y restablecimiento del derecho frente al acto administrativo de la licencia ambiental, acciones que pueden ser ejercidas para evitar, cesar o resarcir un daño sobre derechos colectivos.

Por otra parte, argumenta que este Ministerio no ha violado derecho fundamental alguno a los accionantes o a su grupo étnico, toda vez que el conocimiento del proyecto en mención es competencia de la autoridad ambiental regional, es decir a la Corporación Autónoma Regional de La Guajira (fs. 196 a 203 ib.).

E. Respuesta del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República

La acción de tutela no es el mecanismo idóneo para atacar la presunta omisión de la consulta previa a la expedición de la licencia ambiental, al ser este un acto de carácter general, impersonal y abstracto, circunstancia fáctica que lo aleja de este medio.

Por otra parte, la esencia de la acción constitucional es la protección inmediata de los derechos de primera generación conculcados, pues en el caso en estudio «*han transcurrido más de siete (7) años para hacer exigible la revisión de la construcción de la presa El Cercado y de la expedición de la Licencia Ambiental*» (f. 216 ib.).

F. Contestación del Ministerio del Interior y de Justicia

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del citado Ministerio, indicó que no ha violado o amenazado derecho fundamental alguno de las comunidades, comoquiera que la consulta previa se realizó con los indígenas que se encuentran dentro de la zona de influencia directa del proyecto y, por lo tanto, las actividades que se llevan en este caso, son de resorte de la autoridad que le corresponde coordinar los procesos a que haya lugar, para la expedición respectiva de la licencia ambiental.

Por otra parte y de conformidad con el ordenamiento jurídico aplicable a la acción de tutela, la cual se erige como mecanismo de defensa judicial a través de un procedimiento preferente y sumario para la protección inmediata y eficaz de los derechos fundamentales cuando sean amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, amparo que se debe invocar como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pero a su vez debe estar dirigido contra la autoridad competente, que en este caso no es este Ministerio, al no corresponderle llevar a cabo procesos de consulta previa a licencia ambiental (f. 281 ib.).

G. Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, manifestó que la licencia ambiental es un acto administrativo susceptible de recursos en la vía gubernativa que constituyan los instrumentos más efectivos e idóneos para que la administración revisara su proceder y, en el evento en que le asistiera razón, se podía suspender y, se convocaría nuevamente a Consejo Territorial de Cabildos, no obstante en este proceso no interpusieron los recursos correspondientes.

Por otra parte, estima válido aclarar que la licencia otorgada es susceptible de la acción de nulidad simple, la cual no contempla un término de caducidad, por tanto, puede ser ejercida por quien considere que el actuar de la administración desconoce el ordenamiento jurídico.

Así las cosas, el interesado no podía acudir a la acción de tutela cuando ha dejado caducar las acciones y recursos ordinarios disponibles, y ahora después de casi tres años de expedida la licencia ambiental solicitar la protección frente a un perjuicio irremediable (f. 247 ib.).

H. Intervención de INCODER

La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de dicho Instituto, afirmó que tal y como se consignó en la Resolución 3158 de agosto 10 de 2005, la consulta se surtió en cumplimiento de todos los presupuestos legales y no es dable, bajo ningún pretexto, aducir que no fue agotada correctamente.

Así, tratándose de una acción instaurada respecto de un acto administrativo (Resolución 3158 de agosto 10 de 2005), el Juez de tutela no puede asumir la facultad que le confiere el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, como una autorización para sustituir al Contencioso Administrativo en la definición de la validez de aquel. Además hace tres años se concedió la licencia ambiental que dio vía libre a la ejecución del proyecto Ranchería, que a la fecha se encuentra con un avance del 38% y que ni aún en el procedimiento de consulta previa las comunidades manifestaron tener afectaciones específicas.

De tal manera, ahora no puede hablarse de daño inminente ya que solo hasta el 18 de abril de 2007 hubo un pronunciamiento formal por parte de las comunidades en contra de la consulta previa, por lo tanto no puede entrarse a calificar de inminente el perjuicio, cuando ni siquiera hicieron uso en su momento de los mecanismos que ofrece la ley (f. 6 cd. 2).

I. Sentencia de primera instancia

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de La Guajira, en marzo 5 de 2008, indicó que según la inspección practicada en la represa del Río Ranchería (prueba decretada de oficio), se puede verificar mediante las actas que *«en el lugar donde se construye la presa de El Cercado no existen pueblos indígenas, cultivos de pancoger, ni crías de animales domésticos, ni tampoco construcciones de vivienda»*. Los predios aledaños están formados por 57 fincas o fundos de propiedad particular y el pueblo indígena más próximo dista cerca de 26 kilómetros de los límites que enmarcan la reserva indígena, y 14 kilómetros de la comunidad habitada más cercana.

Se aclaró que no hay impacto negativo sobre los pueblos Arhuacos, Kogui, Kankuamos y Arzarios o Wiwas, ya que la construcción se lleva a cabo lejos de las estribaciones de la Sierra Nevada de Santa Marta, distando una hora y treinta minutos en transporte vehicular de donde residen las comunidades.

Según el informe³, se pudo constatar que tampoco existen sitios sagrados, pagos indígenas o viviendas que les pertenezcan, anexándose como prueba las cartas catastrales a partir de las cuales se puede verificar los límites de dicha reserva (f. 92 ib.).

Por otra parte, consideró que los demandantes disponían de otra vía de defensa judicial que es la contenciosa administrativa y no puede la jurisdicción constitucional invadir la órbita de la justicia ordinaria, para corregir omisiones o la falta de diligencia, resultando así improcedente la acción de tutela.

Tampoco es de recibo que transcurridos más de dos años de haberse producido el documento CONPES 3362 del 14 de julio de 2005 y la licencia ambiental de agosto 10 del mismo año expedida por CORPOGUAJIRA, ahora se emplee la acción de tutela contra dichas actuaciones, cuando el artículo 86 superior indica que es para la protección inmediata de derechos constitucionales. Además, contra dichos pronunciamientos no se interpuso recurso alguno en su oportunidad, para que se pretenda ahora subsanar las posibles fallas y se busque anular dichas decisiones por vía de tutela.

Concluyó que la jurisprudencia constitucional ha consagrado y reiterado que por mucho que en principio la acción de tutela no tenga término de caducidad, no es aceptable que, sin existir justificación, se instaure de manera tardía, desnaturalizándola como mecanismo inmediato de protección de derechos fundamentales. Entre la ocurrencia del hecho generador del quebrantamiento o amenaza del derecho fundamental, y la interposición de la acción de tutela, debe transcurrir un tiempo razonable, lo cual constituye el requisito de procedibilidad conocido como inmediatez. Por todo lo anterior, declaró improcedente la acción instaurada.

J. Impugnación

La parte actora impugnó ese fallo, al no compartir los argumentos para denegar la acción porque el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 señale que la acción de tutela no procede cuando existan otros medios de defensa judicial, apreciación que estima equivocada en cuanto desconoce que dicha regla no es de carácter absoluto, pues en el desarrollo que ha hecho la Corte Constitucional se ha establecido que la existencia de otro mecanismo judicial debe ser evaluada por el respectivo juez.

Si bien es cierto que la finalidad del proceso de tutela implica presentar la solicitud tan pronto se verifican los hechos considerados violatorios de los derechos fundamentales, este no es el único elemento que debía tenerse en cuenta para declarar la improcedencia. Indicó la impugnación que la mayor causa de la inactividad fue la grave situación de derechos humanos que afronta el pueblo Wiwa de la Sierra Nevada

³ Acta de visita especial practicada por el Personero Municipal.

Santa Marta, que impidió y todavía dificulta la coordinación y organización entre sus miembros para la toma de decisiones colectivas, como frente a la construcción de megaproyectos en el territorio ancestral (f. 210 ib.). Además, frente a la acción de simple nulidad, hay que señalar su poca eficacia a la hora de proteger de manera rápida derechos fundamentales.

K. Fallo de segunda instancia

El Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en junio 18 de 2008 confirmó la decisión impugnada, al considerar que *«no es oportuno ni razonable, que una vez agotado ese procedimiento en el que se brindaron las facilidades por parte de los entes públicos responsables del proceso y cuando ya se ha iniciado la ejecución del megaproyecto, se acuda a este excepcional recurso de protección constitucional con las pretensiones que han formulado los demandantes»* (f. 40 cd. Consejo Sup.).

En consecuencia, refrendó la decisión del *a quo* por hallarla ajustada a los lineamientos jurisprudenciales sobre la inmediatez como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción, que de no cumplirse por parte del peticionario torna en innecesario el análisis de las demás circunstancias de las que dependería la prosperidad de la acción.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Primera. Competencia

Esta Corte es competente para decidir, en Sala de Revisión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. El asunto objeto de análisis

Corresponde a esta Sala establecer si a los accionantes se le han vulnerando los derechos fundamentales a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, al debido proceso, a la participación, al resguardo de las riquezas naturales de la nación y a la consulta indígena, al expedirse la licencia ambiental N° 3158 de agosto 10 de 2005, otorgada por CORPOGUAJIRA, en la que según ellos se omitió agotar en debida forma el proceso de consulta previa, por cuanto únicamente fueron convocadas unas comunidades indígenas directamente afectadas y no todos los pueblos que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta.

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. 7), 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 aborigen 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 y de naturaleza inajenable, inalienable, imprescriptible e inembargable (arts. 63 y 329 ib.)⁴.

El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios que ellos habitan reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales, que es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso⁵, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen 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.⁶

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.⁷

Cuarta. La consulta previa. Reiteración de jurisprudencia

La consulta previa es un proceso mediante el cual el Estado garantiza a las autoridades respectivas de los grupos étnicos y a las comunidades implicadas, directamente la

⁴ T-254 de mayo 30 de 1994. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵ 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.

⁶ SU-039 de febrero 3 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

⁷ T-380 de septiembre 13 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

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 integridad étnica, cultural, social y económica de los pueblos indígenas y tribales que habitan en nuestro país.

Para alcanzar este objetivo, la participación activa y efectiva de las comunidades es clave para la toma de las decisiones que deban ser adoptadas, acordadas o concertadas en la medida de lo posible.

Esta Corte, en sentencia SU 039 de febrero 3 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell, definió la finalidad de la consulta previa en los siguientes términos:

«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 aquellas 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 dé 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».

Cuando la concertación no es posible, la decisión sobre el proyecto de desarrollo recae en el Estado y, si debe ir en contra del consentimiento indígena, deberá justificar su pronunciamiento y establecer, entre otras cosas, que el proyecto los beneficia y no viola la integridad cultural.

Así, en cumplimiento de la Ley 21 de 1991, al realizar un proceso de consulta el Estado debe establecer medios para consultar a los grupos étnicos (art. 15), mediante procedimientos apropiados (art. 6) y con las instituciones representativas de los grupos étnicos; también se han de realizar estudios en cooperación con los pueblos indígenas, a fin de evaluar el impacto social, espiritual, cultural y ambiental que las actividades previstas puedan tener sobre ellos. Hay que tener en cuenta, como criterios fundamentales para la ejecución de los proyectos o programas, los resultados de los estudios que se realicen con la participación de los grupos étnicos (art. 7), fijar los criterios, términos y condiciones en que las comunidades indígenas puedan participar en la evaluación de los efectos que ocasione el proyecto y, si es posible, garantizar

la participación de los grupos étnicos en los beneficios que reporten las actividades de desarrollo que se realicen en su territorio.

Quinta. Doctrina de la Corte Constitucional respecto al principio de inmediatez como requisito de procedibilidad de la acción de tutela

No obstante lo expuesto, antes de asumir la solución del problema jurídico planteado, es necesario efectuar algunas consideraciones en torno al principio de inmediatez, referente al tiempo dentro del cual debe ejercerse la acción de tutela, para que pueda abordarse la concesión del amparo solicitado. Estas consideraciones resultan relevantes para determinar la procedencia o no de la acción, al punto que de no resultar cumplido este requisito, resulta superfluo analizar las demás circunstancias de las que dependería la prosperidad de la solicitud de protección frente al caso concreto.

La Corte tiene establecido que si bien la acción de tutela puede ejercerse en cualquier tiempo, ello no significa que el amparo proceda con completa independencia de la demora en la presentación de la petición⁸. Concretamente, ha sostenido la Corte que la tutela resulta improcedente cuando la demanda se interpone después de transcurrido un lapso considerable, desde la fecha en que sucedieron los hechos o viene presentándose la omisión que hipotéticamente afecta los derechos fundamentales del peticionario.

Entre múltiples pronunciamientos,⁹ es especialmente ilustrativo volver sobre lo que al respecto se planteó en la sentencia SU-961 de diciembre 1° de 1999, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, en la cual se hizo un recuento y unificación de la jurisprudencia hasta entonces existente en torno a este tema, para determinar:

«Teniendo en cuenta este sentido de proporcionalidad entre medios y fines, la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros.»

Repetidamente, la Corte ha llamado la atención sobre el hecho de que, por disposición de la norma constitucional que la establece (art. 86), la acción de tutela tenga por objeto procurar **«la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública»** (no está en negrilla en el texto original). Es decir, que en vista de la gravedad del problema que se quiere afrontar

⁸ Cfr. C-543 de 1992, por la cual se declaró inexecutable el artículo 11 del Decreto 2591 de 1991.

⁹ Cfr., para citar sólo lo decidido durante los dos últimos años, T-016, T-158, T-203, T-206, T-222, T-232, T-268, T-304, T-539, T-541, T-588, T-613A y T-654 de 2006; T-001, T-116, T-123, T-185, T-204, T-231, T-307, T-331, T-335, T-364, T-372 y T-387 de 2007.

(la vulneración de derechos constitucionales fundamentales de las personas), se ofrece una respuesta cuya potencialidad es considerablemente superior a la de otros medios de defensa judicial, la misma que la norma constitucional ha definido de manera sencilla y clara como **protección inmediata**, que justifica acudir al **procedimiento preferente y sumario** y que el fallo sea de **inmediato cumplimiento**.

Dentro del mismo contexto en que se basa esta reflexión, si entre la ocurrencia de la alegada vulneración de derechos fundamentales y la búsqueda de la solución (presentación de la acción de tutela) transcurre un lapso considerable, es entendible que se infiera menor gravedad de la vulneración alegada o poca lesividad del eventual perjuicio generado, por lo cual no sería razonable brindar, ante esos hechos, la protección que caracteriza a la acción de tutela, que ya no sería inmediata sino inoportuna.

A esta consideración la Corte ha añadido otras no menos importantes, como las relacionadas con la seguridad jurídica, que reclama la pronta resolución definitiva de las situaciones litigiosas, y el interés de terceros, cuya situación podría verse súbita e injustamente afectada por el otorgamiento tardío de la protección constitucional al tutelante, cuando este no la reclamó dentro de un término razonable.

Es por ello que, en la misma providencia arriba citada y a continuación del párrafo atrás transcrito, expresó también la Corte (sin negrilla en el original):

*«Si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo esta no se ha interpuesto de manera razonable, **impidiendo que se convierta en factor de inseguridad**, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción.»*

Concordante con el hecho de que corresponda al juez evaluar dentro de qué tiempo es razonable ejercer la acción de tutela en cada caso concreto, la Corte ha señalado que corresponde igualmente a aquel valorar las circunstancias por las cuales el solicitante en un amparo de tutela pudiera haberse demorado para interponer la acción por un tiempo superior al que abstractamente parezca apropiado, de acuerdo con los hechos de que se trate. Así, de manera excepcional, la tutela ha procedido en algunos casos en los que ella se interpuso tardíamente, cuando el juez, frente a las circunstancias del caso concreto, encuentra justificada la demora¹⁰.

Queda establecido entonces que, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia de esta Corte, la acción de tutela resulta improcedente cuando se interpone de manera extemporánea, esto es, después de haber pasado un lapso razonable desde la ocurrencia de los hechos que dan lugar a la solicitud de protección, siempre que no medien razones que, frente a las circunstancias del caso concreto, constituyan explicación sustentada de tal demora. Por ello, tratándose de un requisito de procedibilidad de la acción de tutela, la Sala pasa a continuación a evaluar su adecuado cumplimiento en la situación bajo estudio.

¹⁰ Cfr. T-726 y T-1167 de 2005; T-206, T-468 y T-654 de 2006, entre otras.

Sexta. Caso concreto

Como se ha mencionado, la licencia ambiental N° 3158, otorgada por la Corporación Autónoma Regional de La Guajira (CORPOGUAJIRA), que en sentir de los accionantes vulnera sus derechos fundamentales, fue expedida en agosto 10 de 2005 y modificada en diciembre 5 del mismo año, quedando clara la improcedencia de la eventual apelación contra ese acto administrativo desde diciembre 13 de 2005. La acción de tutela que pretende restablecer los derechos fundamentales presuntamente afectados por aquel acto administrativo, se propuso en diciembre 14 de 2007.

Se observa así que en el presente caso la acción de tutela se incoó después de transcurrir dos años desde la fecha en que quedó en firme el acto administrativo cuestionado, lo que evidentemente resulta excesivo y conduciría a la improcedencia de la tutela.

Sin embargo, en desarrollo de la línea jurisprudencial antes reseñada, es pertinente examinar si en este asunto concurren circunstancias que justifiquen la gran demora de los accionantes para solicitar el amparo ante la alegada vulneración de sus derechos fundamentales, para lo cual el juez constitucional debe considerar, entre otros aspectos, la importancia de los derechos alegados, las circunstancias particulares del caso en estudio, su mayor o menor conocimiento de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales, así como la facilidad con que los interesados podían hacer uso efectivo de estos mecanismos.

Una razón de los accionantes para justificar la demora, según ellos, radica en *«la grave situación de derechos humanos que afronta el pueblo Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta, que impidió –y todavía dificulta– la coordinación y organización entre sus miembros para la toma de decisiones colectivas acerca de cosas tales como la construcción de megaproyectos en el territorio ancestral»*, argumento que, en principio, resultaría justificado para no ejercer de manera oportuna las acciones pertinentes, pero también se observa la extensa relación de dicha situación desde 1998, indicando diferentes sucesos que no demuestran la imposibilidad real de poder acudir a los medios de defensa existentes para el caso.

Por otra parte, se deduce de las actas de información, reunión y consulta con las diferentes comunidades indígenas, que frente a la expedición de la licencia ambiental:

- i) Asistieron miembros de las diferentes comunidades étnicas que se encuentran localizadas y asentadas en el área de influencia directa del desarrollo del proyecto, al igual que funcionarios de las entidades públicas involucradas.
- ii) Las reuniones de consulta previa fueron realizadas en cumplimiento a las normas establecidas para tal fin.
- iii) Se realizaron los estudios de impacto ambiental y plan de manejo del proyecto, hasta obtener el Informe Técnico N° 0300096 de agosto 5 de 2005.

También obra en el expediente, con sustento en la inspección decretada en primera instancia y practicada en marzo 4 de 2008 en la zona de la futura represa, que:

- i) Los predios adquiridos por INCODER para la ejecución del proyecto, han sido históricamente de propiedad de particulares.

- ii) El poblado indígena más próximo dista cerca de 26 kilómetros de la zona de ejecución del proyecto.
- iii) En el área de influencia no existen sitios sagrados, viviendas ni cultivos de pancoger que pertenezcan a comunidades indígenas.

Lo reseñado en los párrafos anteriores también muestra que sí fueron efectuadas consultas con buena parte de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, infiriéndose que, por conducto de estas y por la notoriedad del proyecto, todas las demás moradoras en el contorno estaban en posibilidad de informarse, lo que de ninguna manera justifica que sólo dos años después se acuda a una medida de «*protección inmediata*», que se impone a través de «*procedimiento preferente y sumario*», para procurar un fallo de «*inmediato cumplimiento*».

Así, por estar acorde a derecho, será confirmada la sentencia de junio 18 de 2008, proferida por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, que resaltando el incumplimiento del principio de inmediatez y que «*no es oportuno ni razonable, que una vez agotado ese procedimiento en el que se brindaron las facilidades... y cuando ya se ha iniciado la ejecución del megaproyecto, se acuda a este excepcional recurso de protección*», confirmó la dictada por la Seccional de La Guajira en marzo 5 del mismo año, denegando la tutela solicitada.

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. CONFIRMAR la sentencia de junio 18 de 2008, proferida por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, que confirmó la dictada por la respectiva Sala del Consejo Seccional de la Judicatura de La Guajira, en marzo 5 del mismo año, denegando la tutela pedida por José Manuel Chimusquero Alberto y otros, contra la Corporación Autónoma Regional de La Guajira (CORPOGUAJIRA) y otros.

Segundo. Por Secretaría General, **LÍBRESE** la comunicación a que alude el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

Los Magistrados,

Nilson Pinilla Pinilla
Humberto Antonio Sierra Porto
Jorge Iván Palacio Palacio

La Secretaria General,

Martha Sáchica de Moncaleano

9. SENTENCIA C-175 DE 2009 (“Caso Ley Estatuto Rural”)

Publicada en el Diario Oficial 46.700 del 25 de julio de 2007

SENTENCIA C-175 de 2009

Ref.: Expediente D-7308

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1152 de 2007, «por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones».

Actores: Gustavo Gallón Giraldo, Fátima Esparza Calderón y Astrid Orjuela Ruiz.

Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de marzo de dos mil nueve (2009).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente sentencia.

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución, los ciudadanos Gustavo Gallón Giraldo, Fátima Esparza Calderón y Astrid Orjuela Ruiz, instauraron demanda de inconstitucionalidad en contra de la Ley 1152 de 2007, «por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones», en su integridad.

Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

En razón de su extensión, la norma demandada, *publicada en el Diario Oficial 46.700 del 25 de julio de 2007*, se transcribe en el Anexo que hace parte de esta sentencia.

III. LA DEMANDA

Los demandantes consideran que la Ley 1152/07, en su integridad, es inexecutable en tanto viola los artículos 2º, 7º, 40 y 330 de la Constitución, al igual que el artículo 6º del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, que en

criterio de los actores hace parte del bloque de constitucionalidad. Ello debido a que la disposición no fue consultada a las comunidades indígenas y afrodescendientes, antes de la radicación del proyecto de ley correspondiente, ni durante el trámite del mismo en el Congreso.

Para sustentar esta posición, la demanda inicia con una exposición sobre las reglas planteadas por la jurisprudencia constitucional en relación con el derecho de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes dentro del ordenamiento jurídico colombiano, a través de una oportunidad real y efectiva de pronunciarse respecto de las iniciativas legislativas y medidas administrativas que pueden afectarlas en cualquier aspecto.

Luego, establece que para el caso particular de la ley acusada, que consagra el Estatuto de Desarrollo Rural (en adelante EDR), su contenido no fue consultado con las comunidades indígenas y afrodescendientes. Señala que si bien es cierto durante el trámite del proyecto de ley se realizaron algunas reuniones donde se informó a ciertos sectores sociales sobre el mismo, este trámite, a la luz de lo expuesto por la Corte en la sentencia SU-039/97, no tienen un alcance tal que permita acreditar el cumplimiento del requisito de consulta.

En relación concreta con cada una de las autoridades públicas involucradas con ese proceso, los demandantes sostienen que ninguna de ellas cumplió con el citado requisito constitucional. Así, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, indicó que la consulta la había adelantado a través de la Alta Consultiva de Negritudes y la Comisión Nacional de Territorios, ente este último respecto del cual había realizado todos los esfuerzos para obtener consensos, a partir del mantenimiento de los canales para ese propósito. Empero, declaraciones públicas de la Organización Nacional Indígena de Colombia – ONIC, entidad que hace parte de dicha Comisión, indican que el proyecto de ley no contó «con la debida participación de las comunidades rurales, directamente afectadas con la decisión». Además, los delegados indígenas ante la Comisión Nacional de Territorios, reunidos en Bogotá los días 30 y 31 de mayo y 1º de junio de 2007, momento en que el Ministerio señala que se realizó la consulta, enviaron una comunicación al Congreso de la República, en el que ponen de presente los peligros que para su subsistencia involucra la ley acusada y sostienen que no se les consultó oportunamente sobre su contenido. Al respecto, ponen de presente en la comunicación que, en criterio de las comunidades, la consulta no tiene el único propósito de ser escuchada, sino que debe realizarse «con la finalidad de llegar a un acuerdo». Consideraciones similares fueron expuestas por los Mamos de la Sierra Nevada, quienes indicaron que el proyecto de ley afectaba de manera grave sus intereses, por lo que el Gobierno estaba obligado a propiciar espacios efectivos de participación. Con base en estas comprobaciones, los demandantes indican que contrario a lo afirmado por el Ministerio, en lo que tiene que ver con el EDR no se hizo efectivo el derecho fundamental a la consulta previa. Este hecho se comprueba, además, con el hecho que la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas, no haya sido convocada, en los términos del Decreto 1397 de 1996, para los fines correspondientes y descritos por la Corte en la sentencia C-030/08.

De otro lado, señalan los demandantes que lo afirmado por el Ministerio, en el sentido que el proceso de consulta propició la modificación de algunos artículos del proyecto de ley, resulta desvirtuado por las manifestaciones efectuadas ante la Plenaria del Senado por parte del senador indígena Ramiro Estacio. En criterio de este congresista, el proyecto estaba viciado de inconstitucionalidad, pues se había omitido el requisito de la consulta previa a las comunidades indígenas. Así, conforme lo señala la demanda, la omisión del requisito constitucional de la consulta previa fue pretermitido, debido a que «i) *No fueron citadas las instancias correspondientes para la consulta del proyecto, y aquellas con quienes se afirma se surtió la consulta en diferentes pronunciamientos han reclamado al Gobierno Nacional, especialmente al Ministerio de Agricultura y al Congreso de la República, la falta de consulta previa; ii) El senador Indígena Ramiro Estacio convocó un Foro Indígena a partir del cual se hicieron algunos aportes al proyecto de ley, como lo reconoce el Ministro de Agricultura. Sin embargo, esos acercamientos promovidos por el H. Senador Estacio no constituyen consulta previa, por no cumplir los requisitos establecidos por la Corte Constitucional al respecto, como lo advirtió el mismo Senador y como lo manifestaron en su momento las comunidades afectadas.*»

Agregan los actores que el Foro en el que, a juicio del Ministerio, se acreditó el requisito de la consulta previa, no reunió los requisitos fijados por la jurisprudencia constitucional para ese proceso. En tal sentido, si bien la reunión desarrolla el derecho a la participación, lo hace de forma genérica, lo que no incorpora debidamente los intereses de las comunidades indígenas y afrodescendientes. A este respecto, la demanda resalta que según las reglas fijadas por la Corte en la sentencia C-030/08, la participación general, que se concreta en la elección de los congresistas por parte de los miembros de las comunidades, es distinta al derecho fundamental de la consulta previa en los casos de proyectos de ley que susceptibles de afectarlas directamente. «Así, los foros convocados por el H. Senador Indígena Ramiro Estacio constituyen el desarrollo del derecho a la participación en sentido general, esto es, el derecho del Senador de conocer las opiniones de diferentes sectores sociales durante el trámite de un proyecto de ley, mas no el desarrollo del derecho fundamental a la consulta previa, obligatorio durante el trámite del Estatuto de Desarrollo Rural por afectar directamente a las comunidades indígenas y tribales.» De otro lado, también debe resaltarse que al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en su condición de autor del proyecto de ley, le correspondía un deber especial de garantía de ejercicio del derecho fundamental a la consulta previa, conforme lo ha resaltado la jurisprudencia constitucional respecto de las iniciativas gubernamentales que afectan los intereses de las comunidades tradicionales. Sin embargo, los demandantes insisten en que ese procedimiento no fue llevado a cabo.

En relación con el trámite surtido ante el Senado de la República, la demanda pone de presente que luego de solicitada la información pertinente, se pudo comprobar que en las distintas Gacetas del Congreso que dan cuenta del procedimiento legislativo, no existe ninguna alusión al derecho de consulta de las comunidades indígenas y afrodescendientes, salvo alusiones en el informe de ponencia para primer debate, que incluye dos artículos en el pliego de modificaciones, que contemplan la obligación de realizar la consulta previa «i) *en casos de adecuación de tierras de*

comunidades indígenas o minorías étnicas y ii) cuando se trate de la formulación, implementación y ejecución de programas y proyectos en territorios de las comunidades indígenas.» De otro lado, la exposición de motivos de la ponencia favorable para segundo debate en Senado pone de presente que la consulta previa, establecida por el Convenio 169 de la OIT, tendría que realizarse antes de la sanción de la ley contentiva del EDR. Finalmente, existen pronunciamientos efectuados en la Plenaria por los senadores Ramiro Estacio y Alexander López Maya, que sostienen la falta de cumplimiento del requisito mencionado.

En lo que tiene que ver con el mismo trámite, esta vez ante la Cámara de Representantes, la demanda indica que el proceso de consulta previa tampoco fue realizado, como lo indicó la Representante por las comunidades negras María Isabel Urrutia ante la Plenaria de esa corporación. Advierten, de manera similar que ante la solicitud efectuada ante la Cámara, la Secretaría de la Comisión Quinta señaló a los demandantes que se habían realizado una serie de audiencias públicas, con el fin de recabar el punto de vista de los sectores sociales interesados en la materia del proyecto de ley. Esta actuación, a juicio de los libelistas, no cumple con las condiciones fijadas por la jurisprudencia constitucional para cumplir con el requisito de la consulta previa.

Por lo tanto, conforme a la información recabada ante el Ministerio de Agricultura y el Congreso de la República, los demandantes concluyen que *«i) No existió consulta alguna a las comunidades indígenas y tribales con antelación a la presentación del proyecto de ley en el Congreso; ii) los mecanismos utilizados por el Ministerio de Agricultura para dar lugar a la consulta previa no estuvieron fundados en relaciones de comunicación y entendimiento ni se caracterizaron por el mutuo respeto y la buena fe entre las comunidades y el Gobierno, al punto que las instancias en las que el Gobierno señala haber consultado el Proyecto manifestaron constantemente sus múltiples reparos al mismo, entre ellos la falta de consulta previa; iii) las comunidades indígenas y afrodescendientes no contaron en ningún estadio del trámite legislativo con pleno conocimiento de las disposiciones que el proyecto implementa; iv) el proyecto de ley no se consultó con las autoridades representativas de las minorías étnicas habitantes de Colombia, al punto que la Comisión Nacional de Territorios protestó por la falta de consulta del mismo; v) el trámite que según el Ministerio de Agricultura se surtió no garantizó la participación efectiva de todas las comunidades, de conformidad con sus usos, costumbres, tradiciones y métodos de toma de decisión; vi) nunca se surtió consulta alguna sobre el trámite de consulta mismo; y finalmente, vii) no hubo consentimiento libre, previo e informado de las comunidades susceptibles de ser afectadas por el Estatuto de Desarrollo Rural».*

El contenido del EDR, en criterio de la demanda, debe consultarse. En efecto, si el objetivo del mismo es establecer un marco regulatorio dirigido a lograr un desarrollo humano sostenible y el bienestar del sector rural, es evidente que afecta a las comunidades indígenas y afrodescendientes, puesto que sus miembros conforman principalmente ese sector. Además, el texto del EDR prevé normas que afectan directamente los intereses de dichas comunidades. Sobre el particular, si se parte de

advertir el especial significado de la tierra dentro de la cosmovisión de las comunidades tradicionales, reivindicada por el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia constitucional y de tribunales internacionales, toda norma que establezca un régimen que incorpore reglas relacionadas con el derecho de esas comunidades a gozar de la propiedad colectiva sobre sus territorios y ecosistemas, tiene efectos concretos respecto del derecho a la diversidad cultural.

Al respecto, la demanda insiste en que el Convenio 169 de la OIT establece la obligación de los gobiernos de respetar la importancia que para las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas y tribales reviste su relación con la tierra y los territorios y regula a través de diferentes artículos el derecho a la tierra: (i) el artículo 14 dispone que deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho a la propiedad y de posesión sobre las tierras que generalmente ocupan, y señala además que se deben tomar las medidas necesarias para salvaguardar el derecho de estos pueblos a utilizar las tierras que no hayan sido ocupadas exclusivamente por ellas, pero a las que han tenido tradicionalmente acceso, por sus actividades tradicionales; (ii) el artículo 15 señala que los derechos de los pueblos indígenas y tribales a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente y que este derecho incluye la facultad de estos pueblos de participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos; (iii) el artículo 16 establece que, sin perjuicio del artículo 15, los pueblos no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan; y (iv) el artículo 17 preceptúa que deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra de dichas comunidades.

De manera similar, advierte cómo diversas instancias del derecho internacional de los derechos humanos, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido que la protección del derecho a la propiedad involucra la garantía de los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal.¹ Igualmente, resalta que ese tribunal ha reconocido que dicha garantía comprende la particular relación que tienen las comunidades tradicionales con la tierra y los recursos naturales, que lleva a una relación de su dependencia entre estos y su identidad colectiva.²

Por último, en lo que tiene que ver con la afectación concreta a la población indígena y afrodescendiente por parte del EDR, los demandantes indican que diferentes artículos del mismo «hacen especial referencia a las comunidades indígenas y tribales. Así, el Capítulo I sobre ‘resguardos indígenas y minorías étnicas’ del Título VI sobre ‘programas especiales’ se dedica exclusivamente a esta población; en estos artículos se abordan temas relacionados con los derechos a la tierra y al territorio, en especial en lo relacionado con la constitución, saneamiento, reestructuración y

¹ La demanda refiere a la decisión en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, No. 79, párr. 148.

² Además de la decisión anterior, la demanda cita apartes de lo decidido por la Corte IDH en el caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C, No. 146.

ampliación de resguardos y dotación de tierras y se hace referencia a la función social y ecológica que deben cumplir estos territorios, entre otros asuntos. Estas disposiciones son un claro ejemplo de que el Estatuto de Desarrollo Rural debía ser consultado, por afectar de forma directa los derechos de las comunidades indígenas, en especial en lo relacionado con su derecho a la tierra». De forma similar, los numerales segundo y cuarto del artículo 4º del EDR, que establece las reglas sobre el acceso a la propiedad de la tierra, indican que dentro de los objetivos de la acción estatal dirigida al acceso de la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, se encuentra la concesión de beneficios a las comunidades conformadas por minorías étnicas, al igual que la formulación y ejecución de proyectos productivos, consonantes con los planes de vida de los territorios indígenas.

A este respecto, señalan los actores que *«si bien solamente dos de los numerales contenidos en el presente artículo hacen referencia expresa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, la totalidad del mismo sirve para evidenciar la necesidad de que se surtiese el trámite de consulta previa, porque en la ley se hace referencia directa a las comunidades indígenas y afrodescendientes a lo largo de todo el articulado y no solamente en el capítulo sobre resguardos indígenas y minorías étnicas. Así, sin contar los artículos contenidos en el citado capítulo (artículos del 116 al 125), los artículos 4, 5, 14, 16, 17, 22, 28, 34, 44, 53, 71, 72, 79, 95, 128, 144, 155, 158, 171 y 175 incluyen disposiciones relacionadas expresamente con las comunidades indígenas y afrodescendientes. || Se podría argumentar inicialmente que la falta de consulta vicia los artículos o los apartes relacionados específicamente con los derechos de las comunidades indígenas y tribales. Sin embargo, al demandar la inconstitucionalidad de dichos artículos o apartes que deberían ser retirados del ordenamiento jurídico, el Estatuto de Desarrollo Rural se convertiría en una ley discriminatoria en contra de los derechos e intereses de las poblaciones indígenas, al no incluirlas dentro del ámbito de aplicación de la misma. Es decir, de solicitar la inconstitucionalidad solamente de los apartes que hacen alusión expresa a las comunidades indígenas, el Estatuto de Desarrollo Rural dejaría por fuera a un sector amplio e importante de la ruralidad colombiana: los indígenas y afrodescendientes, en desmedro de sus derechos y se convertiría, por tanto, en una ley discriminatoria. Por esta razón, al ser esta ley «un conjunto sistemático e integrado de principios, objetivos, normas, lineamientos de política, mecanismos y procedimientos», la inconstitucionalidad por desconocimiento del derecho fundamental a la consulta previa se predica de todo el Estatuto.»*

Por último, la demanda anexa varios escritos de coadyuvancia de la demanda, suscritos por representantes de la Corporación Grupo Semillas, el Colectivo de Abogados «José Alvear Restrepo», la Fundación Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP), la Asociación Nacional de Usuarios Campesinos de Colombia – ANUC y de la ciudadana Edilia Mendoza Roa. Mediante estos documentos, de idéntica redacción, se solicita a la Corte que declare la inconstitucionalidad de la Ley 1152/07, en razón a que pretermitió la eficacia del derecho fundamental a la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes.

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, mediante escrito presentado por el Jefe de la Oficina Jurídica, intervino en el presente proceso con el fin de oponerse a las pretensiones de la demanda de inconstitucionalidad y defender la exequibilidad de la Ley acusada.

El interviniente parte de transcribir la exposición de motivos del proyecto de ley que dio lugar a la disposición demandada. De la misma, resalta que la iniciativa tiene como objetivos la de (i) compilar las distintas normas en materia de desarrollo rural, a fin de reducir a la alta dispersión normativa existente, a través de un estatuto único; (ii) la modernización de la política pública de reforma agraria, mediante la reformulación de los procesos de adquisición y entrega de predios rurales; (iii) la modernización de la política pública de riesgo agropecuario; (iv) la modernización de la institucionalidad rural y las mejoras en la gestión institucional, a través de la reestructuración de los procedimientos para la adquisición y distribución de tierras por parte del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – Incoder; (v) la modernización de la legislación agraria vigente, adecuándola a las realidades del país, lo que implicó la reforma de las reglas aplicables a la prescripción agraria, en especial para evitar su utilización irregular en contra de los intereses de la población en situación de desplazamiento forzado; y (vi) la dotación de más y mejores protecciones a la población desplazada por la violencia, a través de la entrega de subsidios de adquisición de tierra del 100%, acompañados de la financiación del proyecto productivo, junto con la posibilidad de revisión de las sentencias que declaran la prescripción agraria en los casos en que se afecten los derechos de dicha población.

A partir de los contenidos del proyecto de ley, el Ministerio advierte que el mismo *«no contenía modificaciones de política relacionadas con la normatividad relacionada (sic) con minorías étnicas, (...) los móviles para la radicación del proyecto de ley eran sustancialmente de política pública relacionada con el riego y reforma agraria sin modificar el modo de adquisición de las tierras por parte de las minorías étnicas bajo las normas que rigen tales materias.»*

Así, sostiene que el texto de la norma acusada no contrae una afectación específica a los intereses de las comunidades indígenas, más allá del efecto general y abstracto que se predica de las leyes. Por esta razón, no estaría acreditado uno de los requisitos que ha identificado la jurisprudencia constitucional para la exigibilidad del requisito de consulta previa. A este respecto, el interviniente advierte que la Ley 1152/07 no modificó los mecanismos de acceso a la propiedad de la tierra por parte de las minorías étnicas. Ello en la medida que el modelo de «reforma agraria por demanda» que prevé el EDR no es aplicable a las comunidades indígenas y afrodescendientes, como se corrobora por norma expresa. De tal manera, no resulta válido argumentar que la norma acusada les imponga a las comunidades tradicionales un modo particular de uso de la tierra, ya que el EDR permite que el Estado adquiera tierras en las condiciones que hoy lo hace, sin atar esa actividad a la ejecución de proyectos

productivos. Lo anterior se desprende de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 1152/07, disposición que establece que el EDR «no modifica, sustituye ni deroga las Leyes 21 de 1991 ni 70 de 1993 ni su reglamentación», esto es, las normas que, respectivamente, incorporan al ordenamiento jurídico colombiano el Convenio 169 de la OIT y reconocen los derechos ancestrales de las comunidades afrodescendientes, en desarrollo de lo ordenado en el artículo 55 transitorio C. P. A su vez, similares reglas de exclusión en la aplicación del EDR a las comunidades tradicionales son evidentes en los artículos 34, 116 y 132 del Estatuto.

El Ministerio sostiene, igualmente, que para el caso particular del EDR, el proceso de formación de la ley, contrario a como lo sostienen los demandantes, sí cumplió con el requisito de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Así, señala que de acuerdo con las reglas previstas en el Convenio 169 de la OIT, el Gobierno Nacional emprendió los esfuerzos necesarios para concertar con los órganos representativos de dichas comunidades.

Para el caso particular de las comunidades negras, el Ministerio indica que adelantó la consulta con los organismos representativos, definidos en la Ley 70/93 y, en especial, en el Decreto 2248 de 1995. De este modo, «el Gobierno Nacional adelantó cuatro mesas de concertación con la Subcomisión de Territorio de la Consultiva de Alto Nivel para comunidades negras, producto de las cuales, el Gobierno Nacional concertó numerosas modificaciones al articulado.» Para sustentar este aserto, el Ministerio puso a consideración de la Corte copia del acta de la «reunión de concertación de la subcomisión de territorios, medio ambiente y recursos naturales», en la que participaron funcionarios de esa Cartera y miembros de la Comisión Consultiva de Alto Nivel para comunidades negras. En esta reunión, se acordaron modificaciones al articulado, relacionadas con la preservación en el EDR de la vigencia de lo dispuesto en la Ley 70/93; facultar al Incoder para adquirir predios rurales a favor de las comunidades negras que no posean predios o cuando la superficie de los mismos sea insuficiente; y la exclusión de la aplicación de los criterios de «predio improductivo» a los resguardos indígenas y a los predios integrados dentro de los títulos de propiedad colectiva de comunidades negras. El interviniente indica que estas propuestas fueron efectivamente incorporadas en el texto del proyecto de ley, a través de proposición suscrita por el Ministro de Agricultura y resultaron aprobadas por el Congreso.

En lo que tiene que ver con la consulta previa a las comunidades indígenas, el Ministerio parte de resaltar que, como lo ha identificado la jurisprudencia constitucional, no existe un procedimiento específico, legalmente definido, para efectuar la consulta previa. Antes bien, los instrumentos internacionales otorgan carácter potestativo a cada Estado para su definición. De allí que el interviniente sostenga que el análisis que se realice a ese proceso debe tener carácter flexible.

Señala el interviniente que, bajo este marco legal, «esta Cartera agotó todas las vías de acercamiento con las autoridades indígenas, y, en particular, con la Mesa Nacional de Concertación de Territorios Indígenas a través de su órgano pertinente «Comisión Nacional de Territorios Indígenas». En cumplimiento de este trámite, el Ministerio señala que llevó a cabo todas las actividades administrativas, físicas,

económicas y logísticas necesarias para llevar a cabo una reunión con dicha Comisión. *«No obstante lo anterior y tras varios intentos de concreción de una fecha que permitiera la asistencia de los miembros de la Comisión, tal reunión no pudo tener lugar dado que siempre se adujeron diferentes motivos por los Comisionados para evitar tal citación.»*

Para lograr esta reunión, el Ministerio realizó la contratación pública destinada a asegurar el traslado de los Comisionados y su hospedaje en Bogotá, a fin de que se efectuara el encuentro con los funcionarios del Gobierno Nacional. Sin embargo, habida cuenta de las *«dilaciones y evasivas»* de los Comisionados, el Incodec debió suscribir con la empresa contratista un contrato de *«cesión de la posición contractual»*, con el fin de que la responsabilidad en el arreglo de dicho traslado y permanencia quedara a cargo de la Organización Nacional Indígena de Colombia – ONIC. Esto, dado que *«el Gobierno, esperanzado en las calidades propias de la Organización Indígena y a sugerencia de esta, encaminó los esfuerzos a disponer todos los mecanismos necesarios para la asistencia de la Comisión Nacional de Territorios con la coadyuvancia de la ONIC a fin que la cooperación de las Organizaciones ‘fluyera’ sin mayores tropiezos.»*

Fruto de esta actividad, logró concertarse la reunión para el periodo del 30 de mayo al 1º de junio de 2007. No obstante, las comunidades indígenas consideraron necesario debatir internamente si decidían incluir dentro de la convocatoria la discusión acerca del contenido del proyecto de ley del EDR, sin resultados positivos. Ante ello, la directora de Desarrollo Rural del Ministerio insistió en la inclusión de la materia en el orden del día, *«toda vez que las comunidades no propiciaron el espacio durante los dos días anteriores»*. Como respuesta a esta solicitud, las organizaciones indígenas dieron lectura a un comunicado, en el que rechazaron el contenido del proyecto de ley, para luego retirarse del recinto.

A partir de lo expuesto, el Ministerio alega que *«en el caso concreto, el Gobierno Nacional actuó de buena fe, abriendo todos los espacios de concertación necesarios, buscando interlocución con las comunidades, disponiendo de los recursos públicos para concretar escenarios de concertación, buscando en multiplicidad de ocasiones la retroalimentación de las comunidades»*. Agrega que el derecho a la consulta no tiene carácter absoluto, ni menos puede constituirse en un poder de veto que vacíe la actividad legislativa, mucho más cuando, como sucede en el presente caso, la imposibilidad de la consulta previa se derivó de una decisión autónoma de las comunidades indígenas de participar en las instancias propuestas por el Ministerio para el efecto. En tal sentido, trae a colación las consideraciones efectuadas por la Corte en las sentencias C-891/02 y C-620/03, al igual que lo señalado por la OIT en la *Guía para la Aplicación del Convenio 169*.

Conforme lo expuesto, el Ministerio se opone a las consideraciones de los demandantes, en el sentido que esa cartera no llevó a cabo acciones tendientes a asegurar el ejercicio del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas y afrodescendientes. Adicionalmente, indica que el Gobierno Nacional no sólo adelantó los esfuerzos transcritos, sino que también llevó a cabo otros eventos, como foros y talleres, que conforme lo señalado por la Corte en la sentencia C-891/02,

constituyen instrumentos apropiados para el fin perseguido. Así, destaca el interviniente que el 28 de septiembre de 2006 se realizó un Foro Indígena, a instancias del Gobierno Nacional y con la cooperación del Senador indígena Ramiro Estacio. En este evento, que se desarrolló en la plenaria del Senado de la República, contó con la participación del Ministro de Agricultura, veinte organizaciones étnicas y tres congresistas indígenas. De igual modo, el 20 de marzo de 2007 se realizó una «audiencia indígena» ante la Comisión Quinta de la Cámara de Representantes, con el fin de discutir el proyecto de EDR. En esa sesión participaron representantes de varias organizaciones de las comunidades indígenas y afrodescendientes, igual que servidores públicos de las instituciones estatales relacionadas con el tema agrario, junto con representantes gremiales. A este respecto, el interviniente indica que si *«bien es cierto que los foros y talleres en mención no suplen la metodología y el trámite en sí mismo de las consultas previas, no es menos cierto que tras los vanos esfuerzos del gobierno por lograr esos espacios de concertación, se buscó la difusión del proyecto a través de sus comunidades mediante foros televisados en el seno del Congreso de la República a fin de que la información proveniente de todos los sectores sociales fuera ampliamente discutida y difundida por los medios de comunicación de amplia difusión.»* En tal sentido, para el Ministerio los canales de participación dispuestos se erigieron de buena fe por parte del Gobierno y se mostraron suficientes e idóneos. Empero, la discusión no se surtió en debida forma, debido a la postura adoptada por las comunidades indígenas, quienes decidieron negarse a discutir los temas propios del EDR, privilegiándose otras materias generales. *«Sumado a lo anterior, luego de esclarecerse el fracaso de las reuniones y la imposibilidad de llegar a un acuerdo sustancial sobre el proyecto de ley, el Gobierno justificó su expedición dado que buena parte de las modificaciones legislativas no aplican a este tipo de población y así se lo hizo saber a las organizaciones indígenas mediante varias oportunidades y al Congreso de la República en la exposición de motivos del referido proyecto».*

Finalmente, el Ministerio interviniente presenta ante la Corte una serie de argumentos sobre los efectos de la declaratoria de inexistencia de la Ley 1152/07, en términos de la afectación de la institucionalidad del sector agrícola y la eliminación de formas más transparentes de reforma agraria y riego, con un mayor impacto y menos proclives a prácticas de clientelismo y corrupción en la compra y distribución de tierras.

2. Universidad del Rosario

Por encargo del decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, la profesora Gloria Amparo Rodríguez, directora de la Especialización y de la línea en investigación en Derecho Ambiental, presentó las razones que en su criterio justifican la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley 1152/07.

A partir de la jurisprudencia constitucional que define el contenido y alcance del derecho fundamental de las comunidades indígenas y afrodescendientes a la consulta previa, la académica interviniente sostiene que para el caso particular de la norma acusada, no se cumplieron las condiciones para la garantía de ese derecho, fijadas por la Constitución y por el Convenio 169 de la OIT. En efecto, a pesar que el EDR tiene precisas

connotaciones al territorio como parte integrante de la identidad cultural diferenciada de las comunidades tradicionales, la consulta no se llevó a cabo. Ello debido a que, en consonancia con las consideraciones efectuadas por el Centro Internacional para los Derechos Humanos y el Desarrollo Democrático de la OIT, este requisito se cumple sólo a condición que se otorgue a los consultados la oportunidad de manifestar sus puntos de vista e influir en la toma de decisiones. Además, tampoco fueron acreditadas las condiciones fijadas por la Corte sobre este particular en la sentencia C-030/08, de acuerdo con las cuales la consulta previa de medidas legislativas que afecten los intereses de las comunidades tradicionales, debe (i) poner en conocimiento de las mismas la norma propuesta por intermedio de instancias suficientemente representativas; y (ii) ilustrarlas sobre su alcance y sobre la manera como podría afectarlas y darles oportunidades efectivas para que se pronuncien.

Antes bien, está demostrado que durante el trámite legislativo que dio lugar a la norma acusada, concurrieron diversos pronunciamientos por parte de representantes de los grupos indígenas y afrodescendientes, que demandaban la realización de la consulta y que señalaban las implicaciones de la omisión de ese procedimiento. Agrega que, conforme al precedente constitucional mencionado, no toda reunión o audiencia cumple con el requisito de la consulta previa. Para el caso particular del EDR, la consulta *«debió realizarse teniendo en cuenta la representación y la autoridad de los pueblos indígenas y las comunidades negras, la interculturalidad y la lengua de las comunidades consultadas. Debió realizarse con las instituciones tradicionales y a través de sus autoridades o las organizaciones que las representen, que son las indicadas para manifestar los impactos sociales y culturales que un proyecto o una decisión pueda generar. (...) En estas reuniones de consulta, tanto para las comunidades negras como indígenas, era necesario que participaran todos sus miembros y sus representantes. Con ello se está garantizando la participación real y efectiva de los grupos étnicos y que dichos procesos no sean manipulados por algunos líderes que terminan defendiendo intereses personales que en nada benefician a estos pueblos.»* Así, para el caso de los indígenas, el Decreto 1397/96 confiere la potestad consultiva a la Mesa Permanente de Concertación de Pueblos Indígenas. Del mismo modo, respecto a las comunidades afrodescendientes, tal función es adscrita a la Comisión Consultiva de Alto Nivel que cumple el mismo papel.

La interviniente insiste en que la consulta previa debe estar provista de una metodología, igualmente concertada entre las partes interesadas. *«De esta forma, se puede contar con interlocutores legítimos de las comunidades, se establece el procedimiento a seguir y los criterios de legitimación de dicho proceso.»* Esta condición tampoco concurrió respecto del trámite previo a la expedición de la Ley 1152/07; por ende, la norma acusada se encuentra viciada de inconstitucionalidad.

3. Organización Nacional Indígena de Colombia – ONIC

La Organización Nacional Indígena de Colombia, a través de su Consejero Mayor, intervino en el presente proceso con el fin de solicitar a la Corte que declare la inconstitucionalidad de la Ley acusada. Para la ONIC, las previsiones del Decreto 1397/96 obligan a que la consulta previa se adelante ante la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas, procedimiento, con el

fin de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. No obstante, esta concertación no se llevó a cabo, sino que, antes bien, la norma fue aprobada por el Congreso, a pesar de que contiene disposiciones que afectan los intereses de las comunidades indígenas.

El interviniente hace énfasis, a partir de investigaciones académicas al respecto, sobre el lugar central que tiene la tierra en la cosmovisión y las prácticas tradicionales de las comunidades indígenas. Por ende, habida cuenta de que la ley establece múltiples regulaciones sobre el uso y aprovechamiento de los territorios rurales, su consulta resultaba obligatoria. Sobre este particular, la ONIC señala que la expedición de la Ley 1152/07 «*comportó modificar completamente los mecanismos estatales de solución institucional de los conflictos sobre la propiedad de la tierra, del Ordenamiento Social de la Propiedad. Por consiguiente no se trató tan sólo de modificar las normas que regulan la constitución, ampliación o saneamiento de los Resguardos Indígenas, sino de todas las normas, mecanismos y organismos de regulación, participación y decisión establecidos al respecto para el conjunto de sectores directamente interesados y afectados*». Este vínculo se hace patente, entre otras disposiciones, en las normas del capítulo II del título IV (artículos 136 a 143), que al versar sobre clarificación de la propiedad y deslinde de tierras, tendrá efectos directos sobre los territorios de las comunidades tradicionales, por ejemplo, respecto de la convalidación de títulos no originarios del Estado anteriores a 1997, los cuales podrían afectar zonas de resguardo.

Agrega el interviniente que buena parte de las nuevas estructuras institucionales que prevé el EDR, no cuentan con instancias para la participación y concertación por parte de los indígenas y afrodescendientes. Así por ejemplo, la Unidad Nacional de Tierras tendrá la competencia para resolver conflictos sobre la propiedad agraria, sin el concurso de representantes de las comunidades tradicionales. Este déficit de participación, en criterio de la ONIC, se agrava merced de la dispersión de instituciones que se harán cargo, en los términos del EDR, de la toma de decisiones respecto de la distribución y aprovechamiento de la propiedad agraria.

Para la ONIC, uno de los factores que debe tenerse en cuenta para determinar la necesidad de la consulta previa respecto de la Ley 1152/07 es su carácter integral y general. Destaca que conforme al artículo 1° de la misma, el EDR contiene un conjunto sistemático e integrado de reglas a través de los cuales el Estado colombiano promoverá y ejecutará las acciones orientadas a lograr un desarrollo humano sostenible y el bienestar del sector rural. Esa naturaleza amplia lleva a concluir, forzosamente, que los contenidos de la ley tienen la virtualidad de afectar de manera directa a las comunidades indígenas del país; más aun cuando, conforme a cifras dadas por el DANE, el 78% de la población indígena habita en áreas rurales.

A pesar de esta relación directa y verificable entre el EDR y los intereses de las comunidades tradicionales, la consulta previa, en criterio de la ONIC, no se llevó a cabo de conformidad con las reglas previstas por la jurisprudencia constitucional. Así, el interviniente indica lo siguiente:

«Tanto el Gobierno nacional como los directivos del Congreso de la República se limitan a afirmar que hubo consulta previa a los pueblos indígenas porque fue reunida la Comisión Nacional de Territorios Indígenas entre el 30 de mayo y el 1° de junio

de 2007; porque el senador indígena Ramiro Estacio y otros líderes indígenas participaron en foros sobre el proyecto de Ley y porque los Congresistas indígenas intervinieron en alguna forma en los debates.

Sin embargo, lo argumentado por quienes propusieron y aprobaron la ley no hace sino demostrar que en efecto no se realizó la consulta previa:

1. Una simple reunión, de cualquier organismo o con cualquier delegación indígena, por representativa que ella fuese, sin que se hubiera informado a las comunidades para que ellas tuvieran tiempo de pronunciarse sobre el proyecto de ley y se pudiera recoger sus opiniones y propuestas. Esta reunión fue convocada cuando el proyecto ya había sido aprobado en el Senado de la República y en la Comisión V de la Cámara y faltaban apenas dos semanas para su aprobación en la plenaria de la Cámara, mal podría considerarse como forma de cumplir con la consulta previa de una ley.

2. La Comisión Nacional de Territorios Indígenas no tiene por objeto organizar o culminar la consulta previa de medidas legislativas, pues de acuerdo con el artículo 11 del Decreto 1367 de 1996, es a la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos Indígenas a la que le corresponde concertar **todas** esas medidas. A la Comisión Nacional de Territorios le correspondía por una parte analizar las normas ya vigentes «para recomendar las modificaciones que se requirieran para superar los principales obstáculos que se presentan», a fin de darle cumplimiento a la constitución, ampliación y saneamiento de resguardos y desempeñar funciones operativas relativas a la concertación sobre la planificación, ejecución y evaluación de las actividades propias del Incora, luego Incoder. Así las cosas, la reunión de esta Comisión del 30 de mayo al 1º de junio de 2007 no sólo no podía concertar lo relativo al Proyecto de ley, sino que no cumplió con los fines de la misma al no orientarse al cumplimiento de las funciones del Incoder, lo cual motivó la justificada protesta de los delegados indígenas, tal y como lo citan los demandantes.

3. Los artículos 121 y 123 [de la Ley 1152/03] que modificaron la legislación hasta entonces vigente de manera que afectan directa y gravemente a los pueblos indígenas en general y anulan o recortan derechos antes establecidos de pueblos indígenas en particular, fueron modificados, por solicitud del Ministro de Agricultura, en la plenaria de la Cámara la noche del 13 de junio de 2007, sin que ningún indígena conociera antes el nuevo texto y sin que el mismo hubiese sido publicado previamente en la Gaceta del Congreso.

4. Las intervenciones de los Congresistas indígenas, cualesquiera que haya sido, no cumplen ni sustituyen el requisito de la consulta previa a la aprobación de la Ley (...)

En el mismo sentido, la ONIC establece que el Gobierno y el Congreso desconocieron el derecho a la participación pública de las comunidades indígenas. Ello en tanto se abstuvieron de acumular al proyecto de ley que dio origen a la norma acusada, otra iniciativa, preparada por organizaciones representativas de dichas comunidades. En el mismo sentido, el interviniente resalta que en sucesivas declaraciones, las mismas organizaciones expresaron su rechazo a los contenidos del EDR y, a su vez, denunciaron la falta de cumplimiento del requisito de consulta previa. Finalmente,

sostiene la ONIC que los cambios incorporados en el proyecto de ley tuvieron un alcance marginal, sin que se reformaran aquellos aspectos que consideraban particularmente problemáticos de la iniciativa, en especial, los concernientes a la titulación de tierras a partir de documentos precarios, que (i) podrían afectar la propiedad colectiva de los territorios tradicionales; y (ii) permitirían la validación de adquisiciones de tierras a través de medios violentos.

Por último, la intervención de la ONIC plantea un grupo de argumentos dirigidos a demostrar que el EDR es inconstitucional, por razones sustantivas distintas al incumplimiento del requisito de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Al respecto, considera la Organización que algunas disposiciones de la Ley 1152/07 son contrarias a la identidad y autonomía de las comunidades, al igual que al derecho a la propiedad colectiva de las mismas.

4. Organización Indígena de Antioquia – OIA, Fundación Centro de Cooperación al Indígena – Cecoin y Proceso de Comunidades Negras – PCN

La Organización Indígena de Antioquia y la Fundación Centro de Cooperación al Indígena, mediante oficios de idéntico contenido al presentado por la Organización Nacional Indígena, se oponen a la constitucionalidad de la Ley 1152/07.

De manera similar, a través de oficio suscrito por José Santos Caicedo, miembro del equipo de coordinación del Proceso de Comunidades Negras, dicha organización solicita a la Corte que declare inconstitucional la Ley acusada. Para ello replica textualmente buena parte de los argumentos expresados por la ONIC y, con base en ellos, concluye que la omisión del requisito de consulta previa es igualmente predicable en el caso particular de las comunidades afrodescendientes.

5. Cabildo Indígena de Guambía

El Cabildo Indígena de Guambía, a través de comunicación suscrita por su Gobernador, solicita a la Corte que declare la inexecutable de la norma acusada, habida cuenta la pretermisión del requisito de consulta previa a las comunidades indígenas.

El interviniente resalta que, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1397 de 1996, la Mesa Permanente de Concertación entre los Pueblos y Organizaciones Indígenas tiene la función de concertar entre estos y el Estado todas las medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectarlos. No obstante, esta instancia fue omitida por el Gobierno, lo que implica la inexistencia de la consulta previa. Al respecto, el Cabildo sostiene que el proceso de consulta tiene un propósito definido de concertación, pues de lo que se trata es que las comunidades y el Estado lleguen a un consenso o logren el consentimiento de aquellas acerca de las propuestas de regulación.

A partir de esta consideración, el interviniente transcribe las razones expuestas por la ONIC, según las cuales los contenidos concretos de la Ley 1152/07 afectan los intereses de los pueblos indígenas. A su vez, reitera los argumentos expresados por la misma Organización, con base en los cuales concluye que la consulta previa a las comunidades tradicionales no fue efectuada respecto del texto del EDR.

6. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – DeJuSticia.

El Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – DeJuSticia, mediante comunicación suscrita por su Director y una de sus investigadoras, solicita a la Corte que declare la inexecutable de la Ley demandada.

El interviniente parte de advertir que, a partir de previsiones constitucionales expresas, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido un derecho fundamental de las comunidades indígenas y afrodescendientes a la consulta previa, garantía predicable, entre otros escenarios, en la adopción de decisiones legislativas susceptibles de afectar sus intereses, posición reiterada recientemente por la Corte en la sentencia C-030/08. Esta consulta, conforme al mismo precedente, debe efectuarse bajo determinadas condiciones, entre ellas, el cumplimiento de los postulados propios de la buena fe y su direccionamiento hacia el logro de la concertación o consentimiento respecto de las citadas medidas.

Existe, en criterio del interviniente, un requisito de aprobación de las medidas legislativas mencionadas, según el cual (i) si una ley es susceptible de afectar directamente a una comunidad indígena o afrodescendiente y (ii) fue aprobada por el Congreso sin haber sido consultada previamente con esa comunidad, respetando los requisitos constitucionales propios de esas consultas, entonces esa ley se encuentra afectada por un vicio de constitucionalidad.

Estos presupuestos concurren para el caso de la Ley 1152/07. En efecto, el EDR está dirigido a modificar en forma profunda la normatividad agraria y, en especial, las reglas jurídicas relativas a la propiedad rural y el uso de la tierra, con el fin de promover ciertas modalidades de desarrollo rural. Habida consideración del lugar central que tiene la tierra en las prácticas y tradiciones de las comunidades indígenas y afrodescendientes, es claro que el contenido de la Ley 1152/07 afecta de manera directa sus intereses. Dicha *«afectación no se restringe a las disposiciones de la ley que hacen referencia expresa a los resguardos indígenas y a los territorios de las comunidades negras, que son muy numerosas, sino a la totalidad de la ley, por regular ésta un elemento esencial a la identidad cultural y al soporte material de estas comunidades.»*

DeJuSticia concurre con los demás intervinientes, en el sentido que el trámite previo de la expedición de la norma acusada no cumplió con el requisito de consulta previa, de conformidad con los mínimos establecidos en el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia constitucional. En especial, sostiene que las audiencias públicas realizadas en el Congreso sobre la materia, no cumplieron con dichos estándares. En consecuencia, el precepto deviene inexecutable.

Por último, el interviniente sostiene que la declaratoria de inconstitucionalidad del EDR debe recaer sobre la totalidad de la Ley 1152/07 y no sólo sobre aquellas disposiciones que hacen referencia directa a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Ello en la medida que *«la afectación directa a esas comunidades por el Estatuto de Desarrollo Rural no se da únicamente por aquellas disposiciones que expresamente se refieren a dichas comunidades sino por el conjunto de regulaciones referidas al desarrollo rural, y en especial referidas a la regulación de*

la tierra, que es el cuerpo esencial de la ley, puesto que ellas pretenden modificar el significado mismo del desarrollo en el campo y con ello afectan – de manera positiva o negativa – el futuro de tales comunidades, por lo que la ley debió ser consultada previamente.»

7. Ciudadana Idalmy Minotta Terán

La ciudadana Idalmy Minotta Terán, miembro de la Comunidad Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras y representante de las mismas ante el Consejo Directivo del Incodec, intervino ante la Corte con el fin de defender la exequibilidad de la norma acusada.

Con este fin, sostiene que el Gobierno Nacional adelantó las labores tendientes a consultar el contenido del EDR con las comunidades negras, a través de la interlocución con la Comisión Consultiva de Alto Nivel, organismo que en los términos del artículo 5° del Decreto 2248 de 1995, tiene la competencia para el efecto.

8. Intervención extemporánea

Vencido el término de fijación en lista del asunto de la referencia, los ciudadanos Carlos Rosero, Marilyn Machado, José de los Santos Cabeza, Daniel Garcés Carabalí, David Augusto López, Emerson de Arco, Jacqueline Moguea, Jesús Natividad Pérez Palomino y Hernán Cortés Arboleda, miembros del equipo de Coordinación Nacional del Proceso de Comunidades Negras – PCN, presentaron escrito de intervención, en el que solicitan a la Corte que declare la inexecutable de la norma acusada, en razón a la falta de cumplimiento del requisito de consulta previa.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Habida cuenta el impedimento del Procurador General para actuar en este proceso, aceptado por la Sala Plena de la Corte, a través de Auto del 30 de julio de 2008, el Viceprocurador General de la Nación rindió el concepto previsto en los artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución, en el que solicita a la Corte que declare la inexecutable de la norma acusada, con base en los argumentos siguientes:

1. El Ministerio Público inicia su estudio con una consideración preliminar, relacionada con el carácter material del cargo de inconstitucionalidad presentado por los demandantes. Así, utilizando las reglas fijadas por la Corte en la sentencia C-030/08, indica que si bien el vicio de inconstitucionalidad está relacionado con el cumplimiento de requisitos previos a la expedición de la norma acusada, la argumentación en contra de tal ordenamiento se limita a una época anterior a la iniciación del trámite en el Congreso de la República, es decir, no se hace referencia alguna a vicios de forma, pues la tesis de fondo que esgrimen los actores es la ausencia total de consulta previa del proyecto que luego se convirtió en el Estatuto de Desarrollo Rural, lo cual, a su juicio, desconoció el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT y los artículos 2, 7, 40 y 330 de la Constitución Política.
2. Luego de recopilar los aspectos centrales de la doctrina constitucional sobre el derecho fundamental a la consulta previa, en tanto escenario concreto de participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes en las decisiones

que las afectan, la Vista Fiscal estableció que la eficacia de ese derecho depende que en cada caso concreto se comprueben las condiciones siguientes: (i) la consulta deba efectuarse conforme a relaciones sustentadas en el respeto y la buena fe de las partes; (ii) las comunidades tengan un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen y de los mecanismos para ejecutarlos; (iii) las comunidades participen de forma real y efectiva en la consulta, a través de sus representantes; (iv) la decisión de la autoridad gubernamental esté desprovista de autoritarismo y arbitrariedad, 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; y (v) el Gobierno y las comunidades realicen una consulta sobre el procedimiento mismo de consulta, a efectos de garantizar el respeto de los métodos de toma de decisiones por parte de aquellas.

3. El Viceprocurador General reitera varios de los argumentos expresados por los intervinientes, en el sentido de concluir que los contenidos del EDR, en tanto regulan aspectos sobre la tenencia y distribución de la propiedad agraria, tiene efectos concretos y específicos frente a los intereses de las comunidades tradicionales. Incluso, expresiones contenidas en distintos artículos de la norma acusada hacen referencia expresa a la aplicación de reglas sobre aprovechamiento de territorios en los que se ubican grupos indígenas y afrodescendientes. A este respecto, destaca que el Capítulo I, del Título VI del EDR, sobre «*Programas Especiales*», consagra las disposiciones especiales relativas a los «*Resguardos Indígenas y Minorías Étnicas*» (artículos 116 a 125), señalando en el párrafo del artículo 124 que «*para la formulación, implementación y ejecución de programas y proyectos en territorios de las comunidades indígenas y con el propósito de cumplir con el mandato legal de la consulta previa, se garantizará a esas comunidades, adelantar el proceso de consulta con el propósito de que la misma se convierta en instrumento para elaborar proyectos productivos ambiental y culturalmente sustentables*». En tal razón, el proyecto que dio lugar a la expedición de la Ley 1152/07 debió, conforme a las reglas expuestas, ser consultado con dichos grupos, puesto que el EDR, en su integridad consagra normas que, aunque de manera positiva, afectan en forma directa y específica a los pueblos indígenas y tribales que habitan en el sector rural, por lo tanto, en su totalidad debió ser objeto de consulta, dándoles la oportunidad a los interesados de discutir de fondo el proyecto de ley que los contenía.
4. Este procedimiento de consulta, a juicio del Ministerio Público no se llevó a cabo, circunstancia que afecta la constitucionalidad de la disposición demandada. Esta omisión se comprueba con base en los hechos siguientes, expuestos en el concepto presentado ante la Corte y que tienen como propósito central cuestionar las razones argüidas por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, sintetizadas en apartado anterior.

«De los antecedentes que obran en el expediente remitido por la Corte Constitucional, lo mismo que del texto de las Gacetas del Congreso que dan cuenta del trámite

legislativo del proyecto de Ley, las cuales fueron revisadas por este Despacho, se desprende que si bien algunos miembros de las comunidades indígenas y negras pudieron llegar a emitir sus opiniones respecto del Proyecto de ley que dio lugar al Estatuto de Desarrollo Rural, no se consultó a los pueblos interesados en los términos del artículo 6, literal a) del Convenio 169 de la OIT, es decir, a través de procedimientos apropiados y menos aún se realizó una consulta sobre el proceso mismo de la consulta previa, con el fin de respetar los métodos y procedimientos de toma de decisiones de las respectivas comunidades, tal como lo ha requerido la jurisprudencia constitucional.

6.4. Vale resaltar que el Ministerio de Agricultura, autor del proyecto de ley que dio lugar al Estatuto de Desarrollo Rural, a través del Jefe de la Oficina Jurídica, presentó un escrito en el cual le solicita a la Corte Constitucional abstenerse de declarar procedentes las pretensiones de la demanda, porque a su juicio la expedición de la Ley 1152 de 2007 estuvo rodeada de las garantías necesarias para que las comunidades participaran libremente y en condiciones de prioridad frente a otros segmentos de la población. El citado Ministerio pide a la Corporación que en el hipotético caso en que no valore sus argumentos se limite a verificar la constitucionalidad de las normas que podrían afectar directamente a las comunidades, en particular.

Según el Ministerio de Agricultura, el Gobierno Nacional realizó los esfuerzos necesarios para concertar el contenido del proyecto de ley con las autoridades del orden nacional representativas de cada una de las etnias. Las pruebas y razones aducidas sobre la realización de la consulta previa a las comunidades indígenas y negras son las siguientes:

6.4.1. El Ministerio señala que «adelantó cuatro mesas de concertación con la Subcomisión de Territorio de la Consultiva de Alto Nivel para comunidades negras, producto de las cuales, el Gobierno Nacional concertó numerosas modificaciones al articulado...» Tal Subcomisión está compuesta por «cuatro Consultivos delegados para ese fin: la Dra. Idalmy Minotta Terán, miembro del Consejo Directivo del INCODER, la Dra. Rosa Emilia Solís Grueso, el Dr. Jairo Robledo Martínez y el Dr. Manuel Palacios Blandón».

Sobre el particular, vale destacar que dentro de las pruebas aportadas por el Ministerio de Agricultura solo obra el acta de la reunión de concertación de la Subcomisión de Territorios, Medio Ambiente y Recursos Naturales, el citado Ministerio y el INCODER, realizada el día 21 de junio de 2006, en la cual se hicieron algunas observaciones al proyecto de ley que dio lugar al Estatuto de Desarrollo Rural, por parte de los miembros de la citada subcomisión.

De igual manera, obran las proposiciones modificatorias al articulado del proyecto de ley, presentados por la Dra. Idalmy Minotta Terán, miembro de la Subcomisión de Territorios, Medio Ambiente y Recursos Naturales y del Consejo Directivo del INCODER (anexos 6 y 7), quien mediante escrito de junio 12 de 2007, manifiesta al Señor Ministro de Agricultura que «en el seno de las reuniones de la Subcomisión de Territorios de la Alta Consultiva, el trabajo de retroalimentación del articulado

fluyó sin inconvenientes, las discusiones se surtieron en un ambiente respetuoso y, como resultado, contamos con las proposiciones aditivas al texto del proyecto de ley radicadas por usted en curso de cada debate con anotación de aprobación de las mismas y su inclusión en la versión final de esa normativa».

Es preciso advertir, que en un escrito radicado el 8 de julio de 2008, la Doctora Idalmy Minotta Terán manifiesta a la Corte Constitucional que «el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural sí adelantó el proceso de consulta previa ante las autoridades representativas de las comunidades negras definiendo una hoja de ruta para el proceso de la misma que se corroboró en cada instancia con copia de las modificaciones al articulado propuestas por el Señor Ministro en cumplimiento de las concertaciones surtidas hasta el último debate de la misma».

Sin embargo, en otro escrito radicado en la misma fecha ante la misma Corporación, integrantes de la comunidad negra de Colombia, señalan que no se ha dado cumplimiento a la consulta previa, puesto que el pueblo al que pertenecen ubicado en las distintas regiones del país y especialmente en extensas zonas rurales del Pacífico, la Costa Caribe y los Valles interandinos no han sido convocadas, ni han expresado sus consideraciones sobre los impactos que las medidas contempladas en la Ley 1152 de 2007 tienen sobre sus territorios.

En suma, de los documentos analizados anteriormente se desprende que los espacios de participación de las comunidades negras en la elaboración del proyecto de ley que dio lugar al Estatuto de Desarrollo Rural se reducen a una reunión de concertación con la Subcomisión de Territorios, Medio Ambiente y Recursos Naturales, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y el INCODER, realizada el día 21 de junio de 2006³ y a los escritos donde se consagraron las modificaciones y adiciones propuestas por parte de una sola de los miembros de esa subcomisión (la Dra. Idalmy Minotta), las cuales, al parecer, fueron ventilados en las reuniones de la Subcomisión de Territorios de la Alta Consultiva.

Lo anterior se infiere de los escritos contentivos de las proposiciones aditivas y modificatorias al articulado del proyecto de ley, en los cuales se lee: «Proposiciones al articulado del Proyecto de Ley 30 de 2006 Senado y 210 de 2007 de la Cámara propuestas por Idalmy Minotta Terán, Miembro de la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras y Representante de las mismas ante el Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER». (Anexo No. 6). En otro de tales escritos se anota en el pie de página: «Artículo concertado con Idalmy Minotta Terán, Miembro de la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras y Representante de las mismas ante el Consejo Directivo del

³ Resulta importante señalar que en esta expresión, el Ministerio Público incurrió en un error mecanográfico. En efecto, la reunión de concertación de la Subcomisión de Territorios, Medio Ambiente y Recursos Naturales, el Ministerio de Agricultura y el Incoder, se llevó a cabo el **21 de noviembre de 2006**. Esto se comprueba a partir de la lectura del acta correspondiente, adjuntada por el citado Ministerio en su intervención ante la Corte. Cfr. Folio 43 del cuaderno de intervenciones. (Nota de la Corte).

Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER.» (Subraya y negrilla fuera de texto). (Anexo No 7).

6.4.2. Sobre la consulta previa realizada a los pueblos indígenas, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural señaló que el Gobierno Nacional adelantó las actuaciones necesarias para brindar todos los mecanismos físicos, económicos y logísticos necesarios para surtir «una reunión de la Comisión Nacional de Territorios Indígenas», la cual se realizó, después de varios intentos, durante los días 30 y 31 de mayo y 1º de junio de 2007 y sobre la que el Ministerio puntualizó lo siguiente:

3.2.3.4... el compromiso no incluía revisar el procedimiento para discutir el articulado del proyecto de Ley 0210 de Senado 2006 y 0030 de Cámara 2007 en su agenda y dicha inclusión sólo se efectuaría si los comisionados así lo permitían.

En efecto, el día 30 de mayo de 2007 se realizó la instalación del evento y las comunidades indígenas resolvieron no definir si querían o no incluir en la agenda la discusión sobre la metodología de la consulta previa del proyecto de ley, en consecuencia, solicitaron un espacio autónomo que se prolongó por el resto del día 30 de mayo.

3.2.3.5. El día 31 de mayo, una vez respetado el espacio autónomo, los funcionarios del Ministerio de Agricultura, del Ministerio del Interior y del INCODER buscaron abrir espacios con los Comisionados siendo sólo atendidos por el señor Darío Mejía en calidad de «contratista» y no como delegado de la ONIC.

El señor Mejía manifestó que «los delegados de las regiones habían decidido no trabajar con las entidades y que requerían otro día para seguir deliberando en espacio autónomo...».

3.2.3.6. El día 1º de junio de 2008 finalmente se dio inicio a la reunión de la XV Reunión de la Comisión Nacional de Territorios Indígenas... una vez verificado el quórum se desataron sendas y extensas intervenciones del ex constituyente Lorenzo Muelas y del Presidente de la ONIC Luis Evelis Andrade.

Seguidamente la Directora de Desarrollo Rural de esta Cartera, Dra. Marcela Uruuña, hizo una moción de orden para incluir en el orden del día la presentación del Proyecto de Ley del Estatuto de Desarrollo Rural, toda vez que las comunidades no propiciaron ese espacio durante los dos días anteriores.

Como respuesta a la solicitud, se dio lectura al comunicado de las organizaciones indígenas en las que se rechaza la citación, se efectúan aseveraciones equívocas respecto del contenido del proyecto y se retiran del salón.»

Por otro lado, afirma el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, que el 28 de septiembre de 2006 se realizó un foro indígena a instancias del Gobierno Nacional y con la cooperación del Senador Indígena Ernesto Ramiro Estacio, durante el cual el titular de la citada entidad escuchó las intervenciones de 20 organizaciones étnicas y de tres Congresistas indígenas, entre otros.

De igual manera, destaca el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural que el Senador Ernesto Ramiro Estacio, en la ponencia para primer debate del proyecto de ley en la Comisión V del Senado de la República, solicita la aprobación del mismo. (Gaceta del Congreso No. 397 del 22 de septiembre de 2006).

En contraste con lo anterior, es necesario destacar lo que en relación con la consulta previa, en general, y sobre el citado foro, en particular, señaló el Senador Ernesto Ramiro Estacio en la sesión (plenaria) ordinaria del 13 de diciembre de 2006:

... (P)ara dejar mi constancia y he radicado un documento en la Secretaría, donde nosotros como pueblos indígenas y en especial como representante de los pueblos indígenas, si este proyecto de ley no cumple la consulta previa y concertación establecida en el Convenio 169, y ratificada aquí en Colombia por este Congreso, Ley 21, este proyecto no puede ser aprobado, tiene vicio de inconstitucionalidad.

Nosotros desde la exposición de motivos y dentro de mis intervenciones, he solicitado que tiene que agotar la consulta previa, caso contrario no puede cursar los próximos debates, iremos hasta las Cortes para que se cumpla la consulta previa y la concertación, quiero dejar eso claro, por eso también dejo mi voto negativo, porque no se ha agotado la consulta previa y la concertación, se hizo un foro y las conclusiones de ese foro sobre este proyecto, fueron que se realice la consulta previa y la concertación en el marco de la ley...

Al finalizar su intervención, el honorable Senador Ernesto Ramiro Estacio deja las siguientes constancias:

Debo recordarle al Gobierno y a esta Corporación la obligación de dar estricto cumplimiento a las disposiciones constitucionales y legales, en este caso específico me refiero a la consulta previa, la cual debe hacerse con los pueblos indígenas garantizando la suficiente ilustración y el cabal cumplimiento a los procedimientos necesarios para el cumplimiento de este fin, antes de sancionarse esta ley.

Un segundo encuentro con algunos representantes y miembros de las comunidades indígenas, tales como la Organización Nacional Indígena de Colombia - ONIC y las Autoridades Indígenas de Colombia - AICO, de las comunidades negras, con Decanos de facultades de agronomía, economía y ciencias agropecuarias de algunas universidades y con representantes de entidades públicas se realizó el día 20 de marzo de 2007, dentro del trámite legislativo del proyecto de ley tantas veces mencionado.

Así mismo, menciona el Ministerio de Agricultura que existieron «escenarios de discusión paralelos que sirvieron de debate y retroalimentación del proyecto de ley y con ocasión de los cuales se efectuaron modificaciones sustanciales al articulado por parte del Gobierno Nacional. Es el caso de la Mesa de Tierras adelantada a instancia de la Procuraduría General de la Nación...»

En oposición a lo anterior, hay que mencionar que la falta de consulta de la Ley 1152 de 2007 fue destacada en la Mesa de Tierras, coordinada por la Procuraduría General de la Nación, en la cual se señaló que:

7. El tratamiento de los derechos: aspectos preocupantes

7.1 Derecho a la Consulta

Por tratarse de una ley que afecta directamente los derechos colectivos de las comunidades indígenas y afrocolombianas, el Gobierno estaba obligado a propiciar mecanismos efectivos y razonables de participación para dichas comunidades.

Conforme al Convenio 169 de la OIT, en estos casos es obligatorio consultar a las comunidades por tratarse de medidas legislativas que pueden afectarlas directamente, de tal manera que las entidades que promovían el proyecto debían brindarles las oportunidades necesarias y los mecanismos adecuados para que pudieran participar activamente e intervenir en su modificación.

De acuerdo con la Corte Constitucional, el derecho de consulta tiene el carácter de fundamental y se debe aplicar de conformidad con los usos y costumbres de la etnia afectada, de manera que, cuando no se realice, es posible interponer una acción de tutela para evitar la afectación de los derechos de las comunidades indígenas y tribales mientras los proyectos no sean aprobados, o una acción pública de inconstitucionalidad, luego de su aprobación. El desconocimiento de la obligación de consultar a las comunidades radica fundamentalmente en la constatación de que varios aspectos de la ley tocan intereses de dichas colectividades y estas no son tenidas en cuenta de una manera apropiada, ni en la formación de la ley, ni en los procedimientos previstos en la misma. Por tanto, la ley podría tener vicios de inconstitucionalidad.

Así las cosas, necesariamente hay que concluir reiterando que los pocos espacios que tuvieron las comunidades indígenas para pronunciarse sobre el proyecto de ley que dio lugar a la Ley de Desarrollo Rural jamás tuvieron el carácter de una consulta previa.»

Con base en esta reseña fáctica, el Ministerio Público concluye que el proyecto de ley que dio origen al EDR ahora analizado, no fue consultado a las comunidades indígenas y afrodescendientes, de forma ajustada a las reglas fijadas por la jurisprudencia de esta Corporación, derivadas a su vez de las normas de la Carta Política y de otras que conforman el bloque de constitucionalidad. En suma, para el Viceprocurador General el Estado colombiano tenía la obligación constitucional de consultar con los pueblos indígenas y tribales el proyecto que dio lugar a la Ley 1152/07 con anterioridad a la iniciación del trámite legislativo en el Congreso de la República o durante el mismo, deber que no se cumplió, desconociendo el derecho de participación de esos pueblos (artículos 1º y 2º C. P.), lo mismo que lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio 169 de 1989 de la OIT, el cual forma parte del bloque de constitucionalidad. Por este motivo, solicita a la Corte declarar la inexecutable de la totalidad de la citada ley, pues, como se indicó anteriormente, constituye un Estatuto, integral, de Desarrollo Rural.

Finalmente, el Ministerio Público considera «*preciso reiterar que la consulta previa a los pueblos indígenas y tribales es obligatoria por lo que corresponde a su verificación, pero no implica que ella requiera de un acuerdo con el Gobierno Nacional.*»

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución, corresponde a esta Corporación conocer de la presente demanda, por dirigirse contra una Ley.

Problema jurídico y metodología de la decisión

2. Los demandantes consideran que la Ley 1152/07 viola los artículos 2º, 7º, 40 y 330 de la Constitución, al igual que el artículo 6º del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, norma que su criterio integra el bloque de constitucionalidad. Ello debido a que de manera previa a la promulgación de la norma acusada, no fue adelantado el proceso de consulta previa ante las comunidades indígenas y afrodescendientes, a pesar de que el EDR constituye una regulación integral sobre uso, distribución y aprovechamiento de la propiedad agraria, materia que sin duda alguna afecta los intereses de dichos grupos, quienes (i) en su gran mayoría habitan territorios rurales; y (ii) tienen un especial vínculo con la tierra, derivado de sus tradiciones y costumbres que integran su identidad minoritaria.

3. A esta posición se opone el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. En criterio de esa cartera, las normas que contiene el EDR tienen carácter general y, además, expresan cláusulas de salvaguarda de las disposiciones que regulan, con naturaleza específica, el régimen de propiedad colectiva de las comunidades indígenas y afrodescendientes. Agrega que, a pesar de esa condición general y abstracta de la Ley 1152/07, el Gobierno Nacional efectuó los esfuerzos que tuvo a su alcance para adelantar el proceso de consulta previa, en cumplimiento de las condiciones fijadas por las normas constitucionales y la jurisprudencia de esta Corporación. Como fruto de estas actividades, se lograron acuerdos concretos con las autoridades representativas de las comunidades afrodescendientes. Empero, para el caso particular de los grupos indígenas, esta concertación no fue posible debido a la renuencia de estas en abordar la discusión sobre el proyecto de ley, razón por la cual no es posible concluir que la falta de consenso se deba a la omisión del Ejecutivo en adelantar el procedimiento de consulta. No obstante, el Ministerio insiste en que para el presente caso concurrieron durante el trámite de la iniciativa, discusiones al interior del Congreso y en escenarios paralelos, en las que participaron organizaciones representativas de esas comunidades.

4. En sentido contrario, los demás intervinientes, al igual que el Ministerio Público, apoyan la declaratoria de inexecutable de la norma acusada. Sostienen que el EDR, comprendida como una norma integral en materia de desarrollo rural, tiene hondas implicaciones en los intereses de las comunidades tradicionales, puesto que estas son esencialmente grupos que habitan zonas agrarias, respecto de los cuales tiene un vínculo profundo, amén de la especial relación que hay entre la tierra y la identidad cultural de las mismas. Agregan que una vez analizado el trámite que antecedió al estudio del proyecto de ley y el procedimiento legislativo correspondiente, no existe prueba que hubiera adelantado la consulta, conforme a las condiciones que prevé el ordenamiento superior y que ha desarrollado la jurisprudencia constitucional. A este respecto, insisten en que las reuniones descritas por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, no cumplen con estos requisitos y, por ello, no son aptas para acreditar el cumplimiento de la consulta previa, comprendido como derecho fundamental de las comunidades indígenas y afrodescendientes.

5. Los antecedentes expuestos permiten a la Sala concluir que el problema jurídico que debe resolver en esta sentencia, consiste en determinar si la Ley 1152/07 es contraria a la Carta Política, en razón a la omisión del deber de efectuar la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Ello en razón de que ese trámite, vista la materia de la norma acusada, debió llevarse a cabo.

Para resolver esta controversia y habida cuenta de la existencia de un precedente consolidado sobre la materia, la Corte adoptará la metodología siguiente. En primer término, expondrá los aspectos centrales de la doctrina constitucional que define el derecho fundamental a la consulta previa a las comunidades tradicionales, para lo cual sintetizará el precedente mencionado. Luego, describirá las materias que conforman la norma acusada, con el fin de identificar si su contenido incide en los intereses de las comunidades tradicionales y, por ello, debió someterse al procedimiento de consulta previa. De resultar afirmativa esta comprobación, la Corte determinará si dicho trámite fue cumplido para el caso particular del proceso previo a la promulgación de la Ley 1152/07; para lo cual confrontará las reglas jurisprudenciales identificadas en el primer apartado con los argumentos de índole fáctica descritos por los intervinientes y el Ministerio Público.

El contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes

6. El Estado constitucional adoptado por la Carta Política de 1991 responde a un grupo de características definitorias, que hacen parte del contenido dogmático de la Constitución, las cuales cumplen un doble propósito. De un lado, permiten diferenciarlo de otras modalidades de organización política y, de otro, conforman parámetros para la definición de la compatibilidad entre las distintas normas que integran el ordenamiento jurídico y los postulados del Estatuto Superior.

La participación democrática, la aceptación del pluralismo y el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural son las características definitorias que se muestran relevantes para el presente análisis de constitucionalidad. En cuanto a lo primero, la Constitución parte de adscribir el poder soberano al Pueblo (Art. 4° C. P.), lo cual implica que la legitimidad de la actuación estatal debe estar mediada por la concurrencia efectiva de los ciudadanos en las decisiones que los afectan. La Carta Política, en contraste con el ordenamiento constitucional precedente, amplía los mecanismos de participación ciudadana, los cuales no solo se circunscriben al ejercicio del sufragio, sino que son complementados con otros procedimientos, como la iniciativa popular legislativa y normativa, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, el plebiscito y el cabildo abierto, mecanismos establecidos en el artículo 103 Superior.⁴ A su vez, existe un deber estatal definido, previsto en la norma constitucional citada, consistente en contribuir a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, para que sin detrimento

⁴ La regulación concreta de cada uno de estos mecanismos de participación democrática fue desarrollada por el legislador estatutario, mediante la Ley 134 de 1994.

de su autonomía, constituyan instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que establezcan.

La intención que anima a los mecanismos de participación democrática es el aseguramiento de una interacción efectiva y constante entre los ciudadanos y la actividad del Estado. En este sentido, se parte de la base que el reconocimiento del principio de soberanía popular implica que las decisiones que adoptan las diferentes instituciones públicas, solo es legítima cuando ha estado precedida de un proceso deliberativo, en que los interesados en las medidas correspondientes logran espacios concretos y efectivos de participación. Conforme a esta perspectiva el artículo 40 Superior reconoce el derecho fundamental a todo ciudadano de participar en la conformación y ejercicio del poder político, derecho que se efectiviza a través de múltiples instrumentos, entre ellos la posibilidad de tomar parte en los mecanismos de participación democrática antes señalados.

7. El carácter participativo del modelo democrático de ejercicio del poder político, encuentra un ámbito de protección reforzada para el caso particular de las decisiones estatales que inciden en los intereses de las comunidades indígenas y afrodescendientes. Como se anotó, el Estado constitucional tiene entre sus propósitos la preservación de su carácter multiétnico y pluricultural. En ese sentido, la Carta Política reconoce que la Nación colombiana es una entidad compleja, conformada por comunidades diferenciadas, con concepciones disímiles de la vida social y política. A su vez, acepta que cada una de esas comprensiones es intrínsecamente valiosa, pues concurre activamente en la construcción de dicha nacionalidad; por lo tanto, deben ser protegidas.

Para el caso particular de las comunidades indígenas y afrodescendientes, existen previsiones constitucionales expresas, que imponen deberes particulares a cargo del Estado, dirigidos a la preservación de las mismas y la garantía de espacios suficientes y adecuados de participación en las decisiones que las afectan. Así, el artículo 7º C. P. incorpora dentro de los principios fundamentales de la Constitución, el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. De igual modo, el artículo 330 C. P. dispone que de conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por sus autoridades tradicionales, conformadas y reglamentadas según sus usos y costumbres. En suma, la Carta Política propugna por un modelo de Estado que se reconoce como culturalmente heterogéneo y que, por ende, está interesado en la preservación de esas comunidades diferenciadas, a través de la implementación de herramientas jurídicas que garanticen su identidad como minoría étnica y cultural, organizadas y reguladas mediante sus prácticas tradicionales.

8. El reconocimiento simultáneo de la participación democrática como base del Estado constitucional y la necesidad de preservación de la identidad de las comunidades tradicionales contrae deberes concretos para el Estado. En efecto, la concurrencia de ambas obligaciones implica que las comunidades indígenas y afrodescendientes deben contar con los espacios suficientes y adecuados de participación en las decisiones que incidan en sus intereses. Ello con el fin de evitar

que, a través del ejercicio del poder político de que son titulares los órganos representativos, sean implementadas políticas públicas que terminen con erosionar su identidad como grupo diferenciado. A partir de esta consideración, la Carta consagra diversos instrumentos, como (i) la necesidad de que la conformación de las entidades territoriales se lleve a cabo con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial (Art. 329 C. P.); (ii) el carácter colectivo y no enajenable de la propiedad de los resguardos (*ejusdem*); y (iii) el deber consistente en que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se lleve a cabo sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades. Para ello, el Gobierno deberá propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades (Art. 330, parágrafo C. P.).

Esta comprobación, sumada al contenido y alcance de normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, ha permitido que la jurisprudencia de esta Corporación haya identificado un derecho fundamental de las comunidades indígenas y afrodescendientes a la *consulta previa* de las decisiones legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente. Así, la Corte ha consolidado un precedente sobre los requisitos de aplicación y protección, contenido, alcance y consecuencias jurídicas del derecho a la consulta,⁵ doctrina que ha sido sistematizada recientemente por este Tribunal en las sentencias C-030/08⁶ y C-461/08.⁷ Teniendo en cuenta que estas sentencias recopilan las reglas sobre el contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa, servirán de referencia para la presente decisión.

Justificación constitucional del derecho fundamental a la consulta previa

9. La determinación de un marco jurídico del derecho a la consulta previa se obtiene a partir de las normas legales anotadas, las cuales son reforzadas por la regulación derivada del derecho internacional de los derechos humanos, en especial lo previsto por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo «sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes» aprobado por la Ley 21 de 1991, norma que en decisiones reiteradas de este Tribunal ha sido declarada parte integrante

⁵ Cfr: Corte Constitucional, sentencias C-169/01, SU-383/03, C-620/03, T-737/05, T-880/06, C-208/07, C-030/08, C-461/08, entre otras.

⁶ En esta decisión, la Corte declaró inexecutable la Ley 1021 de 2006 «*por la cual se expide la Ley General Forestal*», en razón a que se había omitido cumplir con el requisito de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes.

⁷ Mediante esta sentencia, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de la Ley 1151/07, «*por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo*», en el entendido que «*se suspenderá la ejecución de cada uno de los proyectos, programas o presupuestos plurianuales incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades étnicas afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específicas exigida en el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello en la jurisprudencia constitucional.*»

del bloque de constitucionalidad.⁸ El Convenio, como lo ha resaltado la Corte, es un instrumento que concurre en la salvaguarda de la identidad de las comunidades indígenas y tribales, la protección de su territorio y, de manera general, su subsistencia como grupo diferenciado. De este modo, se ha indicado que *«el Convenio 169 de la OIT fue adoptado con base en una nueva aproximación a la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo, conforme a la cual era preciso eliminar la orientación hacia la asimilación que se había venido manejando, para, en su lugar, asentar el principio conforme al cual las estructuras y formas de vida de los pueblos indígenas y tribales son permanentes y perdurables, y la comunidad internacional tiene interés en que el valor intrínseco de sus culturas sea salvaguardado.»*⁹ De este modo, la Corte advierte que las finalidades del Convenio 169 de la OIT son concurrentes con la obligación constitucional, antes analizada, de garantizar la identidad de las comunidades diferenciadas, a partir del reconocimiento y salvaguarda de la integridad de las prácticas, usos y costumbres que la conforman. Así, en términos del Preámbulo del Convenio, la normativa tiene como propósito la consecución de herramientas que permitan (i) lograr las aspiraciones de los pueblos indígenas y tribales 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; y (ii) superar esquemas predominantes en muchas partes del mundo, en que dichos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la

⁸ A fin de exponer razones justificativas de la pertenencia del Convenio 169 de la OIT al bloque de constitucionalidad, la sentencia SU-083/03, estipuló lo siguiente: *«Resulta de especial importancia para el asunto en estudio, además, reiterar que el Convenio 169 de la OIT, y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa conforma con la Carta Política bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 del ordenamiento constitucional, no sólo porque el instrumento que la contiene proviene de la Organización Internacional del Trabajo y estipula los derechos laborales de dichos pueblos -artículo 53 C. P.- sino i) en virtud de que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios, prevista en el artículo 330 de la Carta, no puede ser entendida como la negación del derecho de estos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles -artículo 94 C. P.-, ii) dado que el Convenio en cita es el instrumento de mayor reconocimiento contra las discriminaciones que sufren los pueblos indígenas y tribales, iii) debido a que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente sobre las decisiones administrativas y legislativas que los afecten directamente es la medida de acción positiva que la comunidad internacional prohija y recomienda para combatir los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas de intolerancia conexas que afecta a los pueblos indígenas y tribales -Declaración y Programa de Acción de Durban- y iv) debido a que el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que no se negará a las minorías étnicas el derecho a su identidad. || Asuntos que no pueden suspenderse ni aún en situaciones excepcionales, i) por estar ligado a la existencia de Colombia como Estado Social de Derecho, en cuanto representa la protección misma de la nacionalidad colombiana - artículos 1° y 7° C. P.-, ii) en razón de que el derecho a la integridad física y moral integra el «núcleo duro» de los derechos humanos, y iii) dado que la protección contra el etnocidio constituye un mandato imperativo del derecho internacional de los derechos humanos.»*

⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-030/08.

población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión.

La jurisprudencia constitucional ha destacado cómo las estipulaciones del Convenio 169 de la OIT, establecen dos modalidades de obligaciones a cargo de los Estados signatarios, las cuales se muestran útiles para delimitar sus responsabilidades en cuanto a la protección de los derechos de las comunidades indígenas y tribales. El primer grupo de obligaciones, *«referido a las medidas que deben impulsar para obtener los fines propios del convenio en los distintos aspectos que son objeto del mismo, que, como se ha dicho, de una manera amplia, 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, y el segundo que alude a la manera como deben adoptarse y ponerse en ejecución esas medidas y que tienen como elemento central la participación y el respeto por la diversidad y la autonomía.»*¹⁰

Se parte de considerar, bajo esta perspectiva, que la protección de los derechos e intereses de la comunidad diferenciada exige del Estado la provisión de escenarios que propicien la participación eficaz de aquella. Ello en el entendido de que la conservación de la identidad diferenciada de las comunidades tradicionales depende de su grado de incidencia en el diseño e implementación de las medidas estatales que las afecten. A este respecto, el artículo 6° del Convenio de la OIT estipula las obligaciones de los gobiernos en cuanto a la concesión de espacios de participación y debate a las comunidades indígenas y tribales, en relación con las citadas medidas. La norma en cuestión dispone lo siguiente:

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;

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-030/08.

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.

10. A partir de las disposiciones constitucionales que regulan la participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes, junto con el análisis de las disposiciones que ofrece el Convenio 169 de la OIT, la jurisprudencia ha sistematizado las reglas sobre el contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa. Para ello, ha establecido dos niveles de análisis, que conforman el precedente aplicable. El primero, relacionado con la diferenciación entre los niveles general y particular del derecho a la participación de los pueblos indígenas y tribales. El segundo, relativo a las condiciones y requisitos de procedimiento que deben cumplirse para que la consulta previa sea un mecanismo adecuado y efectivo para la protección de los derechos constitucionales de las comunidades indígenas y afrodescendientes, al igual que las consecuencias que acarrea el incumplimiento, por parte del Gobierno, del deber de consulta previa.

11. En lo que tiene que ver con las facetas de la participación de las comunidades tradicionales, el artículo 6º del Convenio 169 está orientado a adscribir a los pueblos indígenas y tribales dos tipos de participación. Uno de carácter general, de acuerdo con el cual los pueblos indígenas y tribales deben contar con mecanismos que les permitan la participación en todos los niveles de adopción de políticas estatales que les conciernan, en condiciones análogas a las conferidas por el ordenamiento jurídico a los demás integrantes de la población. A este respecto, la Corte ha resaltado que las comunidades tradicionales son titulares plenos de los derechos de participación política previstos en la Carta Política y descritos en el fundamento jurídico 6 de esta sentencia. Sin embargo, consciente del carácter diferenciado de las comunidades tradicionales y de la necesidad de proteger su identidad cultural diversa, el Texto Constitucional ha conferido espacios concretos de participación a los pueblos indígenas y afrodescendientes. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha expresado lo siguiente:

«Adicionalmente, tal como se puso de presente en la Sentencia SU-383 de 2003, el ordenamiento constitucional ha abierto a las comunidades indígenas espacios concretos de participación, además de los establecidos para todos los colombianos, como los que resultan de la previsión conforme a la cual aquellas pueden elegir dos senadores en circunscripción nacional; o de la disposición a cuyo tenor la ley puede establecer una circunscripción especial para asegurar la participación de los grupos étnicos en la Cámara de Representantes¹¹; o de la decisión de erigir los territorios indígenas como entidades territoriales¹², que estarán gobernadas por consejos conformados

¹¹ Sentencia C-169 de 2001.

¹² C. P. art. 329.

y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades, y con funciones muy amplias en ámbitos tales como la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios, el diseño de las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo, la colaboración con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional o la representación de los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; o de la consagración del derecho de estos pueblos a ejercer funciones jurisdiccionales en sus territorios de conformidad con sus normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República.

De manera específica ese derecho general de participación se manifiesta, en el ámbito de las medidas legislativas que conciernan a los pueblos indígenas, y tribales, (1) en la posibilidad que sus integrantes tienen de concurrir, en igualdad de condiciones con todos los colombianos, en la elección de sus representantes en las corporaciones de elección popular; (2) en el hecho de que, en desarrollo del carácter público del proceso legislativo, pueden conocer las iniciativas en trámite, promover discusiones, remitir conceptos, solicitar audiencias¹³ y, (3) en las previsiones constitucionales sobre la circunscripción especial indígena, porque si bien quienes allí resulten elegidos no representan formalmente a las distintas comunidades indígenas, si son voceros, de manera amplia, de su particular cosmovisión y pueden constituir efectivos canales de comunicación entre las células legislativas y las autoridades representativas de las comunidades indígenas y tribales.

Tratándose de medidas generales que de alguna manera conciernan a estas comunidades, este es el escenario apropiado de participación, sin perjuicio de la mayor o menor actividad que puedan desplegar, a través de sus distintas organizaciones, en la discusión pública de los asuntos que sean objeto de consideración en el Congreso de la República y de la gestión que dichas organizaciones puedan adelantar ante las diferentes instancias administrativas y legislativas.»¹⁴

12. En lo que tiene que ver con la previsión de medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, el Convenio 169 de la OIT dispone la obligación a cargo de los gobiernos de consultar a las comunidades interesadas, a través de sus autoridades representativas. Este es un procedimiento distinto a los escenarios generales y concretos de participación antes

¹³ En el Capítulo IX de la Ley 5ª de 1992 se regula la participación ciudadana en el estudio de los proyectos de ley, asunto en relación con el cual, en el artículo 230 se dispone que «Para expresar sus opiniones toda persona, natural o jurídica, podrá presentar observaciones sobre cualquier proyecto de ley o de acto legislativo cuyo examen y estudio se esté adelantando en alguna de las Comisiones Constitucionales Permanentes.»

¹⁴ *Cf.* Corte Constitucional, sentencia C-030/08.

enunciados, reservado para aquellas medidas que tengan incidencia particular y directa en los intereses de las comunidades diferenciadas. Existe, en relación con esas medidas, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y afrodescendientes¹⁵

¹⁵ La inclusión de las comunidades afrodescendientes dentro de los grupos tribales con identidad diferenciada, titulares del derecho de consulta, ha sido sustentada por la jurisprudencia constitucional en los términos siguientes:

«En lo relativo a esta definición particular, es de anotar que el término ‘tribal’ difícilmente puede entenderse en el sentido restringido de una ‘tribu’. Este concepto forma parte de la tipología propuesta por los teóricos de la Antropología Social, quienes dividieron las sociedades humanas en «bandas», ‘tribus’, ‘cacicazgos’ y ‘Estados’, dependiendo de su estadio de complejización; haciendo a un lado el debate sobre la validez académica de estas categorías, lo cierto es que mal haría la Corte en aceptar, como parte del Derecho que tiene que aplicar, una determinada postura teórica. Por ese motivo, resulta más apropiado interpretar el término ‘tribal’ en el sentido amplio en que lo han hecho entidades multilaterales como el Banco Mundial, el cual, en su Directiva Operacional No. 4.20 de septiembre de 1991, sobre políticas institucionales respecto de proyectos que afecten a los pueblos indígenas, especificó que los términos ‘pueblos indígenas’, ‘minorías étnicas indígenas’ y ‘grupos tribales’ se refieren, en general, a grupos sociales que comparten una identidad cultural distinta a la de la sociedad dominante. ||Es así como, en síntesis, la norma internacional en comento hace referencia a dos requisitos que deben concurrir a la hora de establecer quiénes se pueden considerar como sus beneficiarios: (i) Un elemento ‘objetivo’, a saber, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, y (ii) un elemento ‘subjetivo’, esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión. || De la definición legal que consagra el artículo 2-5 de la Ley 70/93, se desprende que las comunidades negras cumplen con esta doble condición, y por ende se ubican bajo el supuesto normativo del Convenio mencionado. Esta definición, así como el establecimiento de un régimen especial de protección de la cultura e identidad de tales comunidades, constituyen tan sólo el reconocimiento jurídico de un proceso social que ha cobrado fuerza en años recientes, y que es ampliamente observable en varias regiones del país, a saber, la consolidación de un grupo poblacional que se autodenomina ‘negro’, a partir de distintos tipos de organizaciones locales que, partiendo de la base de unas condiciones compartidas de existencia y de una creciente identidad colectiva, han resuelto darse a la tarea de promover mancomunadamente la defensa de sus intereses, históricamente desconocidos, cuando no vulnerados frontalmente, por la sociedad mayoritaria. Se trata, así, de un actor social emergente, no en el sentido de ser un fenómeno exclusivo de esta época -puesto que las comunidades negras se comenzaron a configurar desde los primeros tiempos de la esclavitud en nuestro país, cuando se establecieron los ‘palenques’, pueblos de esclavos fugitivos o ‘cimarrones’, y se sentaron las bases para lo que hoy aparece como una cultura propia-, sino en cuanto se trata de un grupo que sólo en las últimas décadas ha podido asumir la tarea de organizarse más allá del ámbito local o regional. En ese orden de ideas, el reconocimiento de estas comunidades, a nivel nacional, en tanto ‘grupo étnico’, es un presupuesto indispensable para su adecuada inserción en la vida política y económica del país. Por esa misma razón, su doble representación en la Cámara de Representantes, es una medida de diferenciación que halla una sólida razón de ser en sus condiciones materiales de existencia, respetando así el artículo 13 de la Carta, y las disposiciones pertinentes del Convenio 169 de la OIT. || Debe anotarse, eso sí, que el reconocimiento de derechos especiales a las comunidades negras no se hace en función de su ‘raza’, puesto que ello implicaría presuponer que, en un país con un grado tan alto de mestizaje como lo es Colombia, existen aún «razas puras», lo cual es a todas luces inaceptable, y llevaría a efectuar futuras distinciones (odiosas) entre quiénes se deben considerar de ‘raza negra’ y quiénes no, para efectos de acceder a los beneficios que otorga esta ley; con ello, se retrotraería al Estado colombiano a la época de las grandes clasificaciones coloniales basadas en los distintos grados de mezcla de sangres, que sustentaban un verdadero sistema de castas excluyentes, algo frontalmente incompatible con una democracia constitucional. Lo que es más, no sólo es un hecho reconocido que la categoría ‘raza’».

a la consulta previa y un deber estatal correlativo de llevar a cabo los trámites idóneos y eficaces para que las comunidades tradicionales participen en el diseño de las políticas que, habida cuenta su contenido material, les conciernen.

La identificación del derecho fundamental a la consulta previa en el ordenamiento constitucional colombiano ha sido suficientemente definida por la jurisprudencia constitucional. Así por ejemplo, en la sentencia C-030/08, se llevó a cabo una exposición comprensiva del contenido y alcance del deber de consulta previa, el cual resulta pertinente reiterar en esta decisión:

«En relación con el deber de consulta de las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, la Corte ha dicho que el mismo es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura¹⁶ y que, cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación.¹⁷

4.2.2.2. Con base en el anterior recuento jurisprudencial, encuentra la Corte que es necesario avanzar en la precisión en torno al alcance y al contenido del deber de consulta previsto en el literal a) del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, particularmente en cuanto tiene que ver con la consulta de las medidas legislativas que sean susceptibles de afectar directamente a las comunidades indígenas, aun cuando no estén circunscritas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios (C. P. art. 330) o a la delimitación de esos mismos territorios (C. P. art. 229). En esta materia es preciso, entonces, establecer tres aspectos: (1) ¿Cuándo resulta obligatoria, de acuerdo con el literal a) del Convenio 169 de la OIT, la consulta previa de una medida legislativa? (2) ¿En qué condiciones de tiempo, modo y lugar debe producirse esa consulta? y (3) ¿Cuál es la consecuencia jurídica de la omisión frente al deber de consulta?

4.2.2.2.1. En primer lugar, tratándose específicamente de medidas legislativas, es claro que el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente, evento en

ha sido fundamentalmente revaluada por las ciencias sociales, sino que una clasificación semejante de los ciudadanos colombianos no podría ser objeto de una circunscripción electoral como la que se examina, ya que el artículo 176 de la Carta sólo hace referencia a grupos étnicos, y no a grupos «raciales». Por ese motivo, debe quedar claro que los derechos colectivos de las comunidades negras en Colombia son una función de su status en tanto grupo étnico, portador de una identidad propia que es digna de ser protegida y realzada, y no del color de la piel de sus integrantes.» Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-169/01.

¹⁶ Sentencia C-208 de 2007.

¹⁷ *Ibíd.*

el cual, a la luz de lo expresado por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, la consulta contemplada en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT deberá surtir en los términos previstos en la Constitución y en la ley.

No cabe duda de que las leyes, en general, producen una afectación sobre todos sus destinatarios. De esta manera una ley, en cualquier ámbito, aplicable a la generalidad de los colombianos, afecta a los miembros de las comunidades indígenas y tribales que tengan la calidad de nacionales colombianos, sin que en dicho evento pueda predicarse que, en aplicación del literal a) del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, resulte imperativa una consulta previa a dichas comunidades como condición para que el correspondiente proyecto de ley pueda tramitarse válidamente. Sostener lo contrario equivaldría a afirmar que una parte muy significativa de la legislación debería ser sometida a un proceso específico de consulta previa con las comunidades indígenas y tribales, puesto que las leyes que de manera general afecten a todos los colombianos, unas en mayor medida que otras, afectan a las comunidades indígenas, en virtud a que sus integrantes, como colombianos que son, se encuentran entre sus destinatarios, lo cual desborda el alcance del convenio 169.

...Es claro, por otra parte, que lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas 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. Este criterio surge no solo de la calidad de *directa* que se predica de la afectación que produzca una medida legislativa para que sea imperativa la consulta, sino también del hecho de que la misma procede cuando se trate de *aplicar las disposiciones del Convenio*. No obstante que, por la amplitud del objeto del Convenio, cabría decir que en su artículo 6° se establece un deber general de consulta de todas las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, este enunciado fija una pauta interpretativa sobre el alcance de ese deber de consulta, del cual, en principio, se sustraen las medidas que no se inscriban en el ámbito de aplicación del convenio. De este modo, si bien uno de los aspectos centrales del convenio tiene que ver con la promoción de la participación de los pueblos indígenas y tribales ante todas las instancias en donde se adopten medidas que les conciernan, no puede perderse de vista que el propio convenio contempla distintas modalidades de participación y ha dejado un margen amplio para que sean los propios Estados los que definan la manera de hacerlas efectivas. Así, aunque cabe señalar la conveniencia de que existan los niveles más altos de participación y que es deseable que la adopción de medidas administrativas y legislativas esté precedida de procesos amplios y efectivos de consulta con los interesados, el alcance vinculante del deber de consulta previsto en el Convenio es más restringido y se circunscribe a las medidas que se adopten para la aplicación de las disposiciones del mismo, esto es, medidas que de manera específica afecten a los pueblos indígenas y tribales.

... Así puede señalarse que no toda medida legislativa que de alguna manera concierna 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 este modo, por ejemplo, cuando se vaya a regular a través de una ley la manera como se hará la explotación de yacimientos petroleros ubicados en territorios indígenas, sería imperativa la consulta con los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados, porque hay una afectación directa que impone al Estado aplicar para el efecto las disposiciones del convenio.

Pero cuando de lo que se trata es de adoptar el marco general de la política petrolera del Estado no hay una afectación directa de las comunidades indígenas o tribales, ni la medida se inscribe en el ámbito de aplicación del convenio, porque no está orientada a regular de manera específica la situación de esos pueblos, y lo que cabe es aplicar la previsión del literal b) del artículo 6º conforme a la cual debe garantizarse la participación de las comunidades interesadas en igualdad de condiciones, a menos que, en el texto de la ley se incorporasen medidas específicamente dirigidas a la explotación de recursos en los territorios de esas comunidades, o que se pudiese establecer una omisión legislativa por la falta de una previsión específica.

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

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

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

Según lo expuesto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la preservación de la identidad diferenciada de los pueblos indígenas y tribales y, de esta manera, la eficacia del mandato superior de reconocimiento y protección de la diversidad étnica, se logra a través de, entre otros mecanismos, la consulta previa. Para el caso particular de las medidas legislativas, la consulta se predica sólo de aquellas disposiciones legales que tengan la posibilidad de afectar *directamente* los intereses de las comunidades. Por lo tanto, aquellas medidas legislativas de carácter general, que afectan de forma igualmente uniforme a todos los ciudadanos, entre ellos los miembros de las comunidades tradicionales, no están *prima facie* sujetas al deber de consulta, excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas, comprendidas en el ámbito del Convenio 169 de la OIT, que sí interfieran esos intereses. Debe aclararse, por supuesto, que en los casos en que la medida legislativa no afecte directamente a las comunidades indígenas y tribales, la participación de las mismas no se ve restringida, sino que se conduce a través de los mecanismos generales de participación a los que se hizo alusión en el fundamento jurídico 11 de esta sentencia.

De otro lado, las previsiones del Convenio 169 de la OIT establecen una fórmula amplia, según la cual la definición del procedimiento de consulta está a cargo de los Estados; empero, debe estar diseñado de forma tal que confiera espacios efectivos de participación para los pueblos indígenas y tribales. Así, la consulta deberá llevarse a cabo bajo esta condición de participación efectiva y en cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales del Estado correspondiente.

Condiciones particulares de la consulta previa y efectos jurídicos de su cumplimiento y de su omisión

13. El precedente constitucional analizado también ha establecido las condiciones generales de modo, tiempo y lugar en que debe efectuarse la consulta previa. A ese respecto, la misma sentencia C-030/08, que recapituló distintas decisiones sobre el tópico, señaló que *«que en la medida en 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 el Convenio y al hecho de que, de acuerdo con el mismo, el trámite de la consulta se somete al principio de la 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. Así, por ejemplo cuando de lo que se trata es de regular la intervención del Estado para la explotación de recursos naturales en una determinada área del territorio, en la cual se encuentra asentada una específica comunidad indígena, es claro que el proceso de consulta debe adelantarse con las autoridades legítimamente constituidas de dicha comunidad, pero si de lo que se tratase, también por vía de ejemplo, fuera de regular*

la manera como, en general, debe surtirse el proceso de consulta a las comunidades indígenas y tribales, sería claro también que la consulta que, a su vez, se requeriría para ello, no podría adelantarse con cada una de las autoridades de los pueblos indígenas y tribales, y, en ausencia de una autoridad con representación general de todos ellos, habría de acudir a las instancias que, de buena fe, se consideren más adecuadas para dar curso a ese proceso de consulta.»

En tales condiciones, la jurisprudencia constitucional también ha previsto la necesidad que el procedimiento mismo de consulta esté sometido a una consulta previa, a fin que el trámite de concertación y consenso con las comunidades (i) no se reduzca a un simple acto informativo o notificación de la medida; y (ii) reconozca y proteja las prácticas tradicionales diversas de los pueblos indígenas y tribales, las cuales podrían verse desconocidas si los entes gubernamentales imponen determinado mecanismo de consulta que, en razón a no haberse acordado con las comunidades, no resulte compatible con el mandato constitucional de preservación de la diversidad étnica y cultural.

La Corte, con base en estas consideraciones, ha previsto una serie de criterios generales a los cuales debe ajustarse la consulta previa. En tal sentido, se ha dispuesto que para el caso particular del deber de consulta previsto en el artículo 330 C. P., deben reunirse determinadas condiciones, las cuales resultan del todo aplicables a los demás escenarios de consulta previa. Para la jurisprudencia,¹⁸ estos procesos deben adelantarse de modo tal que se garantice la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre los voceros representativos de los pueblos indígenas y tribales y las autoridades públicas, en este caso las encargadas de formular la iniciativa legislativa. Según el mismo precedente, estas relaciones deberán estar unívocamente dirigidas a «: 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 dé 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.»*

¹⁸ Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-039/97.

La misma sentencia SU-039/97 previó que en el caso que la participación activa y efectiva de los pueblos indígenas y tribales no lleve a un acuerdo o a una concertación sobre el contenido de la medida, la aplicación de la misma por parte del Estado debe estar desprovista de arbitrariedad y autoritarismo. De tal modo, la decisión adoptada deberá cumplir con criterios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad respecto del deber de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. A su vez, la política deberá contar con instrumentos que sirvan para mitigar, corregir y restaurar los efectos que las medidas produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad y de sus miembros.

De esta manera, decisiones anteriores de este Tribunal han previsto que el deber de consulta previa a los pueblos indígenas y tribales no constituye un poder de veto en contra de la implementación de medidas legislativas por parte del Estado.¹⁹ La protección del derecho fundamental a la consulta, entonces, se circunscribe al ejercicio de acciones dirigidas a obtener el consenso o la concertación. Sin embargo, cuando luego de agotado un procedimiento previamente definido, con pretensión de incidencia en la medida a adoptar y llevado a cabo bajo los postulados de la buena fe, las comunidades tradicionales no prestan su consentimiento, no por ello el Estado se ve inhabilitado para proferir la medida legislativa. Con todo, esa política deberá contar con los instrumentos necesarios para salvaguardar los derechos e intereses relacionados con la identidad diferenciada de dichos pueblos, a fin de preservar la diversidad étnica y cultural protegida por la Constitución.

A este respecto, en la sentencia C-891/02,²⁰ la Corte estipuló que no resultaba contrario a la Constitución que una entidad gubernamental, dotada de iniciativa legislativa, preparara un proyecto de ley sobre temas relacionados con sus competencias institucionales, incluso si este encontraba incidencia directa en los intereses de los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes. Empero, en ese caso, «*la entidad*

¹⁹ Al respecto, la sentencia SU-383/03 indicó: «*Cabe precisar que el derecho a la consulta previa, previsto en el Convenio 169, no conlleva el derecho de los pueblos indígenas y tribales a vetar las medidas legislativas y administrativas que los afectan, sino que se presenta como una oportunidad para que los Estados partes consideren y valoren las posiciones que sobre sus decisiones tienen los integrantes y representantes de las minorías étnicas nacionales, forzándose a propiciar un acercamiento y, de ser posible, un acuerdo. || Las consultas que se ordenan, entonces, no pueden ser utilizadas para imponer una decisión, como tampoco para eludir el cumplimiento de una obligación, sino que deberán ser tenidas como una ocasión propicia y no desperdiable para que las entidades gubernamentales encargadas de autorizar, ejecutar y vigilar la política estatal de erradicación de cultivos ilícitos consideren el derecho de los pueblos indígenas y tribales a exponer los condicionamientos que dicha política debe incluir, con miras a respetar su derecho a la integridad cultural, y la autonomía de sus autoridades en sus territorios. || Oportunidad que debe ser utilizada para que dichos pueblos y autoridades conozcan la posición de las mayorías nacionales, en torno de las medidas consultadas, y participen activamente en ellas, usando canales apropiados y, en consecuencia, propiciando un acercamiento.»*

²⁰ En esta decisión, la Corte declaró exequibles varias expresiones de la Ley 685/01 – Código de Minas, demandadas en razón de la presunta pretermisión del deber de consulta previa a los pueblos indígenas y afrodescendientes. Este Tribunal consideró que ese requisito se había cumplido debidamente por el Estado, a pesar que no fue posible llegar a una concertación sobre el contenido de la medida legislativa finalmente aprobada.

debe brindarle a las comunidades, en un momento previo a la radicación del proyecto en el Congreso de la República, las debidas oportunidades para que ellas no sólo conozcan a fondo el proyecto sino, sobre todo, para que puedan participar activamente e intervenir en su modificación, si es preciso. No obstante lo anterior, puede presentarse el caso de que la composición inicial del proyecto sea producto del esfuerzo conjunto y concertado de entidades y comunidades, evento en el cual se evidenciaría con más veras el cumplimiento de la participación indígena.» La necesidad de estos espacios de participación, en las condiciones citadas, es evidente, a fin de que se cumpla con los requisitos de efectividad e incidencia del proceso de consulta previa en el contenido material de la medida legislativa correspondiente. Por ende, la misma sentencia señaló que el proceso de consulta podía considerarse cumplido cuando exista evidencia de que, con anterioridad a la radicación del proyecto de ley en el Congreso de la República, la iniciativa haya sido divulgada entre las comunidades concernidas por las materias de la misma, se haya avanzado en la ilustración a tales comunidades sobre su alcance y con miras a obtener una concertación, y se hayan abierto los espacios de participación que sean apropiados.

Según lo expuesto, la Corte resalta que la satisfacción del derecho a la consulta previa respecto de la promulgación de medidas legislativas, se circunscribe a la conformación de un espacio deliberativo, respetuoso de las particularidades de las comunidades indígenas y afrodescendientes y guiado por el principio de buena fe, destinado a la deliberación del contenido del proyecto de legislación correspondiente.

14. Bajo esta perspectiva, en lo que respecta a las condiciones del deber de consulta respecto de medidas legislativas, la Corte determinó que, al margen de los criterios generales antes anotados, debían realizarse algunas consideraciones adicionales acerca de los deberes particulares del Estado en este evento. Así, consideró que, en cuanto al momento en que se debería adelantar la consulta y la autoridad encargada de realizarla, el *«convenio establece una obligación para los gobiernos, pero cabría preguntar si, en un sentido más amplio, dicha obligación puede hacerse extensiva a otros escenarios, particularmente, cuando, como en el caso de las medidas legislativas, es otra la instancia del Estado encargada de adoptarlas. || De este modo, podría decirse que el Gobierno tiene el deber de promover la consulta cuando se trate de proyectos de ley que sean de su iniciativa. Pero ¿qué ocurre cuando, en desarrollo de la iniciativa que les confiere la Constitución, otros sujetos de los previstos en el artículo 155 de la Constitución, distintos del gobierno, deciden presentar a consideración de las cámaras legislativas proyectos de ley cuyo contenido sea susceptible de afectar de manera directa a las comunidades indígenas y tribales?|| Parecería necesario que, en tal caso, el gobierno, tan pronto advierta que cursa un proyecto de ley en relación con el cual debe darse el proceso de consulta, acuda a las instancias que para ese efecto se hayan previsto en la legislación, como la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas creada por el Decreto 1397 de 1996, o a otras que se estimen pertinentes, para definir en ese escenario, cuáles serían las instancias y los mecanismos de consulta más adecuados.»*²¹

²¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-030/08.

15. Por último, la jurisprudencia constitucional se ha ocupado de establecer cuáles son las consecuencias, en términos de la exequibilidad material del precepto demandado, de la comprobación acerca del incumplimiento del deber de consulta previa de medidas legislativas. Sobre el particular, la sentencia C-030/08 estableció que en razón de los compromisos internacionales asumidos por Colombia, en especial los derivados de la suscripción del Convenio 169 de la OIT, lleva a que la omisión del deber de consulta contraiga la posibilidad de la evaluación y control por parte de instancias supranacionales.

Empero, el precedente citado también ha previsto consecuencias específicas de la pretermisión del deber de consulta en lo que respecta al derecho interno. Así, las normas sobre el deber de consulta, previstas en el Convenio 169 de la OIT, «*se integran a la Constitución y que, específicamente, el deber de consulta allí previsto 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 casos en los que la misma resulte imperativa a la luz del convenio, tiene consecuencias inmediatas en el ordenamiento interno. || En primer lugar, ha sido reiterado por la jurisprudencia que ese derecho a la consulta es susceptible del amparo constitucional, vía a través de la cual 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. || Tratándose de medidas legislativas, la situación puede tornarse compleja, porque como se señaló en precedencia, el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad frente a la omisión de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, comporta la verificación en torno a un procedimiento, cuya ausencia, sin embargo, se proyecta sobre la materialidad misma de la ley. || En ese evento, sería posible, en determinadas circunstancias, encontrar que la ley como tal es inconstitucional, pero también cabe que, en una ley que de manera general concierne a los pueblos indígenas y tribales, y que los afecta directamente, la omisión de la consulta se resuelva en una decisión que excluya a tales comunidades del ámbito de aplicación de la ley; o puede ocurrir que, en un evento de esa naturaleza, lo que se establezca es la presencia de una omisión legislativa, de tal manera que la ley, como tal, se conserve en el ordenamiento, pero que se adopten las medidas necesarias para subsanar la omisión legislativa derivada de la falta de previsión de medidas específicamente orientadas a las comunidades indígenas y tribales. Si la ley no tiene esas previsiones específicas, habría un vacío legislativo, derivado de la necesidad de que, en una materia que si bien afecta a todos, lo hace con los indígenas en ámbitos propios de su identidad, contemple previsiones especiales y que las mismas sean previamente consultadas. En ese caso, en la medida en que la ley general estuviese llamada a aplicarse a los indígenas, se decretaría una omisión legislativa por ausencia de normas específicas y previamente consultadas.»²²*

²² *Ibidem.*

Conforme a lo expuesto, se tiene que la omisión del deber de consulta previa es un vicio de inconstitucionalidad que concurre con anterioridad al trámite legislativo y que se proyecta sobre el contenido material de la norma objeto de examen. A partir de la necesidad de preservar correlativamente el derecho fundamental a la consulta a las comunidades indígenas y afrodescendientes y el principio de conservación del derecho legislado, la Corte ha considerado que si bien el incumplimiento del deber de consulta lleva *prima facie* a la inexecutableidad de la norma acusada, esta circunstancia debe evaluarse a la luz del grado de mayor o menor generalidad de la medida legislativa y el grado de incidencia de los contenidos de la disposición en los intereses que atañen a las comunidades indígenas y tribales.

Sobre este tópico, la sentencia C-461/08, que constituye el precedente más reciente de este Tribunal respecto del contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa, identificó un grupo de criterios para adelantar la evaluación mencionado. Para la Corte, la determinación de las consecuencias de la omisión del deber de consulta previa debe valorarse teniendo en cuenta (i) el contenido general de la ley y los contenidos específicos de la misma respecto de los pueblos indígenas y afrodescendientes; (ii) la finalidad de la ley y la relación que existe entre cada una de las partes; (iii) la posibilidad de distinguir normas de la ley que sean separables respecto de la misma; y (iv) las decisiones del legislador respecto de los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes. El análisis de estos factores permitirá a la Corte adoptar decisiones que involucren la declaratoria de inexecutableidad total o parcial de la disposición, o el condicionamiento de la misma, a fin de establecer mecanismos que mantengan el precepto dentro del ordenamiento y que, a su vez, otorguen eficacia al derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades tradicionales.

Sistematización de las reglas sobre la satisfacción del derecho fundamental a la consulta previa

16. En suma, la Corte ha construido una doctrina sistemática y reiterada en relación con el contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa a los pueblos indígenas y tribales, respecto de la adopción de medidas legislativas y administrativas. Para el caso puntual de las medidas legislativas, la jurisprudencia ha previsto un grupo de requisitos de índole fáctica que deben acreditarse para garantizar la eficacia material del citado derecho. Estas condiciones han sido sistematizadas por la jurisprudencia constitucional a partir de las reglas siguientes:²³

16.1. La consulta previa es un derecho fundamental de las comunidades indígenas y afrodescendientes, reconocido y protegido por el ordenamiento constitucional y, en consecuencia, exigible judicialmente. Este derecho está estrechamente relacionado con la salvaguarda de la identidad diferenciada de estas comunidades, presupuesto para el cumplimiento del mandato superior de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. La consulta previa, en tal sentido, es un instrumento jurídico imprescindible para evitar la afectación irreversible de las

²³ Sobre esta recapitulación de reglas jurisprudenciales sobre el contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa, *Cf.*: Corte Constitucional, sentencia C-461/08.

prácticas tradicionales de las comunidades diferenciadas, que constituyen sus modos particulares de sobrevivencia como comunidades diferenciadas. Sobre el particular, la Corte ha insistido en que *«el derecho fundamental a la subsistencia de los grupos étnicos se puede ver drásticamente afectado por los cambios abruptos, de índole social, cultural y medioambiental, inducidos por la realización de proyectos en territorios indígenas que no han sido debidamente consultados y sobre cuyas condiciones no se ha llegado a un acuerdo con las comunidades directa y específicamente afectadas. En tal medida, el derecho a la consulta previa de proyectos a realizarse en territorios de pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes es un derecho fundamental, por constituir el medio a través del cual cada uno de estos pueblos o comunidades podrá incidir sobre la toma de decisiones sobre la implementación de proyectos en sus territorios, proyectos que a su turno pueden surtir impactos destructivos e irreversibles sobre su integridad social, material y cultural en tanto grupos étnicos, de no ser implementados en forma respetuosa de los acuerdos a los que se haya llegado con cada colectividad en concreto.»*²⁴

En armonía con estas consideraciones, el deber de consulta previa respecto de medidas legislativas, resulta jurídicamente exigible cuando las mismas afecten *directamente* a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Ello sucede cuando la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos. Por ende, no existirá deber de consulta cuando la medida legislativa no pueda predicarse de forma particular a los pueblos indígenas y tribales y, a su vez, el asunto regulado no tenga relación con aspectos que, razonable y objetivamente, conformen la identidad de la comunidad diferenciada.

Así, de acuerdo con el precedente constitucional estudiado en esta sentencia, para acreditar la exigencia de la consulta previa, debe determinarse si la materia de la medida legislativa tiene un vínculo necesario con la definición del *ethos* de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En otras palabras, el deber gubernamental consiste en identificar si los proyectos de legislación que pondrá a consideración del Congreso contienen aspectos que inciden directamente en la definición de la identidad de las citadas indígenas y, por ende, su previa discusión se inscribe dentro del mandato de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. Como se señaló en la sentencia C-030/08, uno de los parámetros para identificar las medidas legislativas susceptibles de consulta es su relación con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT.

16.2. Habida consideración que el proceso de consulta previa está dirigido a proteger los derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes, no resulta admisible considerarlo como un escenario de confrontación entre las autoridades gubernamentales y los grupos étnicos. En contrario, esta instancia tiene por objeto servir para que las comunidades tradicionales participen activamente en la definición

²⁴ *Ibidem.*

de la medida legislativa relacionada directamente con sus intereses, a fin de propiciar un acercamiento que pretenda la concertación sobre el contenido del proyecto o política correspondiente. En tal sentido, el trámite de consulta previa no conlleva un poder de veto de las medidas legislativas y administrativas por parte de los pueblos indígenas y tribales.

16.3. El procedimiento de consulta es, ante todo, un instrumento para garantizar la participación efectiva de las comunidades tradicionales en los asuntos que las afectan, a través de un escenario dirigido a garantizar sus derechos fundamentales. En tal sentido, simples trámites administrativos que tiendan a permitir el ejercicio del derecho a la defensa de las comunidades respecto a las medidas adoptadas, o esfuerzos extemporáneos por parte del Gobierno Nacional para cumplir con dicho procedimiento, no satisfacen el deber de consulta previa. Sobre la materia, la jurisprudencia ha establecido que la consulta, *«se trata de un proceso cualitativamente diferente, de naturaleza constitucional, orientado a salvaguardar derechos fundamentales celosamente protegidos por la Carta Política; «de este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (arts. 14 y 35 del C.C.A., 69, 70, 72 y 76 de la Ley 99 de 1993), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades.»*²⁵ En este orden de ideas, **no** tendrán valor de consulta previa: *«la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales»;*²⁶ *ni los procesos consultivos realizados con posterioridad a la implementación de proyectos que han de ser consultados previamente;*²⁷ *ni los procesos de diálogo o información realizados con organizaciones indígenas que no han sido expresa y específicamente delegadas para ello por las autoridades tradicionales de las comunidades específicamente afectadas por los proyectos, ni las simples reuniones entre miembros de tales grupos*

²⁵ Sentencia SU-039 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

²⁶ Sentencia SU-039 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell. En igual sentido, ver la sentencia C-620 de 2003: *«La jurisprudencia ha indicado al respecto que, teniendo en cuenta lo regulado por el artículo 34 del referido convenio de la OIT, según el cual 'la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país', el compromiso del Estado colombiano de adelantar las mencionadas consultas es de gran amplitud y debe ser interpretado flexiblemente según las circunstancias. Sin embargo ha precisado que dado que el derecho a la consulta tiene por objeto garantizar la participación en la adopción de las decisiones que afectan a las comunidades, no puede consistir en una simple información a dichos entes colectivos, sino que debe propiciar espacios de concertación en la escogencia de las medidas.»*

²⁷ *«Para la Corte resulta claro que en la reunión de enero 10 y 11 de 1995, no se estructuró o configuró la consulta requerida para autorizar la mencionada licencia ambiental. Dicha consulta debe ser previa a la expedición de esta y, por consiguiente, actuaciones posteriores a su otorgamiento, destinadas a suplir la carencia de la misma, carecen de valor y significación.»* Sentencia SU-039 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

étnicos y funcionarios o apoderados que no tienen la facultad de representar al Gobierno Nacional o a las comunidades indígenas o afrodescendientes afectadas.^{28,29}

16.4. Los procesos de consulta se deben llevar a cabo mediante relaciones de comunicación efectiva, basadas en el principio de buena fe. Por ende, dicho procedimiento estará dirigido a proteger los derechos fundamentales de las comunidades étnicas, mediante instrumentos de participación que, amén de su disposición y diseño, puedan incidir en la definición del contenido y alcance de la medida legislativa o administrativa. Lo anterior implica que la consulta previa no puede concebirse como un mero requisito formal, sino que es un proceso sustantivo de raigambre constitucional, dirigido a que (i) las comunidades afectadas estén provistas de la información completa, precisa y significativa sobre los proyectos que se pretenden desarrollar en sus territorios o de las medidas legislativas o administrativas del caso; y (ii) se tenga como objetivo principal el logro de un acuerdo con los pueblos indígenas y tribales, quienes podrán discutir el contenido de la política y proponer alternativas a ella.³⁰ Para cumplir con estas condiciones, es posible que las comunidades estén acompañadas por la Defensoría del Pueblo o la Procuraduría General de la Nación, si así lo estiman pertinente.

16.5. Los procesos de consulta, conforme dispone el artículo 13 del Convenio de la OIT, debe realizarse sobre la base del reconocimiento del especial valor que para las comunidades tradicionales tiene el territorio y los recursos naturales ubicados en ellos. Así, la determinación de la gravedad de la afectación de la medida legislativa o administrativa deberá analizarse según el significado que para los pueblos indígenas

²⁸ «Tampoco pueden considerarse o asimilarse a la consulta exigida en estos casos, las numerosas reuniones que según el apoderado de la sociedad Occidental de Colombia Inc. se han realizado con diferentes miembros de la comunidad U'wa, pues aquella indudablemente compete hacerla exclusivamente a las autoridades del Estado, que tengan suficiente poder de representación y de decisión, por los intereses superiores envueltos en aquella, los de la comunidad indígena y los del país relativos a la necesidad de explotar o no los recursos naturales, según lo demande la política ambiental relativa al desarrollo sostenible.» Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

²⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-461/08.

³⁰ Bajo este marco, la jurisprudencia constitucional ha señalado que los objetivos específicos de la consulta previa, aplicados al caso de proyectos de explotación de recursos naturales en territorios de las comunidades indígenas, consisten en que «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 dé 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.*». Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-383/03.

y tribales afectados tengan los bienes o prácticas sociales interferidas. En otras palabras, el mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, implica que el análisis del impacto de las medidas se realice a partir de las características específicas de la comunidad y la comprensión que estas tienen del contenido material de dichas políticas.

16.6. El proceso de consulta debe estar precedido de un trámite preconsultivo, en el cual se defina, de común acuerdo entre las autoridades gubernamentales y los representantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes, las bases del procedimiento participativo. De esta manera, se preservan las especificidades culturales de dichos pueblos, las cuales se verían afectadas con la imposición de determinada modalidad de trámite consultivo. En tal sentido, este Tribunal ha considerado que *«los procesos de consulta previa no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva aplicación al Convenio 169 de la OIT y en especial a lo dispuesto en su artículo 6° y del artículo 7° de la Carta, los procesos de consulta deberán ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado.»*³¹

16.7. Las medidas legislativas y administrativas que afecten directamente los intereses de las comunidades tradicionales, deben estar precedidas de un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego de los grupos étnicos afectados. Por consiguiente, solo resultarán admisibles las políticas que prevean limitaciones constitucionalmente legítimas. Para la Corte, *«al realizar la ponderación entre los intereses enfrentados en un caso concreto, y con miras a dar adecuada protección al interés en preservar la diversidad étnica de la nación, deberá tenerse en cuenta que, según lo ha explicado la jurisprudencia constitucional, «sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones: a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna). b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.»*³²|| Los deberes básicos de las autoridades que llevan a cabo la consulta previa son los de ponderar y explorar los siguientes cuatro elementos: *«i) la posición y las propuestas que estos ostentan y formulan, ii) la garantía de los derechos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas y de los demás habitantes de los respectivos territorios –tales como el derecho a la vida e integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad y a la salud–, iii) la protección del interés general de la nación colombiana a la diversidad étnica y cultural; y iv) el interés general y las potestades inherentes al Estado colombiano».*^{33,34}

³¹ Cfr: Corte Constitucional, sentencia T-737/05.

³² Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, reiterando jurisprudencia previa de la Corte.

³³ Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, reiterando jurisprudencia previa de la Corte.

³⁴ Cfr: Corte Constitucional, sentencia C-461/08.

16.8. Finalmente, el precedente constitucional sobre el contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa ha contemplado que, en los casos en que cumplidos los requisitos y garantías anteriormente descritas, no sea posible llegar a un acuerdo sobre la medida legislativa o administrativa, el Estado conserva su competencia para adoptar una decisión final a ese respecto. Empero, el ejercicio de esa potestad carece de naturaleza omnímoda, sino que debe (i) estar desprovista de arbitrariedad y autoritarismo; (ii) fundarse en parámetros de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad en cuanto al grado de afectación de los intereses de las comunidades tradicionales; (iii) contemplar instrumentos idóneos para mitigar el impacto de la medida en dichos intereses, tanto en el plano individual como colectivo, todo ello con miras a salvaguardar las prácticas que conforman la diversidad étnica y cultural.

El contenido de la norma acusada y su grado de incidencia en los intereses de las comunidades indígenas y afrodescendientes

17. De conformidad con lo prescrito en el artículo 1º de la Ley 1152/07, el EDR contiene el conjunto sistemático e integrado de principios, objetivos, normas, lineamientos de política, mecanismos y procedimientos a través de los cuales el Estado promoverá y ejecutará las acciones orientadas a lograr un desarrollo humano sostenible y el bienestar del sector rural, en condiciones de equidad, competitividad y sostenibilidad, en cumplimiento de los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución Política. Como se observa, el propósito que anima a la disposición demandada es dotar al ordenamiento jurídico de un cuerpo legal, sistemático e integral, que se ocupe del desarrollo de la población que habita en las zonas rurales del país, a través de instrumentos específicos sobre el uso y aprovechamiento de la tierra.

Analizada la exposición de motivos del proyecto de ley que dio lugar a la norma acusada,³⁵ la Corte advierte que el EDR encuentra varios objetivos generales, concentrados en (i) compilar, organizar y armonizar las normas para producir un estatuto único de desarrollo rural; (ii) evaluar dicha normatividad, a efectos de introducir modificaciones tendientes a configurar una «nueva visión del sector; en temas estratégicos para la política de desarrollo rural»; y (iii) determinar y precisar las funciones del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – Incoder y demás instituciones que participan en la política de desarrollo rural.

18. En cuanto al primer objetivo, el proyecto evidenciaba que la regulación sobre desarrollo rural en el país se encontraba dispersa en un número significativo de leyes, decretos leyes y decretos reglamentarios. Estas normas estaban dirigidas a la regulación de políticas públicas en diversas áreas, entre ellas reforma agraria, programas y planes de desarrollo rural, generación y transferencia de tecnología agropecuaria, promoción de la pesca y la acuicultura, de estímulo de inversiones en infraestructura de riego y drenaje, reorganización del sistema de financiamiento del sector agropecuario, apertura del mercado y promoción de las exportaciones y de

³⁵ Gaceta del Congreso 246 del 25 de julio de 2006, páginas 53-59.

fortalecimiento de la capacidad de agentes privados respecto al desarrollo de la agricultura en el país. Otro grupo de disposiciones determinaban un marco de competencias y procedimientos institucionales de las distintas entidades estatales relacionadas con el sector agropecuario.

Así, la norma pretende integrar, compilar y organizar estas distintas regulaciones, para armonizarlas de modo que se muestren compatibles, en términos del proyecto de ley y en criterio del Gobierno Nacional, con (i) la estructuración de organizaciones del sector público que enfrenten de manera más eficiente los retos que implica un entorno más abierto, menos regulado, más descentralizado, menos burocrático y mejor adaptado a las condiciones propias del funcionamiento del mercado de los factores de producción, y de los productos del sector agropecuario; (ii) la promoción de un nuevo modelo de desarrollo rural y de política de tierras, compatible con las nuevas realidades de la economía nacional, caracterizadas por los procesos acelerados de liberalización comercial, de internacionalización de la economía de Colombia y del mundo, las cuales requieren del impulso al desarrollo empresarial, el otorgamiento de un papel central a la iniciativa privada, la intervención estatal orientada al mantenimiento de la estabilidad macroeconómica, la provisión de bienes públicos, la compensación por imperfecciones de los mercados, la disminución de costos de transacción y la descentralización y coordinación interinstitucional; y (iii) el aumento de la capacidad productiva de los productores ubicados en las zonas rurales, con el fin de obtener mayor bienestar y participación en el desarrollo económico del país, lo que redundará en la reducción de la pobreza y la desigualdad social.

19. Los objetivos estratégicos sobre los que versa la disposición acusada, tienen que ver con el manejo de subsidios para la compra y adecuación de tierras, la distribución de tierras con proceso de extinción del dominio, el proceso de asignación de tierras a comunidades negras e indígenas y la mejora de la gestión institucional.

Respecto a la metodología para la asignación de subsidios para compra de tierras, el EDR modifica el sistema anterior (centrado en la negociación asistida entre campesinos aspirantes y propietarios) en la que el Estado concurría con la entrega de un monto del valor del bien, a un procedimiento distinto basado en subsidios a la demanda, en el que el Estado entrega una suma única por Unidad Agrícola Familiar, que no depende del valor de la tierra y que está vinculada a la identificación previa de proyectos productivos. De forma similar, frente a los subsidios destinados a la adecuación de tierras, la asignación de recursos públicos está supeditada a la formulación de los mismos proyectos, que cumplan requisitos básicos de viabilidad, calificados por grupos de expertos y que pueden complementarse con recursos de personas naturales o jurídicas interesadas en adelantar proyectos de adecuación de tierras.

El EDR pretende formular mecanismos más eficaces para la asignación de los predios rurales objeto de extinción de dominio como fuentes de tierras para reforma agraria. Ello a través de su entrega directa: de la Dirección Nacional de Estupeficientes al Incoder y su uso para el fortalecimiento financiero del Fondo Nacional Agrario – FNA.

Respecto a la asignación de tierras a las comunidades indígenas y negras, la exposición de motivos señala que el EDR, «*respetando la legislación básica existente*

en relación con el acceso a la tierra por parte de las comunidades indígenas del país, el proyecto propone la introducción de instrumentos que permitan racionalizar la adquisición y adjudicación de tierras a estos grupos étnicos, en correspondencia con la normatividad nacional y local de aptitudes y usos del suelo, y respetando derechos ya adquiridos. Al efecto, propone que las decisiones en materia de creación y ampliación de resguardos indígenas se ajusten a los siguientes requisitos: Definición del cumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad de las tierras solicitadas, por parte del Incoder y del MAVT³⁶. Articulación entre solicitudes de los resguardos y las disposiciones establecidas por los municipios en el respectivo POT. No inclusión de tierras o mejoras de propiedad privada de personas ajenas al grupo étnico solicitante, incluyendo las mejoras de colonos circundantes.»

Por último, frente al objetivo relacionado con la mejora de la gestión institucional, el EDR propone varias políticas tendientes a agilizar procedimientos específicos del Incoder, especialmente en lo relativo a la administración de distritos de riego, remate de bienes producto de extinción de dominio, revisión del trámite de transferencia de propiedad de tierras asignadas a reforma agraria y la creación de una unidad especial para la administración de pesca comercial.

20. Finalmente, el EDR está orientado a dotar de una estructura institucional suficiente al Incoder, con el fin que pueda asumir las múltiples competencias que había adquirido por normas anteriores. A ese respecto, la exposición de motivos resalta que mediante el Decreto 1300 de 2003 creó esa institución y le asignó las funciones que venía desempeñando el Instituto Colombiano de Reforma Agraria – Incora, el Instituto Nacional de Adecuación de Tierras – INAT, el Fondo de Cofinanciación para la Inversión Rural – DRI, y el Instituto Nacional de Pesca y Acuicultura – INPA. Sin embargo, el Incoder había sido concedido como una institución rígida, lo que dificultaba el ejercicio de ese cúmulo de competencias. Por ende, el EDR busca ofrecer una estructura administrativa con condiciones de eficiencia y flexibilidad.

21. En consonancia con las finalidades descritas anteriormente, el EDR se organiza como un cuerpo normativo sistemático, que reúne las normas sustanciales y de procedimiento relacionadas con el aprovechamiento agropecuario de la tierra. Se trata, bajo esa perspectiva, de una regulación de carácter general, que incide en los intereses de la población que reside y deriva su sustento de las actividades agrícolas en zonas rurales, de la cual hacen parte las comunidades indígenas y afrodescendientes.

La norma, que se estructura en diez títulos, regula (i) la definición de los principios y objetivos del EDR, coincidentes con los objetivos programáticos enunciados en el fundamento jurídico anterior; (ii) la determinación de la estructura administrativa y las competencias adscritas al Sistema Nacional de Desarrollo Rural, el Consejo Nacional de Tierras – Conati y el Incoder, entidades estas que conforman la institucionalidad del sector rural; (iii) el establecimiento de las funciones de la Unidad Nacional de Tierras Rurales, entendida como el instrumento de planificación,

³⁶ Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (Nota fuera de texto).

administración y disposición de los predios rurales de propiedad de la Nación; (iv) la fijación de las funciones a otras entidades gubernamentales que, sin hacer parte de la institucionalidad del sector rural, tienen competencias relacionadas con tierras de la Nación, en especial la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior, la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional y la Dirección Nacional de Atención y Prevención de Desastres; (v) la definición de las competencias del Gobierno, a través del Ministerio de Agricultura y el Incoder, en el diseño y ejecución de proyectos productivos y la modernización tecnológica del sector agropecuario; (vi) la consagración del procedimiento que debe adelantarse para la obtención del subsidio para la compra, adecuación y adquisición directa de tierras, al igual que la determinación del régimen legal de las Unidades Agrícolas Familiares, que constituye la modalidad asociativa de producción que racionaliza el proceso de entrega de subsidios a la demanda destinado a la adquisición de tierras de reformas agraria; (vii) la regulación particular de las zonas de colonización, de reserva campesina y de desarrollo empresarial; (viii) la definición de los procesos y estructura administrativa del Incoder, destinada a la ejecución, coordinación y control de los proyectos de interés estratégico para el desarrollo del sector agropecuario y/o forestal; (ix) el régimen legal de las asociaciones de usuarios de los distritos de adecuación de tierras; (x) la determinación del procedimiento aplicable a los regímenes especiales de adquisición y entrega de tierras a las comunidades indígenas, negras y demás minorías étnicas, al igual que a la población en situación de desplazamiento forzado; (xi) la fijación del procedimiento para la disposición, con fines de reforma agraria, de los bienes rurales objeto de extinción de dominio; (xii) el régimen procedimental aplicable a la adquisición directa de tierras por parte del Incoder; (xiii) las normas sustanciales sobre adjudicación y recuperación de baldíos; (xiv) el régimen jurídico del proceso judicial de expropiación de bienes rurales con fines de reforma agraria; y (xv) la determinación de las competencias del Ministerio Público Agrario, instancia perteneciente a la Procuraduría General de la Nación.

22. Como se observa, el EDR es una norma de amplio espectro, que se ocupa de regular en su integridad la materia del desarrollo rural en el país. Para ello, contiene prescripciones de toda índole, buena parte de ellas de carácter general, las cuales tienen implicaciones para todos los sujetos e instituciones que ejercen actividades relacionadas con el sector agrario. El Estatuto establece, de igual manera, regulaciones particulares y específicas que hacen referencia expresa a la relación entre las autoridades gubernamentales que ejercen competencias relacionadas con el desarrollo rural y las comunidades étnicas, indígenas y afrodescendientes que habitan en territorios rurales. Entre estas normas particulares, se destacan las siguientes:

22.1. La compatibilidad entre los preceptos que integran el EDR y lo dispuesto en la Ley 21 de 1991, que incorporó al derecho interno el Convenio 169 de la OIT, y en la Ley 70 de 1993, que desarrolla el artículo 55 transitorio de la Constitución, relacionado con el reconocimiento de la propiedad colectiva a favor de las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico. (Art. 1º EDR).

22.2. El establecimiento como principio rector de la norma acusada del deber de protección y reconocimiento, por parte del desarrollo rural, de la diversidad étnica que se expresa en las diferencias étnicas y culturales del país. (Art. 2-12 EDR).

22.3. El establecimiento como objetivo estatal respecto del acceso a la propiedad de la tierra por parte de los trabajadores agrarios, del beneficio consistente en la dotación de tierras a los miembros de las comunidades indígenas, afrodescendientes y demás minorías étnicas, mayores de edad, de escasos recursos y que no posean terrenos rurales. (Art. 4-2 EDR).

22.4. El deber de armonizar la formulación y ejecución de programas y proyectos productivos que incremente el volumen de producción y los ingresos de los productores con los planes de vida de las comunidades indígenas en sus territorios (Art. 4-4 EDR).

22.5. El fortalecimiento de las iniciativas y propuestas de los pueblos y comunidades indígenas, afrodescendientes y demás minorías étnicas, respecto de las estrategias, acciones y decisiones que se adopten respecto a programas de riego, drenaje y adecuación de tierras (Art. 5-6 EDR).

22.6 La inclusión dentro del Consejo Nacional de Tierras – Conati de delegados de las comunidades indígenas y negras, al igual que la adscripción al Gobierno Nacional de la competencia para determinar la forma de elegir a dichos representantes (Art. 17, literales h, i y parágrafo EDR).

22.7. La participación de representantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes en el Consejo Directivo del Incoder. Para este caso, se asigna al Gobierno Nacional la competencia para reglamentar su designación (Art. 22, numerales 11, 12 y parágrafo EDR).

22.8. La orden a la Unidad Nacional de Tierras Rurales la ejecución y finiquito, dentro de los dos años siguientes a la expedición de la ley, de los procedimientos en curso de titulación de propiedad colectiva de comunidades negras (Art. 28, parágrafo 1º, numeral 8º EDR).

22.9. El otorgamiento de funciones a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia para planificar y ejecutar los procedimientos para la constitución, saneamiento, ampliación y reestructuración de resguardos indígenas, al igual que los dirigidos a la titulación colectiva de tierras baldías a las comunidades negras (Art. 34 EDR).

22.10. La facultad adscrita al Gobierno Nacional de otorgar, a través del Incoder, un trato preferencial a los proyectos productivos de las regiones afectadas por la dinámica de los cultivos ilícitos y el conflicto armado interno. Ello, sin el desmedro de los derechos de las comunidades indígenas y negras (Art. 44 parágrafo 2º EDR).

22.11. La asignación de la facultad a la Dirección de Etnias del Ministerio de Interior y de Justicia para que pueda adquirir mediante negociación directa, predios, mejoras rurales y servidumbres de propiedad privada, destinadas a las comunidades negras e indígenas que no los posean, cuando la superficie donde estuvieren establecidas fuere insuficiente (Art. 71, literal a. EDR).

22.12. La competencia de la Unidad Nacional de Tierras Rurales para comprar bienes inmuebles improductivos de propiedad privada, con excepción de aquellos predios ubicados en resguardos indígenas y los predios integrados dentro de títulos colectivos de comunidades negras.

22.13. La determinación de un procedimiento para la dotación de tierras rurales a las comunidades indígenas y afrodescendientes, a través de las acciones adelantadas por el Ministerio del Interior y de Justicia, el Incoder y con la participación de las autoridades tradicionales de dichas comunidades (Arts. 116 a 125 EDR).

22.14. El establecimiento de reglas para la actuación de los Comités Territoriales para Atención Integral a la Población Desplazada, en cuanto a la declaratoria de inminencia o de desplazamiento, respecto de territorios donde se encuentren asentadas comunidades étnicas (Art. 128 EDR).

22.15. La exclusión de la titulación de las tierras baldías en Unidades Agrícolas Familiares para el caso de las adjudicaciones de tierras a las comunidades indígenas, negras y demás minorías étnicas (Art. 155 EDR).

22.16. La participación de un representante de las comunidades negras en el Consejo Nacional Agropecuario y Agroindustrial (Art. 175 EDR).

23. Estudiado el contenido del Estatuto de Desarrollo Rural, la Corte encuentra que se trata de una normatividad que debió surtir el procedimiento de consulta previa descrito en esta sentencia. Ello con base en dos criterios diferenciados: (i) El hecho que la norma acusada sea un régimen integral que regule el tema del desarrollo rural y, por ende, las relaciones entre los individuos y la tierra; y (ii) la existencia en el EDR de disposiciones que prescriben, de manera puntual y específica, tópicos que afectan directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes.

24. En cuanto a lo primero, tanto las normas del derecho internacional que regulan el tema de la consulta previa, como la jurisprudencia constitucional, han destacado el lugar central que cumple el territorio en la definición de la identidad de los pueblos indígenas y tribales. Así, la Parte II del Convenio 169 de la OIT establece un grupo de reglas que deben tener en cuenta los Estados y gobiernos en cuanto a la protección de los derechos de las comunidades tradicionales respecto a sus territorios. Al respecto, el artículo 11 determina que *«al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.»* Desde esta perspectiva, surgen para el Convenio varias obligaciones a cargo del Estado, entre ellas, el reconocimiento a las comunidades de la propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan, la protección especial de los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre los recursos naturales en esos territorios, la implementación de procedimientos de consulta respecto a la explotación del recursos del subsuelo en los mismos, el carácter excepcional y consensuado del traslado de las comunidades de sus territorios tradicionales, al igual que el reconocimiento y respeto de las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra establecidas por las

comunidades diferenciadas.³⁷ Bajo el mismo parámetro, el Convenio dispone que en relación concreta con los programas agrarios nacionales –como es el caso del EDR–, estos deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos de (i) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico; y (ii) el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen.³⁸

De forma armónica con las obligaciones estatales descritas, contenidas en normas que integran el bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia de la Corte ha insistido en que las regulaciones legales que intervengan el régimen jurídico sobre la tierra de las comunidades indígenas y afrodescendientes deben mostrarse compatibles con la eficacia del mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. Esto implica que dicha normatividad deberá tener en cuenta las prácticas tradicionales de los pueblos indígenas y tribales, evitando que la imposición estatal de otras modalidades de regulación implique la desaparición de aquellas. Al respecto, este Tribunal ha señalado que *«es claro que el derecho de los pueblos indígenas a tener su propia vida social, económica y cultural, así como a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma (Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), debe entenderse atado al derecho que tienen a poseer su propio territorio, sobre el cual puedan dichos pueblos edificar sus fundamentos étnicos. Es de notar que el territorio indígena y sus recursos, así como la tradición y el conocimiento, «constituyen un legado que une -como un todo- la generación presente y a las generaciones del futuro.» || Se advierte entonces que la participación indígena encuentra un sustento que desborda la esfera netamente política del concepto, en la medida en que hace parte de una cosmogonía según la cual dicho valor está relacionado con el respeto a los seres vivos, el no tomar nunca más de lo que se necesita y el devolver siempre a la tierra cuando se toma algo de ella. || En síntesis, de la concepción holística de territorio que ostentan los pueblos indígenas se puede concluir que la explotación de recursos naturales yacentes en territorios ancestrales hace parte de su esfera vital y de su forma de relacionarse directamente con la naturaleza, así como de su legado cultural y socioeconómico. De esta manera, el principio participativo consagrado en el artículo 2° de la Constitución Política adquiere matices más intensos en relación con las comunidades indígenas».*³⁹

Los argumentos anteriores demuestran que la regulación de la propiedad agraria, en la que se encuentran asentadas las comunidades indígenas y tribales es un asunto de especial relevancia para la definición de su identidad. Esto implica que el contenido del EDR, en cuanto implica la regulación sistemática y detallada de la propiedad

³⁷ Cfr. Artículos 13 a 18 del Convenio 169 de la OIT.

³⁸ *Ibidem.* Art. 19.

³⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-891/02.

agraria, es un asunto que recae dentro de las materias en donde el deber de consulta debe cumplirse por parte del Gobierno, en tanto autor de la iniciativa correspondiente.

25. En segundo lugar, la obligatoriedad del deber de consulta se refuerza por la existencia de materias específicas, enumeradas en el fundamento jurídico 22 de esta decisión, las cuales cumplen con el requisito previsto en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, según el cual deben someterse al procedimiento de consulta previa aquellas medidas legislativas que afecten directamente a los pueblos indígenas y afrodescendientes. En efecto, dichas disposiciones versan, entre otros aspectos, sobre la determinación del régimen jurídico predicable de los resguardos indígenas y los territorios de propiedad colectiva de las comunidades afrodescendientes. Por ende, no existe duda alguna acerca de la exigibilidad de la consulta previa a los pueblos indígenas y tribales para el caso del EDR.

El incumplimiento del deber de consulta previa respecto de las normas que integran el Estatuto de Desarrollo Rural

26. Verificada la obligación gubernamental de efectuar la consulta previa de la norma acusada a las comunidades indígenas y afrodescendientes, debe la Corte ocuparse de determinar si el procedimiento surtido por el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, cumple con las condiciones previstas en el ordenamiento constitucional aplicable a la materia. Sobre este tópico, la Sala considera oportuno pronunciarse sobre dos aspectos particulares sobre el problema jurídico planteado: (i) la relación entre la oportunidad del procedimiento de consulta y la eficacia del principio de buena fe; y (ii) la omisión de la instancia preconsultiva al procedimiento de consulta.

27. Como se indicó en apartado precedente, previsiones específicas del Convenio 169 de la OIT, establecen que el procedimiento de consulta debe efectuarse bajo la vigencia del principio de buena fe. Esto significa que el ofrecimiento de espacios para la participación de las comunidades tradicionales en la definición de las medidas legislativas, debe tener vocación de incidencia material en las mismas. En otras palabras, el procedimiento de consulta no puede constituirse en un simple trámite formal, sino que debe estar realizada de modo tal que, de llegarse a un acuerdo o concertación sobre el contenido de la medida legislativa, tales conclusiones incidan en la formulación definitiva de la política pública correspondiente. En caso contrario, si el procedimiento de consulta se lleva a cabo de manera que sus efectos no pueden lograr trascendencia alguna en la confección final de la medida legislativa, la actuación sería incompatible con la buena fe que guía ese proceso.

28. La condición expuesta implica, para el caso particular de los proyectos de ley que afectan directamente a las comunidades tradicionales, el procedimiento de consulta debe realizarse bajo condiciones de oportunidad. Así, la jurisprudencia constitucional ha considerado que el trámite de consulta previa debe preceder a la radicación del proyecto de ley, para que los resultados del proceso de participación incidan en el contenido de la iniciativa que se somete a consideración del Congreso.

De lo que se trata es que la participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes tenga la potencialidad de incidir materialmente en el contenido

de la medida legislativa, lo que implica que el momento en que se efectúa la consulta previa debe armonizarse con las condiciones constitucionales que otorgan racionalidad al procedimiento de producción normativa, en especial los requisitos de unidad de materia, consecutividad e identidad flexible.⁴⁰

El artículo 158 de la Constitución establece que todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella. El principio de unidad de materia ha sido objeto de un análisis prolijo por parte de la jurisprudencia de la Corte, precedente que ha insistido en señalar que la calificación acerca del cumplimiento de este presupuesto está basada en la ponderación entre el contenido del principio y la vigencia del principio democrático y la libertad de configuración normativa del legislador. Por lo tanto, la violación del principio de unidad de materia se acreditará únicamente cuando se demuestre que el precepto no tiene ninguna relación de conexidad objetiva y razonable (de carácter causal, temático, sistemático y teleológico) con la materia de la ley respectiva.⁴¹ Tal caracterización, entonces, es incompatible con una visión rígida del principio, la cual afectaría de manera desproporcionada la actividad legislativa y los principios democrático y de conservación del derecho. En ese sentido, el principio de unidad de materia resulta vulnerado sólo cuando el precepto de que se trate se muestra totalmente ajeno al contenido temático de la ley que hace parte.⁴²

Para la determinación del cumplimiento de este requisito, entonces, deberán identificarse dos instancias. La primera, destinada a precisar el alcance material o núcleo temático de la ley. La segunda, relacionada con establecer si la norma objeto de análisis está relacionada con esa temática, a partir de los criterios de conexidad citados.

La jurisprudencia constitucional ha destacado, igualmente, que los principios de identidad flexible y consecutividad están dirigidos a que la iniciativa obtenga un grado de deliberación democrática suficiente. Esto para que las normas jurídicas resultantes del proceso legislativo sean legítima expresión de la voluntad de los congresistas, en tanto titulares de la representación popular.

El principio de consecutividad del trámite legislativo se deriva de lo dispuesto por el artículo 157 C. P., norma que establece que los proyectos de ley deben haber sido discutidos y aprobados tanto en comisiones como en las plenarios de ambas cámaras, previsión que la Corte ha denominado como la «regla de los cuatro debates». En este caso, la prescripción constitucional está dirigida a que toda iniciativa cumpla con todos los debates sucesivos en cada una de las instancias del Congreso, con el objeto de garantizar que sea sometida a un debate adecuado y suficiente.

Esta Corporación ha insistido en que el principio de consecutividad debe comprenderse armónicamente con el principio de identidad flexible. En efecto, de

⁴⁰ En esta sección, la Sala hace uso de la exposición que sobre los principios de unidad de materia, consecutividad e identidad flexible fue realizada en la reciente sentencia C-1011/08.

⁴¹ *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-832/06.

⁴² *Cfr.* Corte Constitucional, sentencias C-501/01, C-714/01, C-1025/01 y C-809/07, entre otras.

conformidad con lo señalado con el artículo 160 C. P., durante el segundo debate cada cámara podrá introducir al proyecto las modificaciones, adiciones y supresiones que juzgue necesarias. Tal posibilidad busca permitir que al interior de las plenarios sea posible someter al debate democrático las propuestas aprobadas por las comisiones, de modo tal que la actividad de aquellas no se restrinja a la simple confirmación de lo decidido en el primer debate. Esta previsión implica, además, una modificación cualitativa del régimen imperante en la Constitución anterior, pues permite la flexibilización del trámite legislativo, con el fin de obtener mayores niveles de deliberación y análisis de los proyectos de ley, lo que redundaría en la eficacia del principio democrático. Como lo ha previsto la jurisprudencia, «(...) bajo el actual esquema constitucional el mismo ha sido relativizado, en el sentido que por su intermedio ya no se exige que el proyecto sea aprobado de manera idéntica en todos los debates parlamentarios, es decir, que su contenido material deba guardar estricta equivalencia durante el trasegar del trámite legislativo. (...)»⁴³

De acuerdo con estos condicionamientos, el principio de identidad flexible obliga a que si bien la iniciativa debe contar con los cuatro debates reglamentarios, el texto no necesariamente debe ser idéntico en dicho trámite.⁴⁴ Sin embargo, tal posibilidad de modificación de los proyectos durante el segundo debate está sometida a límites, estrechamente relacionados con la preservación de la unidad temática de la iniciativa. En términos de la Corte, el «concepto de identidad⁴⁵ comporta más bien que entre los distintos contenidos normativos que se propongan respecto de un mismo artículo exista la debida unidad temática⁴⁶. Tal entendimiento permite que durante el segundo debate los congresistas puedan introducir al proyecto las modificaciones, adiciones y supresiones que consideren necesarias (art. 160 C. P.), siempre que durante el primer debate en la comisión constitucional permanente se haya discutido y aprobado el tema a que se refiera la adición o modificación⁴⁷. Lo anterior implica darle preponderancia al principio de consecutividad, en cuanto es factible conciliar las diferencias surgidas en el debate parlamentario, sin afectar la esencia misma del proceso legislativo⁴⁸. || En efecto, la Carta autoriza la introducción de modificaciones o adiciones al proyecto de ley durante el segundo debate de cada Cámara. En este sentido es posible entonces que bajo la forma de adición o modificación se incluya un artículo nuevo. La exigencia que el ordenamiento impone es que el tema específico al que se refiera la modificación o adición haya sido debatido y aprobado durante el primer debate. En ese orden de ideas, es claro que la facultad de introducir modificaciones y adiciones se encuentra limitada pues

⁴³ Cfr: Corte Constitucional, sentencia C-1040/05.

⁴⁴ Cfr: Corte Constitucional, sentencia C-208/05.

⁴⁵ Sentencia C-702 de 1999. M.P. Fabio Morón Díaz

⁴⁶ Sentencia C-1190 de 2001 M.P. Jaime Araújo Rentería. También se puede consultar la Sentencia C-950 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁴⁷ Sentencia C-702 de 1999. M.P. Fabio Morón Díaz.

⁴⁸ Ver Sentencia C-1108/01. M.P. Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra.

*debe respetarse el principio de identidad, de forma tal que esos asuntos estén estrechamente ligados a lo debatido y aprobado en comisiones*⁴⁹.»⁵⁰

En este sentido, el límite para inclusión de modificaciones por parte de las plenarias es su unidad temática con los asuntos previamente debatidos. Por ende, lo que recibe reproche constitucional es la introducción de temas autónomos, nuevos y separables,⁵¹ que no guarden relación con las materias debatidas en instancias anteriores del trámite.

29. Llevados estos argumentos al caso de la consulta previa, se concluye que la obligación de realizar este procedimiento con anterioridad a la radicación del proyecto de ley, es una condición imprescindible para dotar de efectividad e incidencia material a la participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes en la determinación del contenido de las medidas susceptibles de afectarles directamente. En efecto, dicho escenario participativo está diseñado para que se logre una concertación entre las comunidades y las instancias gubernamentales, lo que implica que las autoridades representativas de aquellas deben (i) estar en la posibilidad de formular modificaciones y adiciones al proyecto de medida legislativas propuestas por el Gobierno; y (ii) de lograrse un acuerdo sobre la inclusión de esa modificación, que la misma tenga la potencialidad de hacer parte del texto definitivo de la ley.

El cumplimiento de la segunda de las condiciones mencionadas, está supeditado a que la modificación fruto de la consulta previa se surta en una oportunidad compatible con la satisfacción de los principios de unidad de materia, identidad flexible y consecutividad. Esto implica que el proceso consultivo deberá llevarse a cabo antes de radicar el proyecto de ley ante el Congreso, puesto que luego de presentada la iniciativa, la posibilidad de modificar su texto estaría restringida a la preservación de la unidad temática de la misma, so pena de incurrir en un vicio de procedimiento que afectaría su constitucionalidad en sentido formal. En tal sentido, si la consulta previa es propiciada por las autoridades gubernamentales cuando ya se ha iniciado el proceso de formación de la ley, las modificaciones a la iniciativa que surjan de la consulta previa desconocerían los principios mencionados.

A su vez, esta circunstancia implicaría un desconocimiento de la buena fe que gobierna el trámite de consulta previa, pues la misma se realizaría bajo el supuesto que las medidas legislativas alternativas que llegaren a surgir del proceso de concertación no podrían integrar válidamente el texto definitivo de la ley, habida cuenta de la imposibilidad fáctica de cumplir con los requisitos antes aludidos, que buscan asegurar la eficacia del principio democrático al interior de las cámaras legislativas. Así por ejemplo, si fruto de la consulta previa se acuerda una proposición alternativa y el trámite legislativo ya ha surtido varios debates, la modificación que llegare a realizarse a la iniciativa (i) no cumpliría con el principio de consecutividad; y (ii) a menos que se inscribiera dentro de los núcleos temáticos previstos

⁴⁹ Sentencias C-008 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo y C-809 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁵⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-706/05.

⁵¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-453/06.

originalmente en el proyecto de ley, violaría los principios de unidad de materia e identidad flexible.

La Corte insiste en que el contenido concreto del principio de buena fe en el proceso de consulta previa logra su verdadero sentido cuando, según las condiciones anotadas, las propuestas que se obtengan de la participación de las comunidades tradicionales puedan incidir materialmente en el contenido de la medida legislativa. Sólo de esta manera puede cumplirse con lo previsto en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, que propugna porque la consulta previa se surta a través de procedimientos apropiados y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. En criterio de la Sala, considerar lo contrario, es decir, admitir que la consulta previa puede surtirse en cualquier instancia del trámite legislativo, implicaría considerar que el grado de incidencia de las comunidades en las medidas que las afectan, y por ende de participación democrática, estaría supeditada a las precisas condiciones y materias que las autoridades gubernamentales fijen previamente, lo que restringiría de forma desproporcionada e irrazonable el grado de incidencia mencionado. Un escenario de estas características no cumple con las reglas sobre consulta previa descritas en el fundamento jurídico 16 de esta sentencia.

Además, debe resaltarse que la necesidad de realizar el procedimiento de consulta con anterioridad de la radicación del proyecto de ley es una garantía para la protección del principio democrático. En efecto, conforme a la competencia constitucional prevista en el artículo 150 C. P., corresponde al Congreso hacer las leyes, lo que supone la necesidad ineludible de un proceso deliberativo, de modo que las normas que conformen el ordenamiento jurídico sean fruto de la legítima voluntad de las cámaras. Así, las propuestas de regulación que surjan del proceso de consulta previa, deben ser estudiadas por el Congreso, con sujeción a los requisitos que impone de racionalidad mínima en el trámite legislativo, derivadas del principio de consecutividad. En consecuencia, si se pretermiten dichas obligaciones, resultaría desconocida la competencia del Legislador para discutir los proyectos de ley que pongan a su consideración las instancias con iniciativa para ello.

30. De acuerdo con la reseña fáctica expuesta por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, los acercamientos tendientes a realizar la consulta previa con las comunidades indígenas iniciaron el 29 de diciembre de 2006, cuando se suscribió el contrato estatal tendiente a organizar la logística y asesoría a los funcionarios del Incoder y los asistentes a la Comisión Nacional de Territorios Indígenas, reunión que luego de varios aplazamientos derivados de decisiones de las comunidades indígenas, sólo fue llevada a cabo entre el 30 de mayo de 2007 y el 1° de junio del mismo año. Estas reuniones resultaron infructuosas, puesto que los miembros de la citada Comisión se negaron a discutir el proyecto de ley que dio lugar al EDR y, finalmente, decidieron retirarse de la reunión luego de exponer su desacuerdo con el contenido de la iniciativa. El Ministerio agrega que durante el trámite del proyecto al interior del Congreso, se surtieron otros escenarios de participación, como (i) la participación activa del Senador por Comunidades Indígenas Ramiro Estacio en la presentación para ponencia en primer debate del proyecto; (ii) la realización de dos

Foros Indígenas, a instancias del Gobierno Nacional y el Senador Ramiro Estacio, realizadas los días 28 de septiembre de 2006 y 20 de marzo de 2007; (iii) la convocatoria de la Mesa Nacional de Tierras, a instancias de la Procuraduría General de la Nación.

Respecto a las actuaciones adelantadas con las comunidades afrodescendientes, el Ministerio indica que adelantó el procedimiento de consulta en los términos previstos en la Ley 70/93 y el Decreto 2248/95. Así, manifiesta que se desarrollaron cuatro mesas de concertación con la Subcomisión de Territorios de la Consultiva de Alto Nivel para Comunidades Negras. Fruto de estas reuniones se logró un acuerdo entre los comisionados, suscrito en acta del 21 de noviembre de 2006, y que incidió en la presentación de proposiciones modificatorias al proyecto de ley, que fueron finalmente incorporadas en el EDR.

31. A partir de este relato fáctico la Corte encuentra que los procedimientos de consulta previa realizados respecto del proyecto de ley que originó el EDR, no cumplieron con los requisitos fijados por el ordenamiento constitucional, en especial respecto a sus condiciones de oportunidad. En efecto, se observa que tanto para el caso de las comunidades indígenas como el de grupos afrodescendientes, los acercamientos con miras a efectuar la consulta previa se iniciaron con posterioridad a la radicación de la iniciativa ante el Congreso, actuación que se surtió el 24 de julio de 2006, como consta en la Gaceta del Congreso 246 de 2006.⁵² En ese sentido,

⁵² Sobre este particular, en la Gaceta del Congreso 246 del 25 de julio de 2006, página 59, se lee lo siguiente:

«SENADO DE LA REPUBLICA

SECRETARIA GENERAL

Tramitación de Leyes

Bogotá, D. C., 24 de julio de 2006

Señora Presidenta:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de ley número 30 de 2006 Senado, por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones, me permito pasar a su Despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Quinta Constitucional Permanente, de conformidad con las disposiciones reglamentarias y de ley.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Emilio Otero Dajud.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO DE LA REPUBLICA

Bogotá, D. C., 24 de julio de 2006

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el proyecto de ley de la referencia a la Comisión Quinta Constitucional y envíese copia del mismo a la Imprenta Nacional con el fin de que sea publicado en la Gaceta del Congreso.

Cúmplase.

La Presidenta del honorable Senado de la República,

Dilian Francisca Toro Torres.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Emilio Otero Dajud.»

la Sala considera que el Gobierno Nacional incumplió con su deber constitucional de ofrecer a las autoridades representativas escenarios específicos de participación, previos a la radicación del proyecto de ley, en el cual fuera viable discutir el contenido de la iniciativa, con miras a lograr un consenso o una concertación sobre la misma. Para la Corte, conforme a los argumentos anteriormente planteados, el adelantamiento de la consulta previa por parte de las autoridades gubernamentales con posterioridad a la radicación del proyecto de ley, disminuye el grado de incidencia de la participación de las comunidades tradicionales en la determinación del contenido concreto de la medida legislativa que las afecta directamente. En tal sentido, el procedimiento efectuado por el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, no constituye un trámite adecuado para el cumplimiento del deber de consulta previa, habida cuenta que la oportunidad en que se llevó a cabo limita desproporcionadamente la capacidad de las comunidades de incidir en el contenido del EDR. Ello debido a que la vigencia de los principios de unidad de materia, consecutividad e identidad flexible hace que el proyecto de ley constituya un marco de referencia temático, impuesto por el Gobierno a las comunidades y modificable sólo conforme a las estrictas reglas del procedimiento legislativo.

32. La Corte encuentra, igualmente, que la reseña fáctica antes expuesta no da cuenta que el Gobierno Nacional haya efectuado tarea alguna destinada a realizar una etapa preconsultiva, en el que las autoridades estatales y las comunidades indígenas y afrodescendientes hubieren acordado las reglas aplicables al procedimiento de consulta previa. Esta condición es importante, puesto que de conformidad con los requisitos constitucionales de la consulta previa, el proceso deliberativo en sí mismo considerado debe reconocer y proteger la identidad de los pueblos indígenas y afrodescendientes. Esta obligación se incumple cuando, al pretermitirse el trámite preconsultivo, el proceso de consulta previa se plantea a partir de condiciones de deliberación y concertación impuestas unilateralmente por el Gobierno, al margen de las características diferenciadas que se derivan de los usos y prácticas que conforman la identidad de dichos pueblos.

33. A pesar de lo expuesto, que demuestra el incumplimiento en el asunto de la referencia de las condiciones constitucionales de la consulta previa, la Sala advierte que a partir de la intervención del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, existirían dos objeciones a la conclusión anterior, las cuales deben ser dilucidadas en esta decisión. En efecto, la cartera mencionada sostiene que, de acuerdo con las reglas fijadas por la jurisprudencia constitucional, en la medida en que no existen desarrollos legislativos sobre el trámite de consulta previa, la naturaleza y alcance de las reglas que se adopten a ese respecto deben determinarse con flexibilidad y fundadas en el principio de buena fe. Por ende, el hecho que se hayan adelantado diversos encuentros con las comunidades tradicionales, durante el trámite de discusión y aprobación del proyecto de ley y antes de la expedición del EDR, es un procedimiento que se inscribe en dicha condición de flexibilidad. De otro lado, señala que no es posible concluir que para el presente asunto se esté ante un déficit de participación de las comunidades tradicionales, puesto que estas tuvieron a su

disposición distintas instancias dentro del trámite del proyecto, en el que plantearon sus puntos de vista sobre el contenido del EDR.

33.1. Para resolver la primera objeción, la Sala advierte que la jurisprudencia constitucional ha establecido que, si bien existe ese grado de flexibilidad en la determinación del procedimiento aplicable a la consulta previa, este debe acompañarse con la vigencia del principio de buena fe. Como fue expuesto en el fundamento jurídico 29 de esta sentencia, el contenido concreto de ese principio para el caso del deber de consulta previa, consiste en que las comunidades tradicionales conserven un grado de incidencia adecuado y suficiente en la determinación del contenido material de la medida legislativa que las afecta directamente. Ello es así, puesto que otorgar eficacia material al proceso de consulta, como se indicó anteriormente, implica su entendimiento como un espacio de deliberación entre las autoridades gubernamentales y los representantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes, destinado a obtener una concertación o acuerdo sobre el contenido de la medida legislativa. Este deber no conlleva, como ya se ha señalado, que los pueblos indígenas y tribales tengan poder de veto en relación con la expedición de la norma legal; empero, contrae la necesidad que el producto del proceso participativo pueda incidir eficazmente en la definición de la política pública. Tal condición solo es posible cuando el procedimiento de consulta incluya las diferentes temáticas que surjan de la deliberación entre los interesados, no sólo aquellas que puedan ser incorporadas luego de cumplir con los requisitos del trámite legislativo, en especial los principios de unidad de materia, consecutividad e identidad flexible.

Considerar lo contrario, esto es, que el procedimiento de consulta previa de medidas legislativas, puede realizarse en una etapa posterior a la radicación del proyecto de ley, llevaría a resultados incompatibles con las características esenciales del trámite citado. En efecto, de obtenerse un consenso entre las comunidades tradicionales y las autoridades gubernamentales, su eficacia estaría supeditada al desarrollo del procedimiento legislativo correspondiente; de modo que los asuntos discutidos en debates surtidos previamente, al igual que la definición de la materia de la iniciativa en las sucesivas discusiones parlamentarias, impedirían que las propuestas alternativas derivadas del proceso de consulta fueran válidamente integradas al contenido definitivo de la ley correspondiente. En últimas, el procedimiento de consulta previa, en este escenario, se tornaría en un formalismo intrascendente, lo que resulta incompatible con las obligaciones estatales a ese respecto, descritas en apartados anteriores de esta decisión.

33.2. La segunda objeción planteada por el Ministerio interviniente parte de la confusión entre los distintos niveles de participación en la definición de las medidas legislativas, que la Constitución Política confiere a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Según lo expuesto en los fundamentos jurídicos 11 y 12 de esta sentencia, la Carta adscribe dos modalidades diferenciadas de participación a favor de dichos pueblos. La primera, de carácter general, de acuerdo con la cual los integrantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes son titulares de los derechos de participación política, entre ellos la posibilidad de intervenir en el trámite legislativo, en idénticas condiciones a los ciudadanos que no hacen parte de una

minoría étnica y cultural. En este nivel general de participación está comprendida la representación democrática en el Congreso a través de curules particulares, las cuales han sido instituidas por el ordenamiento constitucional como parte del reconocimiento de la diversidad y ante la necesidad de otorgar espacios privilegiados de acción en la vida política de la Nación a sectores que han sido tradicionalmente excluidos y discriminados.

Este nivel general de participación política difiere del deber de consulta previa. En efecto, el derecho fundamental a la consulta previa surge respecto de aquellas medidas legislativas o administrativas que tengan la posibilidad de afectar directamente a las comunidades indígenas o afrodescendientes. Así, cuando las autoridades gubernamentales decidan impulsar tales medidas, deben garantizar la existencia de espacios de participación específicos, dirigidos a que los pueblos indígenas y tribales conozcan el contenido de la misma y hagan parte de un espacio deliberativo, dirigido a obtener el consenso o concertación sobre la misma. Para cumplir con esta finalidad, deben cumplirse determinadas condiciones, cuyas reglas de aplicación han sido sistematizadas en el fundamento jurídico 16 de la presente decisión.

Como se observa, la consulta previa es un trámite particular, de naturaleza constitucional, exigible de aquellas políticas que, en razón de su contenido o implicaciones, interfieran directamente con los intereses de las comunidades diferenciadas. Por ende, su exigibilidad se basa en la presencia de medidas legislativas o administrativas de esa índole y, en consecuencia, no resulta admisible que su omisión sea avalada con la existencia de mecanismos ordinarios y generales de participación política de las comunidades tradicionales. Por lo tanto, la afirmación realizada por el interviniente, en el sentido que la consulta previa para el caso concreto se encuentra verificada por la realización de algunos foros o encuentros durante el trámite legislativo, se basa en la confusión de los planos general y específico –consulta previa– de la participación de los pueblos indígenas y tribales en las decisiones que las afectan.

34. En suma, la Sala concluye que para el caso de la Ley 1152 de 2007 no se cumplió con el deber de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, puesto que (i) al margen de la validez material de los procesos de participación efectuados, estos fueron llevados a cabo de forma inoportuna y, por ende, contraria al principio de buena fe; y (ii) no existe evidencia alguna del cumplimiento de procedimientos preconsultivos, a través de los cuales las autoridades gubernamentales y las comunidades tradicionales acordaran las reglas del trámite de consulta previa.

Remedio constitucional frente a la omisión del deber de consulta

35. Ante el incumplimiento del deber de consulta previa durante el trámite que antecedió a la discusión y aprobación del EDR, debe la Corte ocuparse de la consecuencia, desde la perspectiva constitucional, de dicha omisión. Al respecto, en el fundamento jurídico 15 se expuso cómo la pretermisión del deber de consulta previa llevaba, en principio, a la declaratoria de inexecutable de las normas acusadas. Sin embargo, esta no es la única opción posible de decisión por parte de la Corte, pues resulta necesario evaluar el grado de afectación que tenga la medida

legislativa, habida consideración que sólo aquellas normas que incidan directamente en los intereses de las comunidades indígenas y afrodescendientes están sometidas al requisito de consulta, conforme lo prevé el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT. Así, deberá determinarse en el caso concreto el contenido general de la ley y los contenidos específicos que prevé en relación con las comunidades tradicionales; la finalidad de la ley y la relación que existe entre cada una de las partes; la posibilidad de distinguir normas de la ley que sean separables respecto de la misma; y las decisiones del legislador respecto de los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes.

De acuerdo con el contenido normativo propuesto por el Estatuto de Desarrollo Rural, la Corte observa que contiene disposiciones dirigidas todas ellas a crear un nuevo régimen para el uso y aprovechamiento de la tierra rural. Esta finalidad fue expresamente identificada por el Legislador, en tanto el artículo 1º del EDR lo define como «*el conjunto sistemático e integrado de principios, objetivos, normas, lineamientos de política, mecanismos y procedimientos a través de los cuales el Estado colombiano promoverá y ejecutará las acciones orientadas a lograr un desarrollo humano sostenible y el bienestar del sector rural, en condiciones de equidad, competitividad y sostenibilidad, en cumplimiento de los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución Política.*» De tal modo, el Estatuto establece múltiples mecanismos legales, con finalidades igualmente variadas. Así, el EDR contiene normas sobre la estructura institucional del Estado, las cuales buscan reorganizar las competencias de las entidades que conforman la «institucionalidad rural». Igualmente, señala procedimientos destinados a regular la promoción de proyectos productivos a través de herramientas técnicas y tecnológicas, el uso de la propiedad rural y la distribución de tierras con fines de reforma agraria, bien sea mediante procedimientos administrativos o de naturaleza judicial (p.e. prescripción agraria, extinción de dominio de bienes rurales). Finalmente, como tuvo oportunidad de explicarse en apartado anterior, el EDR consagra normas que tienen como destinatarios expresos a las comunidades indígenas y afrodescendientes.

36. Esta consideración es importante, puesto que permite concluir a la Corte que la Ley 1152/07 regula una materia que tiene principal importancia para las comunidades indígenas y afrodescendientes, como es la relación entre sus miembros y la tierra. A este respecto, en el fundamento jurídico 24 de esta sentencia se demostró cómo el territorio es uno de los aspectos que definen la identidad de las citadas comunidades, al punto que las normas de derecho internacional contenidas en el Convenio 169 de la OIT establecen reglas particulares y concretas para la concertación entre los Estados y los pueblos indígenas y tribales, en cuanto a la adopción de medidas legislativas relacionadas con el papel de esas comunidades en los programas agrarios nacionales.

Conforme lo anterior, es evidente que las normas del EDR tienen una relación intrínseca y directa con los intereses de las comunidades indígenas y afrodescendientes, el cual no se agota en las disposiciones que hacen referencias expresas a estos pueblos, sino que se extiende a la totalidad del texto de la Ley 1152/07, norma que desde su inicio ha sido concebida como un régimen integral y sistemático sobre el uso y aprovechamiento de los territorios rurales, razón por la

cual dicha materia tiene un efecto transversal en todo el ordenamiento legal objeto de análisis. Esta materia, como se ha insistido a lo largo de esta providencia, está vinculada al núcleo de la definición de la identidad diferenciada de las citadas comunidades. En consecuencia, la norma acusada resulta inexecutable en su integridad, habida cuenta (i) la comprobación fáctica acerca del incumplimiento del deber de consulta previa; y (ii) el hecho que el EDR constituya un régimen integral y sistemático sobre el desarrollo, uso y aprovechamiento del territorio rural, asunto que, a su vez, resulta determinante para la definición de la identidad de las minorías étnicas.

A este respecto, debe insistirse en que el EDR es una regulación general, que establece procedimientos para el uso y aprovechamiento del territorio rural, reformula la institucionalidad rural, crea organismos concebidos como instancias concretas de participación de los diversos sectores interesados en esa actividad y, en definitiva, es concebido como un nuevo régimen para regular las relaciones entre el Estado y los habitantes de las zonas rurales, entre ellos los miembros de las comunidades indígenas y afrodescendientes. Precisamente, a partir de esta comprobación, el Gobierno Nacional ejerció algunas acciones destinadas a suplir el requisito de consulta previa a los pueblos indígenas y tribales, las cuales, en razón de su ausencia de oportunidad, resultaron incompatibles con la vigencia del principio de buena fe, previsto expresamente por el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT.

Sobre este particular, la Corte considera que habida cuenta la similitud de estructura de regulación legal y grado de incidencia hacia las comunidades indígenas y afrodescendientes, en este caso resultan *mutatis mutandis* las consideraciones que este Tribunal efectuó en la sentencia C-030/08, la cual declaró inexecutable la Ley 1021/06 – Ley General Forestal, debido a que se había violado el derecho fundamental a la consulta previa que tienen estas comunidades. Así, en dicha sentencia se indicó que *«el proyecto que culminó con la expedición de la Ley General Forestal fue concebido como un régimen integral, razón por la cual no cabe excluir de su ámbito la regulación de los bosques naturales, ni el impacto que de ello se desprende para las comunidades tribales. Para lograr ese propósito habría sido necesario concebir un proyecto distinto, desde su origen, orientado puntualmente a la adopción de medidas de fomento para el establecimiento y la explotación de plantaciones forestales, pero sin pretender hacer una regulación integral del sector forestal. La opción contraria, esto es, la de tramitar un proyecto de carácter general e integral, implicaba que, necesariamente, debían haberse consultado las comunidades indígenas y tribales, porque por acción, en razón de las medidas adoptadas en la ley, o por omisión, en cuanto formalmente se excluyese a dichas comunidades del ámbito de aplicación de la misma, pese a su carácter general e integral, dicha medida legislativa es susceptible de afectar directa y específicamente a las comunidades que tienen en el bosque su hábitat natural.»* Observa la Corte que en este caso, paradójicamente, el carácter específico de la afectación que la ley puede tener sobre las comunidades indígenas y tribales, se deriva de la condición general e integral que se le dio a la iniciativa legislativa, en cuanto que, por esa vía, sus previsiones son susceptibles de afectar a dichas comunidades en una dimensión muy particular, cual es la relación que mantienen con el bosque.»

Estas consideraciones son en entero aplicables al asunto de la referencia. De la misma manera que la Ley General Forestal, el EDR establece una regulación general y sistemática, esta vez relacionada con el uso y aprovechamiento de los territorios rurales. Igualmente, el EDR fija cláusulas que excluirían la aplicación de algunas de sus normas a las zonas rurales en las que habitan comunidades indígenas y afrodescendientes, según se tuvo oportunidad de analizar en el fundamento jurídico 24 de esta sentencia. No obstante, como se señaló en el fallo C-030/08, es precisamente ese carácter general y sistemático el que obligaba a que, indefectiblemente, el proyecto que dio lugar a la Ley 1152/07, fuera consultado en su integridad a las minorías étnicas, con miras a llegar a un acuerdo o concertación sobre el mismo. Como este requisito, de índole constitucional y que está relacionado con la eficacia concreta de un derecho fundamental reconocido por normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, no fue cumplido para el caso de la normatividad de la referencia, esta deviene inexecutable en su integridad.

37. A pesar que las consideraciones efectuadas resultan suficientes para declarar la inconstitucionalidad de la Ley 1152/07, la Corte considera pertinente dar respuesta a argumentos que abogan por la inexecutable parcial o la executable condicionada de dicha normativa.

37.1. En primer término, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural solicita a la Corte que en caso que se decida la inexecutable del EDR, esta se circunscriba a las normas del mismo que hacen referencia expresa a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Para la Sala, esta alternativa de solución generaría una omisión legislativa relativa⁵³ en el texto del EDR, constitutiva de una discriminación injustificada en contra de los pueblos tradicionales. En efecto, el lugar central que tiene el territorio para las comunidades indígenas y afrodescendientes, implica desde la perspectiva constitucional que la regulación integral sobre desarrollo, uso y aprovechamiento de las zonas rurales, establezca reglas que definan las relaciones entre el Estado y los miembros de dichas comunidades, las cuales reflejen el interés de la Carta Política en reconocer el carácter pluriétnico y multicultural de la Nación y, consecuentemente, la preservación de la identidad de los pueblos indígenas y tribales.

Es evidente que una legislación en materia de desarrollo rural que no tuviera en cuenta los intereses de las comunidades indígenas y afrodescendientes, se mostraría

⁵³ La jurisprudencia ha señalado que un precepto legal incurre en omisión legislativa cuando se reúnen las siguientes condiciones: (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador. *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-185/02.

discriminatoria, en tanto generaría un déficit de protección jurídica, incompatible con los derechos de estas minorías, ampliamente documentados en la presente decisión.

De otro lado, debe insistirse en que el EDR, por expreso mandato del legislador, constituye una regulación integral y sistemática sobre el uso y aprovechamiento de la tierra rural. En ese sentido, no sería constitucionalmente aceptable extraer la regulación relativa a las comunidades indígenas y afrodescendientes del Estatuto, con base en, al menos dos razones de primer orden: (i) La eliminación de dichos preceptos desarticularía un sistema normativo con pretensión de integralidad, lo que contradice la naturaleza misma del Estatuto; y (ii) el uso y aprovechamiento de la tierra rural es un aspecto con incidencia transversal en el EDR, razón por la cual no resulta viable identificar qué aspectos del mismo incidirían directamente en los intereses de las comunidades indígenas y afrodescendientes, pues cualquier aspecto del Estatuto tendría, en casos concretos, la posibilidad de generar ese grado de afectación.

37.2. En segundo lugar, debe establecerse por qué en este caso no resulta aplicable la regla de decisión utilizada por la Corte en la sentencia C-461/08. En esta sentencia se analizó la presunta inconstitucionalidad de la Ley 1151/07, «*por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo*», en razón a haberse pretermitido el requisito de la consulta previa a las comunidades indígenas. La Corte comprobó en esa oportunidad que la norma establecía disposiciones que afectaban específicamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, por lo que debió someterse al trámite de consulta, sin que ello se hubiere verificado. No obstante, decretó la constitucionalidad condicionada de la Ley, conforme los argumentos siguientes:

«6.1.2. Ahora bien, considera la Sala Plena que en el presente proceso es posible, en aplicación del principio de conservación del derecho, proteger los valores y derechos constitucionales afectados por la inclusión en la Ley del Plan de disposiciones cuya consulta previa era obligatoria y se omitió, sin necesidad de recurrir a una declaratoria de inexecutable de toda la ley ni de todos los artículos de sus partes general y específica. Es procedente en este caso declarar que la Ley 1151 de 2007 es executable, siempre y cuando se entienda que **se suspenderá la ejecución de los proyectos –y de los respectivos programas o presupuestos plurianuales– incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir de manera directa y específica sobre pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específica exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por la doctrina constitucional reiterada en la presente providencia.**

La determinación de cuáles son los proyectos o programas incluidos dentro de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo que deben agotar el requisito de consulta previa a los pueblos indígenas, es una responsabilidad del Gobierno Nacional, por ser el respectivo proyecto de ley de su iniciativa. Sin embargo, en relación con los proyectos concretos respecto de los cuales se considere que no han cumplido con dicha condición –al estar de por medio la protección

de derechos fundamentales colectivos de los pueblos indígenas y de sus miembros individualmente considerados–, se encuentra abierta en cada caso la vía de la acción de tutela, en el evento en que las comunidades indígenas, después de haber solicitado la realización de la consulta previa, invocando la presente sentencia, reciban una respuesta negativa. Si un proyecto específico ya fue sometido a una consulta previa que haya respetado las pautas trazadas en las normas aplicables y en la jurisprudencia constitucional, no será necesario realizar una nueva consulta. No obstante, si la consulta no respetó tales pautas, debe efectuarse una nueva cumpliendo el Convenio 169 de la OIT así como las exigencias jurisprudenciales encaminadas a asegurar que la consulta sea efectiva.» (Negrillas originales).

La Sala observa que estas condiciones son diferentes a las que se comprueban para el caso del EDR. En efecto, distinto a como sucede con las normas del Plan Nacional de Desarrollo, los preceptos del EDR son disposiciones de aplicación inmediata, las cuales no están sometidas a un proceso previo de concreción, a través de proyectos particulares y específicos, como sí sucede en dicho Plan. A este respecto, el artículo 26 de la Ley 154/94 – Orgánica del Plan de Desarrollo establece que «*con base en el Plan Nacional de Desarrollo aprobado cada uno de los organismos públicos de todo orden a los que se aplica esta Ley preparará su correspondiente plan de acción.*». Ello significa que las normas del Plan Nacional de Desarrollo, tanto aquellas que integran su parte general como el plan de inversiones públicas del orden nacional, sólo encontrarán su aplicación concreta y definitiva en la etapa de ejecución, que se materializa en el diseño e implementación de los planes de acción antes mencionados. Estas particulares condiciones de aplicación de la ley no se evidencian para el caso particular del EDR, lo que implica la imposibilidad de extender la regla de decisión de la sentencia C-461/08 al asunto de la referencia.

Sobre este particular debe considerarse que adoptar una decisión de exequibilidad condicionada, en los términos y condiciones planteados en la sentencia C-461/08, constituiría una contradicción insalvable entre la regla de decisión en que se basa el presente fallo y los efectos del mismo. Ello en tanto resultaría incoherente sostener, de un lado, que la incompatibilidad entre el EDR y la Constitución se funda en la omisión del requisito de consulta previa, y del otro, que las normas que en razón de su promulgación resultan inmodificables, deban ser aplicadas a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Aceptar este escenario cuando, como se ha comprobado en esta argumentación, los preceptos del EDR tienen aplicación inmediata, significaría avalar la omisión del Gobierno Nacional en la satisfacción del derecho fundamental a la consulta previa.

Además, debe reiterarse que el EDR constituye un régimen general, integral y sistemático sobre el uso y aprovechamiento del territorio rural, de modo tal que no es posible diferenciar entre las normas que afectan a las comunidades indígenas y afrodescendientes y las que no tengan ese propósito. Como se ha señalado insistentemente, el territorio rural es uno de los aspectos que integra en el núcleo de la definición de la identidad de dichas comunidades, razón por la cual toda norma que dirima conflictos particulares y concretos respecto al uso y aprovechamiento de

ese territorio, es susceptible de afectar directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Esta circunstancia impide que la Corte pueda diferenciar entre los preceptos del EDR que afectan directamente a las comunidades tradicionales, lo que hace imposible adoptar una decisión distinta a la inexequibilidad de la normatividad en su conjunto.

Conclusión

38. La Ley 1152 de 2007 configura una regulación integral y sistemática sobre el desarrollo rural y el uso y aprovechamiento de la propiedad agraria, régimen jurídico que debió someterse al trámite de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, en razón de la especial connotación que el territorio tiene para estos pueblos, al igual que por la existencia de disposiciones particulares y concretas en el EDR que los afectan directamente.

39. Sin embargo, de conformidad con los argumentos de índole fáctica recopilados en esta sentencia, la Corte pudo comprobar que las actividades desarrolladas por el Gobierno Nacional no cumplieron con las condiciones constitucionales de la consulta. En especial, los procesos de acercamiento fueron realizados de forma inoportuna, cuando el trámite legislativo ya se encontraba en curso, circunstancia incompatible con la vigencia del principio de buena fe en los procesos de consulta previa. Adicionalmente, no se comprobó que fuera adelantado un procedimiento preconsultivo con las comunidades tradicionales, tendiente a definir las reglas de deliberación del proceso de consulta previa. De este modo, resulta desacertado sostener que dichos acercamientos extemporáneos suplen el requisito de consulta previa, puesto que fueron ejecutados luego de haberse iniciado el trámite legislativo y en escenarios propios de este. En ese sentido, responden a formas de participación democrática de carácter general, los cuales difieren de las modalidades concretas de incidencia de las comunidades indígenas y afrodescendientes a las que se refiere el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, las cuales corresponde a un procedimiento sustantivo de índole constitucional, dirigido a satisfacer el derecho fundamental a la consulta previa, del cual son titulares las comunidades indígenas y afrodescendientes.

40. Debido a la pretermisión del requisito de consulta previa, la norma acusada deviene inexequible en su integridad. Ello debido a que, en razón de constituir, por expreso mandato del Legislador, un régimen general y sistemático en materia de uso y aprovechamiento de los territorios rurales, (i) no resulta viable diferenciar entre las normas que afectan directamente a las comunidades y aquellas que no tienen ese efecto, amén de la posibilidad que en casos concretos cualquier disposición del EDR contraiga esa afectación; y (ii) la exclusión, en virtud de su inexequibilidad, de las normas que hagan referencia nominal a los pueblos indígenas y tribales, generaría un régimen discriminatorio en contra de los mismos, puesto que contribuiría a un déficit de protección jurídica, contrario a los derechos que la Constitución reconoce a dichas minorías étnicas.

Por último, la Sala considera pertinente señalar que esta decisión tiene los efectos ordinarios previstos en el artículo 45 de la Ley 270/96 –Estatutaria de Administración de Justicia–, es decir, hacia futuro.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar **INEXEQUIBLE** la Ley 1152 de 2007, «*por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones.*»

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

El Presidente,

Nilson Pinilla Pinilla

El Conjuez,

Rodolfo Arango Rivadeneira

Los Magistrados *Juan Carlos Henao Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio, Humberto Antonio Sierra Porto, Luis Ernesto Vargas Silva*, ponente.

Las Magistradas *Cristina Pardo Schlesinger y Clara Elena Reales Gutiérrez*.

La Secretaria General,

Martha Victoria Sáchica de Moncaleano

10. SENTENCIA C-169 DE 2001

SENTENCIA C-169/01

**LEY ESTATUTARIA-Materia/PARTICIPACION POLITICA-Fundamental/
DEMOCRACIA PARTICIPATIVA-Circunscripción electoral especial**

**CONVENIO 169 DE ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO-
Consulta de etnias/CONVENIO DE PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES EN
PAISES INDEPENDIENTES-Consulta de medidas legislativas o administrativas**

**CONSULTA DE COMUNIDAD INDIGENA-Adopción de medidas legislativas
o administrativas**

**CONVENIO 169 DE ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO-
Margen de discrecionalidad en deberes**

CONSULTA DE COMUNIDAD INDIGENA-Explotación de recursos naturales

CONSULTA DE COMUNIDAD INDIGENA-Fundamental

CONSULTA DE COMUNIDAD INDIGENA-Supuestos específicos

CONSULTA DE COMUNIDAD INDIGENA-Ampliación de supuestos

Ni la Constitución, ni el Congreso, han previsto la realización de la consulta previa cuando se adopten medidas legislativas. Ante tal silencio normativo, se debe entender que, en este momento, el alcance que le han atribuido los órganos representativos del pueblo colombiano a la obligación que consta en el artículo 6 del Convenio 169 de la O.I.T., es el de consagrar la consulta previa como un procedimiento obligatorio en las específicas hipótesis arriba señaladas. En criterio de la Corte, ello no desconoce los límites de la discrecionalidad que este tratado otorga a sus Estados Partes, puesto que cada una de ellas pretende combinar la protección del territorio en que habitan estas etnias y la salvaguarda de su identidad particular, por una parte, con el fomento de su participación, por otra; lo cual, a todas luces, satisface el objetivo principal del Convenio referido. La ampliación de los supuestos en que dicho procedimiento es obligatorio, tendrá que ser objeto de una regulación legal futura.

PARTICIPACION-Importancia

**DERECHO DE PARTICIPACION EN EL PODER POLITICO-Conformación,
ejercicio y control**

PLURALISMO-Alcance

DEMOCRACIA-Fuerzas que conforman la sociedad

Solo puede hablarse de una verdadera democracia, representativa y participativa, allí donde la composición formal y material del sistema guarda una correspondencia adecuada con las diversas fuerzas que conforman la sociedad, y les permite, a todas ellas, participar en la adopción de las decisiones que les conciernan.

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA Y PLURALISMO-Consecuencia de relación

La relación inescindible que se establece entre el pluralismo y la participación en una democracia constitucional como la colombiana, trae como consecuencia inmediata la necesidad de que el sistema representativo refleje al máximo, en su conformación, las distintas alternativas políticas que plantea la sociedad.

PARTICIPACION EN CAMARA DE REPRESENTANTES-Beneficios de circunscripción especial/**PARTICIPACION DE GRUPO ETNICO, MINORIA POLITICA Y RESIDENTES EN EL EXTERIOR**-Circunscripción especial

COMUNIDAD INDIGENA-Pobreza y marginación económica/**COMUNIDAD NEGRA**-Pobreza y marginación económica

MEDIDAS DE DISCRIMINACION INVERSA O POSITIVA-Circunscripción especial para minorías

PARTICIPACION DE GRUPO ETNICO, MINORIA POLITICA Y RESIDENTES EN EL EXTERIOR-Distribución de curules en circunscripción especial

COMUNIDAD NEGRA-Etnia

TRIBAL-Concepto

PUEBLO TRIBAL-Requisitos

COMUNIDAD NEGRA-Alcance del término

PARTICIPACION EN CAMARA DE REPRESENTANTES-Alcance nacional de circunscripción especial

PARTICIPACION DE GRUPO ETNICO, MINORIA POLITICA Y RESIDENTES EN EL EXTERIOR-Requisitos de candidatos en circunscripción especial

PARTICIPACION EN CAMARA DE REPRESENTANTES DE COMUNIDAD INDIGENA-Requisitos de candidatos

PARTICIPACION EN CAMARA DE REPRESENTANTES DE COMUNIDAD NEGRA-Requisitos de candidatos

PARTICIPACION EN CAMARA DE REPRESENTANTES DE MINORIA POLITICA-Requisitos de candidatos

MINORIA POLITICA-Alcance

PARTICIPACION EN CAMARA DE REPRESENTANTES DE MINORIA POLITICA-Respaldo de movimientos sociales o grupos de ciudadanos

PARTICIPACION EN CAMARA DE REPRESENTANTES DE RESIDENTES EN EL EXTERIOR-Requisitos de candidatos

TARJETA ELECTORAL-Requisitos

Referencia: expediente P.E. - 012

Revisión constitucional del proyecto de ley número 025/99 Senado y 217/99 Cámara, «*por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia*».

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Bogotá D.C., catorce (14) de febrero de dos mil uno (2001).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El día 28 de junio de 2000, se recibió en la Corte Constitucional, remitido por el Presidente del Senado de la República, el expediente del proyecto de ley 025/99 Senado y 217/99 Cámara, «*por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia*».

Mediante auto de fecha siete (7) de julio de dos mil (2000), la Corte Constitucional asumió el conocimiento del presente asunto, y ordenó la práctica de algunas pruebas. Una vez estas fueron recaudadas y recibidas por el Despacho, mediante auto con fecha del primero (1°) de agosto del mismo año, se ordenó fijar en lista el proceso en la Secretaría General de la Corporación para efectos de permitir la intervención ciudadana, se ordenaron las comunicaciones constitucionales y legales correspondientes, y, simultáneamente, se dio traslado al Procurador General de la Nación, quien rindió el concepto de su competencia.

Una vez cumplidos todos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la exequibilidad del proyecto de ley de la referencia.

II. TEXTO DEL PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA QUE SE REvisa

«*PROYECTO DE LEY No. 25-S/99 y 217-C/99, 'Por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia'*».

**EL CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA
DECRETA:**

**TITULO I
DISPOSICIONES GENERALES**

**CAPITULO I
DEFINICION**

ARTICULO 1. *De conformidad con el artículo 176 de la constitución política habrá una circunscripción nacional especial para asegurar la participación en la Cámara*

de Representantes de los grupos étnicos, las minorías políticas y los colombianos residentes en el exterior.

Esta circunscripción constará con cinco (5) curules distribuidas así: dos (2) para las comunidades negras, una (1) para las comunidades indígenas, una (1) para las minorías políticas y una (1) para los colombianos residentes en el exterior.

Parágrafo. *Quien sea elegido para la circunscripción especial de los colombianos residentes en el exterior, deberá residir en el territorio nacional mientras ejerza su condición de Representante a la Cámara.*

CAPITULO II DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

ARTÍCULO 2. *Candidatos de las comunidades indígenas: los candidatos de las comunidades indígenas que aspiren a ser elegidos a la Cámara de Representantes por esta circunscripción deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización refrendado por el Ministerio del Interior.*

CAPITULO III DE LAS COMUNIDADES NEGRAS

ARTÍCULO 3. *Candidatos de las comunidades negras. Quienes aspiren a ser candidatos de las comunidades negras para ser elegidos a la Cámara de Representantes por esta circunscripción especial, deberán ser miembros de la respectiva comunidad y avalados previamente por una organización inscrita ante la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior.*

CAPITULO IV DE LAS MINORIAS POLÍTICAS

ARTÍCULO 4. *Candidatos de las minorías políticas. Podrán acceder a una curul por la circunscripción especial para las minorías políticas, los movimientos o partidos políticos:*

- a. Que hubiesen presentado candidatos a la Cámara de Representantes como mínimo en un 30% de las circunscripciones territoriales,*
- b. Que no hubiesen obtenido representantes en el Congreso Nacional, y*
- c. Que su votación mayoritaria en un mismo departamento o circunscripción territorial sea menos del 70% de la sumatoria de su votación en todo el país.*

La curul corresponderá al partido o movimiento político que, cumpliendo con los requisitos de los literales anteriores, obtenga la mayor votación agregada en todo el país.

La lista a la cual se le asignará la curul será la conformada por las cabezas de lista de mayor a menor votación de las inscritas por el respectivo partido o movimiento en todo el territorio nacional.

CAPITULO V DE LOS COLOMBIANOS RESIDENTES EN EL EXTERIOR

ARTÍCULO 5. *Candidatos de los colombianos residentes en el exterior: Los candidatos de los colombianos residentes en el exterior que aspiren a ser elegidos a*

la Cámara de Representantes requieren demostrar ante las autoridades electorales colombianas una residencia mínima de cinco (5) años continuos en el exterior y contar con un aval de un partido o movimiento político debidamente reconocido por el Consejo Nacional Electoral.

Estos Representantes a la Cámara serán elegidos con los votos obtenidos de los ciudadanos colombianos en los consulados o embajadas de Colombia acreditados en los diferentes Estados del mundo.

Parágrafo. *La residencia en el exterior de los ciudadanos que respaldan la nominación de un candidato, se comprobará con la fecha del registro del ciudadano colombiano en el Consulado de Colombia con jurisdicción en su lugar de residencia o con la inscripción en el exterior en el proceso electoral anterior, o con el certificado electoral en el que conste su anterior participación en el exterior o con el sello de ingreso al país por parte de la respectiva autoridad de inmigración estampado en el pasaporte colombiano.*

TITULO II DISPOSICIONES FINALES

CAPITULO I DISPOSICIONES COMUNES

ARTÍCULO 6. Inscripciones: *Los candidatos a la Cámara de Representantes que se postulen a través de circunscripción especial, deberán inscribirse ante el Registrador Nacional o su delegado, salvo en el caso de los colombianos residentes en el exterior quienes deberán inscribirse ante el consulado o embajada de Colombia de su residencia.*

ARTÍCULO 7. Incompatibilidades e inhabilidades: *Los representantes a la Cámara elegidos a través de esta circunscripción especial están sujetos al régimen general de inhabilidades e incompatibilidades de los congresistas.*

ARTÍCULO 8. Requisitos generales. *Para ser elegido Representante a la Cámara a través de esta circunscripción especial se requiere ser ciudadano colombiano en ejercicio y tener más de 25 años de edad en la fecha de la elección.*

ARTÍCULO 9. Tarjetas electorales. *Los candidatos a la Cámara de Representantes que aspiren por esta circunscripción, en el marco de lo establecido en el artículo 2 y 3, aparecerán en una tarjeta electoral de circulación nacional donde se distinguirán con claridad los candidatos de las comunidades indígenas y los candidatos de las comunidades negras.*

Los candidatos a la Cámara de Representantes de los colombianos residentes en el exterior aparecerán en una tarjeta electoral distinta a la anterior de circulación exclusiva en los consulados y embajadas de Colombia en el exterior.

ARTICULO 10. Asignación de curules. *Los representantes a la Cámara por la circunscripción especial, serán elegidos mediante el sistema que en el momento sirva de escogencia a los congresistas.*

ARTÍCULO 11. Prohibición. *Ninguna persona podrá votar simultáneamente por un candidato a la Cámara de circunscripción territorial y por un candidato a la Cámara de circunscripción especial.*

ARTÍCULO 12. Elecciones: *La primera elección a la Cámara de Representantes por circunscripción especial, se efectuará conjunta con la próxima elección que del Congreso se realice luego de la entrada en vigor de esta Ley.*

ARTÍCULO 13. Subsidiariedad: *En lo no previsto por esta Ley la elección a la Cámara de Representantes por circunscripción especial se regirá por las normas que reglamentan la circunscripción territorial de la Cámara de Representantes.*

CAPÍTULO II DE LA VIGENCIA

ARTÍCULO 14. Vigencia: *Esta Ley rige a partir de su promulgación.»*

III. INTERVENCIONES

1. Intervención del Ministerio del Interior

El ciudadano Life Armando Delgado Mendoza, en su calidad de apoderado del Ministerio del Interior, intervino en este proceso para defender la constitucionalidad del proyecto de ley bajo revisión, por las razones que se resumen a continuación.

El proyecto se dirige a contrarrestar las desigualdades fácticas que existen en la sociedad, en tanto medida de diferenciación positiva; es decir, se trata de una decisión que ubica a un grupo determinado de ciudadanos en condiciones más favorables que las que rigen para la generalidad de la población, como una forma de garantizar su supervivencia colectiva, o de superar las condiciones materiales o sociales desfavorables que les afectan.

Adicionalmente, señala que el texto halla sustento en el artículo 7 de la Carta, de conformidad con el cual corresponde al Estado reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación, a la luz de los principios de la dignidad humana, el pluralismo y la protección de las minorías. «En este mismo sentido, cabe destacar que la voluntad de la Asamblea Nacional Constituyente, fue la de proteger algunos intereses de nuestra sociedad colombiana atropellados, marginados, desconocidos, como son los intereses indígenas y de la raza negra. Se permite adoptar medidas a favor de las minorías con el fin de remediar esa situación desventajosa en que se encuentran, promoviendo su acceso a los diferentes cuerpos colegiados, a la educación y en general a aquellos beneficios que nunca han estado a su alcance. Igualmente, el artículo 8 de la misma Constitución, contempla que es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la nación; en cuanto a las riquezas culturales, deben entenderse como procesos políticos que se asocian con ciertos derechos fundamentales como la educación».

Considera que la distribución de las 5 curules de las que trata el artículo 176 superior, «es la más proporcionada y equitativa, acorde con el número y características de la población objeto de las prerrogativas otorgadas por la referida disposición».

Observa que las condiciones que exige el artículo 2 del proyecto para ser Representante a la Cámara en representación de las comunidades indígenas son

similares a las exigidas por el artículo 171 Superior para ser Senador de la República por la circunscripción especial indígena; en esa medida, considera apropiado que tales condiciones «se hagan extensivas a quienes aspiren a la Cámara de Representantes por dichas comunidades, como quiera que quien haya sido autoridad tradicional o líder de una organización indígena, es la persona que más conoce sobre las reglas que los gobiernan, costumbres, cultura e idiosincrasia, lo cual debe conllevar una mejor representación de sus comunidades».

En cuanto a los requisitos que deben cumplir los movimientos o partidos políticos que presenten candidatos a la Cámara de Representantes por las minorías políticas, afirma que «son los más acordes con el espíritu participativo y pluralista de la Constitución, en el sentido de la amplia participación que deben tener en varias circunscripciones del país, que además no hubiesen obtenido representación en el Congreso y que la curul sea asignada a quienes hubieren obtenido la mayor votación en el territorio nacional».

Respecto de los Representantes a la Cámara por los colombianos residentes en el exterior, afirma que «es conveniente el requisito de residencia en el exterior mínima de cinco (5) años, en la medida en que el candidato debe tener un arraigo en el extranjero, debe conocer los problemas, aspiraciones e intereses de la población que aspira a representar; así mismo, está acorde con los lineamientos señalados en el artículo 108 de la Constitución Política la condición de que los candidatos pertenezcan a un partido o movimiento debidamente reconocido por el Consejo Nacional Electoral, o el respaldo con firmas de un porcentaje de votantes para el Presidente de la República del país en donde se inscriba el aspirante, pues ello tiene como finalidad garantizar la seriedad de las inscripciones de dichos candidatos.» Por otra parte, afirma que «es natural y lógico que quien resulte elegido por la circunscripción especial de los colombianos residentes en el exterior, deba residir en el territorio nacional mientras ejerza su condición de Representante a la Cámara, habida consideración de que es en Colombia donde se van a ejercer las funciones de Congresista».

En lo atinente al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto por el proyecto, que será el de los congresistas en general, afirma que va en consonancia con los artículos 179, 180 y 181 de la Constitución, así como con las normas pertinentes de la Ley 5ª de 1992, ya que estas disposiciones regulan dicho régimen en términos generales, «sin distinguir o excepcionar entre quienes aspiren por las circunscripciones territoriales o nacionales o quienes aspiren por circunscripciones especiales». De igual forma, afirma que los requisitos que contempla el artículo 8 para ser Representante a la Cámara por circunscripciones especiales armonizan con lo dispuesto por el artículo 177 superior.

Por último, considera que al tratarse de una norma que regula funciones electorales, era necesario darle el trámite de una ley estatutaria, lo cual se hizo efectivamente en el Congreso, de conformidad con los requisitos trazados por el artículo 153 Superior.

2. Intervención de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC).

Los ciudadanos Armando Valbuena Goariyú, Rosalba Jiménez Amaya y Adelayda Álvarez García, obrando en sus calidades respectivas de Presidente, Secretaria General

y Coordinadora de Proyectos y Finanzas de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), intervinieron en este proceso para expresar que en concepto de dicho ente, la norma bajo revisión es violatoria de la Constitución Nacional.

Explican que uno de los instrumentos más importantes con los que se cuenta a nivel nacional e internacional para defender el pluralismo y la diversidad étnica y cultural, en lo relativo a los pueblos indígenas, es el de la consulta previa. Esta, según el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes –ratificado por Colombia mediante Ley 21 de 1991–, consiste en la obligación que asiste a los Estados partes de «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...». Este tratado, por virtud de lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución, es de aplicación prevalente en el país. Sobre el mismo punto, los intervinientes traen a colación el Decreto 1397 de 1996, que versa sobre la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas, y cuyo artículo 12 otorga a la Mesa de Concertación la función de «concertar el procedimiento transitorio y lo demás que se requiera para la participación, consulta y concertación con los pueblos o comunidades indígenas específicos, mientras se expide el decreto reglamentario. La concertación se hará respetando los usos y costumbres de cada pueblo».

En este orden de ideas, afirman que el proyecto de ley bajo revisión, «al tener como objeto la reglamentación del artículo 176, y al hacer mención como lo hace del número, los requisitos y las condiciones en que los pueblos indígenas podemos acceder a tener una representación política en la Cámara de Representantes, indudablemente se constituye en una posible medida legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas de Colombia». Por lo mismo, está cobijado por el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, luego era necesario agotar el mecanismo de la consulta previa, lo cual no se hizo en ningún momento.

Consideran que «si bien en el caso de los pueblos indígenas la norma tiene el texto del artículo 171 de la Constitución Política, no quiere decir eso que se puede obviar la consulta previa, pues nueve (9) años después de promulgada la Constitución Política, los pueblos indígenas ya tenemos varias experiencias de lo que ha sido la participación política en el Congreso de la República, lo cual nos permite aportar nuevos elementos para una ley que reglamentaría nuestra participación en la Cámara». Por otra parte, afirman que «el hecho de que en el Congreso que ha discutido este proyecto de Ley, haya congresistas indígenas no significa que la consulta previa esté surtida, pues ellos cumplen un papel de representación política, que no suplente la vocería de los pueblos y organizaciones indígenas.»

Por lo mismo, expresan que el proyecto es lesivo de los artículos 1, 7, 8 y 93 de la Carta, así como del Convenio 169 de la OIT, el Decreto 1397 de 1996 «y demás legislación concordante».

3. Intervención de la Dirección General para las Comunidades Negras, Minorías Étnicas y Culturales del Ministerio del Interior

El ciudadano Gabino Hernández Palomino, obrando en su calidad de Director General para las Comunidades Negras, Minorías Étnicas y Culturales del Ministerio del

Interior, intervino en este proceso para solicitar que se declare exequible el proyecto de ley bajo estudio, con base en los argumentos que se señalan en seguida.

En el marco de la diversidad que caracteriza al país, «la presencia y aporte de las Comunidades Negras en el pasado y el presente de Colombia, ha tenido una vital influencia en la conformación de las regiones». Explica que estas comunidades «habitan en cada una de las regiones geográficas que conforman el país, ocupando espacios territoriales en forma ancestral», y que «históricamente han aportado al desarrollo de los diferentes aspectos en términos políticos, económicos, sociales, culturales, entre muchos otros», proceso que se ha acrecentado en los últimos diez años, período de mayor actividad e interrelación entre ellas y con el Estado.

Pese a ello, explica que ha sido ignorada su participación en los espacios de decisión; y enumera fenómenos como «el desbalance histórico producido y acrecentado, entre el aporte significativo de la población Afrocolombiana a la construcción de la nacionalidad colombiana, en lo material, lo cultural y lo político, y la escasísima retribución de la nación a las comunidades negras en términos del reconocimiento y la valoración del pueblo Afrocolombiano como etnia y cultura, el sostenimiento de las comunidades Afrocolombianas a la invisibilidad política, social y económica y el desbalance en la inversión social y de recursos productivos para su sostenimiento y desarrollo».

Por lo mismo, considera que es necesario promover «el desarrollo y fortalecimiento de la capacidad de gestión y participación de las comunidades Afrocolombianas, así como la capacidad de decisión y acción frente a su propio destino, con las garantías políticas y económicas que estos procesos requieren». Para ello, «teniendo en cuenta la escasa presencia de representantes de comunidades negras en las ramas del poder y en los organismos de control, un proyecto de ley como este es indispensable, para garantizar a grupos discriminados algún grado de participación en la vida política de la Nación».

En ese sentido, el proyecto de ley bajo estudio constituye un desarrollo de lo dispuesto por el artículo 13 de la Carta Política, específicamente en cuanto a la asignación de dos curules en la Cámara de Representantes a las comunidades negras, ya que «va encaminado a desarrollar y profundizar el concepto de la diferenciación positiva, en virtud a que busca favorecer a un grupo que por décadas ha vivido en condiciones sociales, culturales, económicas y políticas de marginación y exclusión, buscando elevar la participación de este grupo en niveles decisorios de la vida política nacional, como es el Congreso de la República». Explica, además, que el proyecto de ley se refiere a la participación política de las comunidades negras, en tanto grupos étnicos que fueron definidos en el artículo primero de la Ley 70 de 1993.

4. Intervención de la Defensoría del Pueblo

El ciudadano Ricardo Correal Morillo, Director Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo, aportó a este proceso, en forma extemporánea, un escrito en el cual manifiesta que la institución se abstiene de emitir concepto «por cuanto no lo estima necesario, al no encontrar reparos de inconstitucionalidad de la norma».

5. Intervención de la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior

En forma igualmente extemporánea, la ciudadana Marcela Bravo Gallo, obrando en su calidad de Directora General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, intervino en este proceso para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma bajo estudio, con los siguientes argumentos:

Considera que el segundo inciso del artículo primero, en el cual se asignan dos curules a las comunidades negras y una a los demás grupos contemplados, es lesivo del principio de igualdad que consagra el artículo 13 superior, «ya que los pueblos indígenas de Colombia se encuentran ubicados en aproximadamente 27 Departamentos, y en la mayoría de los casos la presencia indígena en algunas regiones del país es mayoritaria frente a la población de otros grupos étnicos, lo cual significa que la representación de los pueblos indígenas en la composición de la Cámara de Representantes sería inequitativa.»

En cuanto al artículo 2, explica que «se debe tener en cuenta prioritariamente la calidad de indígena, la de autoridad tradicional o hacer parte de un Cabildo y no el carácter de líder de una organización indígena, que su ejercicio esté solamente vinculado a su comunidad o pueblo a través de la figura del Cabildo y/o de reconocimiento de su comunidad a quien le corresponde acreditar dicha calidad, dado que de conformidad con el Decreto 2150 de 1.995 las organizaciones indígenas se registran ante las Cámaras de Comercio y la Dirección General de Asuntos Indígenas sólo lleva el registro de asociaciones y cabildos de que trata el Decreto 1088 de 1993».

IV. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El señor Procurador General de la Nación, en concepto No. 2316 recibido el 15 de septiembre de 2000, solicita a la Corte declarar la constitucionalidad del proyecto de ley No. 025/99 Senado y 217/99 Cámara, con fundamento en las siguientes consideraciones:

En cuanto al trámite del proyecto de ley bajo examen, observa que este cumplió con los requisitos de forma exigidos por los artículos 153 y 157 y siguientes de la Constitución, motivo por el cual no encuentra reparos en este aspecto.

En lo relativo al análisis de fondo del proyecto analizado, conceptúa que su contenido está íntimamente relacionado con lo previsto en el artículo 152, literales a) y d), de la Constitución, y que en este mismo sentido, constituye un desarrollo de lo dispuesto por el artículo 7 Superior, según el cual el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación.

Asimismo, señala que el proyecto en cuestión guarda armonía con el principio constitucional de igualdad, el cual «tiene un sentido y un contenido material, de acuerdo con el cual la igualdad no es concebida solo como la simple igualdad de las personas frente a la ley sin distinciones respecto de las realidades de orden fáctico que caracterizan la situación social de las personas, sino que esa noción permite la discriminación positiva de los más débiles y discriminados facultando al legislador

para establecer tratamientos diferenciados en favor de éstos». Este tratamiento diferencial «apela a la noción de ciudadanía diferenciada, de importancia trascendental dentro del modelo político del Estado Social de Derecho, sustentado sobre la base del concepto de soberanía popular».

Explica que, en su formulación original, el principio de igualdad hacía abstracción de las particularidades sociales, étnicas o culturales de las personas; «de ello se desprendía que el carácter común de la ciudadanía proclamado mediante la fórmula de la igualdad formal ante la ley era suficiente para proteger de manera adecuada los intereses de todos los hombres, no obstante las diferencias que éstos comportaran». No obstante, ante la exclusión de las personas pertenecientes a minorías que se derivó de esa concepción abstracta de la persona, el «reconocimiento de derechos diferenciados antes que un privilegio se convirtió en un imperativo de los cuerpos normativos de las democracias contemporáneas sobre los cuales gravita el principio de la igualdad material, el cual recoge la experiencia histórica de acuerdo con la cual los postulados de la ciudadanía universal resultaron a la postre discriminatorios de las minorías».

En el campo particular de los derechos políticos, ello resultó de especial importancia, mucho más en los Estados regidos por el principio de participación democrática; es decir, sólo a través del reconocimiento de las diferencias existentes, se haría posible que los grupos tradicionalmente marginados tuviesen la posibilidad de expresarse e incidir sobre los asuntos fundamentales de sus Estados. En este sentido, «con el proyecto de ley en estudio el legislador colombiano pretende superar una crónica falencia del sistema de representación política en Colombia cuya deficiente legitimidad tiene que ver en buena parte con la exclusión de los sectores y grupos humanos que en nuestra sociedad han sido tradicionalmente marginados de los centros de decisión en lo normativo y en lo gubernamental».

Finalmente, apunta que «el contenido de dicho proyecto no es otra cosa que el desarrollo normativo de una facultad concedida por la Carta misma al legislador», es decir, de lo dispuesto por el artículo 176 de la Carta Política. En consecuencia, solicita que la Corte declare exequible el proyecto, «previa verificación de los requisitos de forma relacionados con el número de votos a favor del proyecto emitido por la Comisión Primera del Senado de la República en favor del mismo y del cumplimiento del requisito previsto en el artículo 161 del mismo estatuto relacionado con la decisión final del Senado de la República respecto del informe de la Comisión Accidental.»

V. CONSIDERACIONES

1. La competencia

Esta Corporación es competente para pronunciarse sobre la constitucionalidad del proyecto de ley bajo estudio, de conformidad con los artículos 153 y 241-8 de la Constitución Política. Por tratarse de un proyecto de ley estatutaria, corresponde a la Corte decidir definitivamente sobre su constitucionalidad, tanto por su contenido material, como por el procedimiento que se siguió para su formación (C.P., art. 241-8).

2. Aspectos formales

2.1. Generalidades - Materia de la ley

Debe la Corte, en primer lugar, determinar si la materia del proyecto de ley bajo revisión se cuenta entre las que, de conformidad con el artículo 152 de la Constitución, requieren el trámite de una ley estatutaria.

Del título del proyecto, se desprende que tiene por objeto reglamentar el artículo 176 de la Constitución Política, el cual dispone, en parte relevante:

«(...) La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas y de los colombianos residentes en el exterior.

Mediante esta circunscripción se podrá elegir hasta cinco representantes.»

Así, resulta claro que el tema de dicho proyecto se encuentra directamente relacionado con dos de los aspectos reservados por el Constituyente para ser materia de leyes estatutarias: a) por una parte, desarrolla el derecho fundamental de participación política de los ciudadanos colombianos que se encuentren en cualquiera de las tres categorías previstas por el artículo 176 Superior –grupos étnicos, minorías políticas y colombianos residentes en el exterior–; y b) por otra, crea una circunscripción electoral especial, esto es, una de las principales figuras con las que cuenta el sistema democrático para canalizar la participación ciudadana en el órgano legislativo y enriquecer su carácter representativo. Ya ha establecido esta Corporación que *«la creación de una circunscripción especial constituye un acto que afecta directamente los resultados de los procesos electorales, pues a través de ella se modifica –en mayor o menor medida– la forma en que surge la representación política. En efecto, los estudiosos del tema electoral afirman que el establecimiento de las circunscripciones electorales –su tamaño, su delimitación– es uno de los aspectos más importantes para la determinación del sistema electoral de un país»* (Sentencia C-484/96, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En consecuencia, era procedente dar aplicación al artículo 152, literales a) y d), de la Carta Política. Por lo mismo, debe la Corte verificar si, en este caso, se dio cumplimiento a los requisitos establecidos por los artículos 153 y 157 de la Constitución para la expedición de leyes estatutarias, a saber:

- a. Que el proyecto haya sido publicado oficialmente por el Congreso antes de seguir su curso en la Comisión respectiva.
- b. Que haya sido discutido y aprobado en primer y segundo debate en ambas Cámaras Legislativas, respetando los términos establecidos en la Constitución.
- c. Que haya sido aprobado, en todos los debates, por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso, dentro de una sola legislatura.
- d. Que se haya surtido el control previo de constitucionalidad por la Corte Constitucional.

El cumplimiento de las anteriores condiciones se constatará a continuación.

2.2. Trámite del proyecto de ley ante el Congreso

- a. El proyecto fue presentado por la senadora Piedad Córdoba en la Secretaría General del Senado el 21 de julio de 1999, y se radicó con el número 025/99; en la misma fecha, el Presidente de dicha Corporación lo repartió a la Comisión Primera Constitucional. Se publicó en la Gaceta del Congreso No. 202, de julio 22 de 1999, y el día 28 del mismo mes se designó como ponente para primer debate a la senadora Ingrid Betancourt, cuyo informe fue publicado en la Gaceta No. 277 de 1999, de agosto 26 del mismo año.
- b. De conformidad con la carta enviada el día 17 de diciembre por el Presidente del Senado al Presidente de la Cámara de Representantes, en la cual le remitía el proyecto (fl. 76), la Comisión Primera consideró y aprobó el proyecto los días 14, 16, 21 y 29 de septiembre, y 19 de octubre de 1999, con el lleno de los requisitos constitucionales y legales, según consta en las actas Nos. 10, 12, 13, 16 y 21 de las mismas fechas, y en la certificación expedida el 18 de julio de 2000 por el Secretario de la Comisión. La Presidencia de la Comisión Primera designó a Ingrid Betancourt como ponente para segundo debate, y su informe se publicó en la Gaceta No. 536 del 10 de diciembre de 1999.
- c. El proyecto fue aprobado por la plenaria del Senado en sesión ordinaria del 16 de diciembre de 1999, con un quórum deliberatorio de 95 senadores de 102, según consta en Acta No. 32, publicada en las Gacetas del Congreso No. 603 del 24 de diciembre de 1999 y 566 del 21 de diciembre de 1999.
- d. El proyecto se radicó en la Cámara de Representantes con el número 217/99 el día 17 de diciembre del mismo año; se repartió a la Comisión Primera el 25 de enero de 2000, y fueron designados como ponentes los representantes Odín Horacio Sánchez y William Darío Sicachá el día 2 de mayo de 2000. La ponencia para primer debate, junto con el pliego de modificaciones, fue publicada en la Gaceta del Congreso No. 151 del 19 de mayo de 2000.
- e. El día 24 de mayo de 2000, el proyecto fue aprobado, junto con el pliego de modificaciones, por 24 representantes, que de conformidad con la constancia del Secretario General de la Comisión Primera del 18 de julio de 2000 (fl. 133), constituían la mayoría absoluta de tal corporación. Fueron designados ponentes para segundo debate los representantes Sicachá y Sánchez, y su informe se publicó en la Gaceta del Congreso No. 174, del 30 de mayo de 2000.
- f. El proyecto, junto con sus modificaciones, fue aprobado en segundo debate en la sesión plenaria de la Cámara de Representantes el día 15 de junio de 2000 por unanimidad de los 138 asistentes, según consta en la certificación que en esa misma fecha expidió el Secretario General de la Cámara. El texto aprobado se publicó en la Gaceta No. 231 del 23 de junio de 2000.
- g. De conformidad con el artículo 186 de la Ley 5 de 1992, se designó una Comisión Conciliadora, que aprobó las modificaciones introducidas al proyecto en la Cámara de Representantes.
- h. En la plenaria del día 19 de junio, la Cámara de Representantes consideró y aprobó por unanimidad el informe de la Comisión Accidental de Mediación. Igual sucedió en la plenaria del Senado el día 20 de junio del mismo año (fl. 14).

i. El 21 de junio del mismo año, el proyecto fue remitido a la Corte Constitucional para su revisión.

Por lo anterior, considera la Corte que el proyecto llenó los requisitos constitucionales y legales señalados.

2.3. Obligatoriedad de la consulta previa a los grupos étnicos afectados.

Si bien el proyecto bajo revisión cumplió con los requisitos constitucionales para el trámite de las leyes estatutarias ante el Congreso, observa la Corte que, tal y como lo señalan los ciudadanos que intervinieron en este proceso en representación de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), se trata de una norma en la que se adoptan medidas susceptibles de afectar directamente a los grupos étnicos nacionales. Como se verá más adelante, el establecimiento de una circunscripción especial para garantizar la participación de los pueblos indígenas y las comunidades negras en la Cámara de Representantes, constituye una decisión legislativa de gran influjo sobre la vida de tales colectividades, ya que a través de dicha circunscripción podrán acceder, en condiciones más equitativas, a la instancia decisoria central del Estado colombiano.

Por lo anterior, es indispensable determinar si, en este caso, el Estado se encontraba en la obligación de consultar a tales comunidades respecto de la medida consagrada en el proyecto, antes de proceder a su adopción en el Congreso. Para ello, es pertinente hacer una breve referencia a las situaciones en las que se hace necesario realizar la consulta previa a los grupos étnicos.

De conformidad con el artículo 6, numeral 1, literal a) del Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por Colombia a través de la Ley 21 de 1991, los Estados Partes tienen la obligación de consultar a los grupos étnicos que habitan en sus territorios, *«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»*. Asimismo, el artículo 7 del Convenio reconoce a tales colectividades *«el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte 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»*.

De esta manera, existe, en principio, un compromiso internacional de gran amplitud, que obliga al Estado colombiano a efectuar el aludido proceso de consulta previa cada vez que se prevea una medida, legislativa o administrativa, que tenga la virtud de afectar en forma directa a las etnias que habitan en su territorio. Al mismo tiempo, el artículo 34 del mismo tratado estipula: *«La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país»*. Es decir, el instrumento otorga a los Estados Partes un importante margen de discrecionalidad

para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan; ello, por supuesto, en la medida en que las Partes hagan uso de dicha flexibilidad sin dejar de cumplir con el objeto esencial de sus obligaciones que, en este caso, consiste en asegurar la efectiva participación de los grupos étnicos en las decisiones que les conciernan; de lo contrario, se estaría dando al artículo 34 citado un alcance que riñe con las normas más elementales sobre interpretación de tratados, como la que consta en el artículo 31-1 de la Convención de Viena de 1969¹, según la cual *«un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin»* (subraya fuera del texto).

Dada la configuración constitucional del Estado colombiano, los órganos indicados para determinar cuándo y cómo se habrá de cumplir con la citada obligación internacional son, en principio, el Constituyente y el Legislador, ya que son estos, por excelencia, los canales de expresión de la voluntad soberana del pueblo (art. 3, C.N.). En consecuencia, la Corte Constitucional, al momento de determinar cuándo resulta obligatorio efectuar la consulta previa a los grupos étnicos, debe estar sujeta a los lineamientos constitucionales y legales existentes, estos últimos en la medida en que no desvirtúen el objeto y finalidad del pluricitado Convenio, ni contraríen la plena vigencia de los derechos fundamentales de tales etnias.

La Constitución solo reconoció explícitamente la obligatoriedad de la consulta previa en el supuesto de hecho previsto por el parágrafo del artículo 330, a saber:

«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».

Con base en esta disposición, la Corte, en la sentencia SU-039 de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), determinó que *«la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que puedan afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad (...) que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social»* (subraya fuera del texto). En otras palabras, los pueblos indígenas tienen un derecho fundamental a ser consultados en estos casos particulares, no sólo por ser la consulta una manifestación de su derecho fundamental –individual y colectivo– a la participación, sino por constituir el medio a través del cual se protegerá, en esos casos, su integridad física y cultural; en tal sentido específico, esta Corporación afirmó, en la misma oportunidad, que el Convenio 169 de la OIT conforma, junto con el artículo 40-2 Superior, un bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 de la Carta. Pero por lo demás, no existe disposición constitucional alguna que se refiera a la consulta previa en casos diferentes al mencionado; vale decir, la Constitución guarda

¹ Aprobada mediante Ley 67 de 1993.

silencio en cuanto a las medidas, legislativas o administrativas, que se adopten en hipótesis distintas a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas.

El Legislador, por su parte, se ocupó del tema en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, que reprodujo en lo esencial lo dispuesto en el párrafo del artículo 330 Superior, ampliando su alcance a los casos de proyectos en territorios de comunidades negras:

«La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades»².

A su vez, la Ley 70 de 1993 prevé la realización de consultas a las comunidades negras en tres hipótesis: a) en la definición del plan de manejo de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, cuando en ellos se encuentren familias o personas de comunidades negras que desarrollen prácticas tradicionales (art. 22); b) en la definición de la organización y el funcionamiento de los programas especiales de formación técnica, tecnológica y profesional para los miembros de dichas comunidades (art. 38); y c) en la conformación de la «unidad de gestión de proyectos» que tendrá que existir en los fondos estatales de inversión social, para el apoyo de las comunidades negras en los procesos de capacitación, identificación, formulación, ejecución y evaluación de proyectos (art. 58). Además, la mencionada ley establece, en su artículo 44, que *«como un mecanismo de protección de la identidad cultural, las comunidades negras participarán en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socio-económico y cultural, que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere esta ley»*.

Lo que resulta de especial importancia para el caso presente, es que ni la Constitución, ni el Congreso, han previsto la realización de la consulta previa cuando se adopten medidas legislativas como la que se estudia. Ante tal silencio normativo, se debe entender que, en este momento, el alcance que le han atribuido los órganos representativos del pueblo colombiano a la obligación que consta en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, es el de consagrar la consulta previa como un procedimiento obligatorio en las específicas hipótesis arriba señaladas. En criterio de la Corte, ello no desconoce los límites de la discrecionalidad que este tratado otorga a sus Estados Partes, puesto que cada una de ellas pretende combinar la protección del territorio en que habitan estas etnias y la salvaguarda de su identidad particular, por una parte, con el fomento de su participación, por otra; lo cual, a todas luces, satisface el objetivo principal del Convenio referido. La ampliación de los supuestos en que dicho procedimiento es obligatorio, tendrá que ser objeto de una regulación legal futura.

En conclusión, no se puede afirmar que el proyecto de ley estatutaria bajo revisión deba surtir el trámite de la consulta previa a los grupos étnicos, puesto que no se puede catalogar bajo ninguna de las hipótesis indicadas arriba. Está por fuera de

² La realización de la consulta previa en la hipótesis de explotación de recursos naturales en territorios étnicos, se encuentra regulada a nivel reglamentario por el decreto 1320 de 1998.

toda discusión que la realización de una consulta de esa índole sería conveniente y deseable, y que, en el evento de realizarse, contaría con un sólido respaldo en el ordenamiento superior. Sin embargo, mal haría la Corte en prescribir como obligatorio un determinado procedimiento, que no ha sido previsto ni por la Constitución, ni por la Ley, para el trámite de proyectos normativos ante el Congreso de la República, mucho más tratándose de una ley estatutaria, cuyos requerimientos procedimentales se encuentran taxativamente enumerados en los artículos 153 y 157 de la Carta. En otras palabras, escapa a la competencia de esta Corporación la creación de trámites que no contempla el ordenamiento positivo, especialmente en casos como el presente, en los que existen disposiciones internacionales que refuerzan la libre apreciación del Legislador en la materia (cf. art. 150-1, C.P.)

Por las anteriores razones, deberá rechazarse el cargo formulado por los representantes de la ONIC. Ello, sin embargo, no obsta para que, en un futuro, el Legislador se ocupe de regular la materia, con toda la amplitud que permite el Convenio 169 de la OIT –para efectuar lo cual, de hecho, se le urge, dada la importancia del tema–; en consecuencia, deberá entenderse que lo dicho en este fallo sobre la obligatoriedad de la consulta previa en los casos de medidas distintas a las previstas por el parágrafo del artículo 330 Superior y por las disposiciones legales vigentes, solo se debe aplicar *en ausencia de una regulación integral de la materia por parte del Congreso*.

3. Aspectos sustanciales

Para efectos de organización, procederá la Corte a estudiar el contenido del proyecto bajo examen, siguiendo el orden sucesivo de su articulado.

3.1. Generalidades: democracia participativa, pluralismo e igualdad material

El primer artículo del proyecto es un desarrollo directo de lo dispuesto en el artículo 176 Superior, que otorgó al Legislador la potestad de establecer una circunscripción especial para garantizar la participación de los grupos étnicos, las minorías políticas y los colombianos residentes en el exterior, en la Cámara de Representantes; en efecto, mientras que en el inciso primero se crea dicha circunscripción, en el inciso segundo se efectúa la distribución de las cinco curules que la habrán de conformar. Para la Corte resulta claro que la adopción de esta medida contribuirá, en forma definitiva, a la materialización de diversos valores y principios constitucionales, en especial a los de democracia participativa, pluralismo e igualdad, como se verá en seguida.

En primer lugar, es indiscutible que la participación es un elemento de importancia estructural para el ordenamiento constitucional colombiano; tanto así que, de conformidad con el Preámbulo y los artículos 1 y 2 de la Carta, es uno de los principios fundantes del Estado y, simultáneamente, uno de los fines esenciales hacia los cuales se debe orientar su actividad. Por ello, cualquier medida destinada a fortalecer la participación cuenta, de entrada, con un firme apoyo en la Constitución.

En los regímenes democráticos, definidos formalmente como aquellos en los cuales los destinatarios de las normas son los mismos que las producen (Sentencia C-145

de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero), uno de los momentos más sobresalientes es el de la conformación, a través de los mecanismos electorales, de las instituciones que habrán de canalizar la voluntad popular, particularmente el Congreso de la República. El proyecto bajo revisión se orienta hacia el fortalecimiento de esta modalidad de participación, ya que al crear la nueva circunscripción electoral, dota a determinados grupos sociales de una herramienta indispensable para adquirir vocería directa en la Cámara de Representantes y, a través de ella, ejercer efectivamente su derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, consagrado por el artículo 40 de la Carta en tanto manifestación activa de la calidad de ciudadano colombiano. Al hacerlo, confirma la íntima relación que existe entre la democracia participativa y el pluralismo, principio que se introduce, así, entre las reglas mismas del juego político.

Ya ha dicho la Corte que *«el pluralismo establece las condiciones para que los contenidos axiológicos de la democracia constitucional tengan lugar y fundamento democrático. Dicho sintéticamente, la opción popular y libre por los mejores valores, está justificada formalmente por la posibilidad de escoger sin restricción otros valores, y materialmente por la realidad de una ética superior»* (sentencia C-089/94, ibídem). En la misma oportunidad, se señaló que la democratización del Estado y de la sociedad que prescribe la Constitución, se encuentra ligada a un esfuerzo progresivo de construcción histórica, durante el cual es indispensable que la esfera de lo público, y con ella el sistema político, estén abiertos al reconocimiento constante de nuevos actores sociales. En consecuencia, solo puede hablarse de una verdadera democracia, representativa y participativa, allí donde la composición formal y material del sistema guarda una correspondencia adecuada con las diversas fuerzas que conforman la sociedad, y les permite, a todas ellas, participar en la adopción de las decisiones que les conciernan. Ello es especialmente importante en un Estado Social de Derecho, que se caracteriza por presuponer la existencia de una profunda interrelación entre los espacios, tradicionalmente separados, del «Estado» y la «Sociedad Civil», y que pretende superar la concepción tradicional de la democracia, vista simplemente como el gobierno formal de las mayorías, para acoplarse mejor a la realidad e incluir dentro del debate público, en tanto sujetos activos, a los distintos grupos sociales, minoritarios o en proceso de consolidación, fomentando así su participación en los procesos de toma de decisiones a todo nivel.

En otras palabras, la relación inescindible que se establece entre el pluralismo y la participación en una democracia constitucional como la colombiana, trae como consecuencia inmediata la necesidad de que el sistema representativo refleje al máximo, en su conformación, las distintas alternativas políticas que plantea la sociedad; especialmente cuando el artículo 133 de la Carta dispone, expresamente, que *«los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común»*. Es esta representatividad social, sin duda, lo que legitima el quehacer de corporaciones de elección popular como el Congreso de la República, las cuales, por esa misma razón, deberán contar con la participación efectiva, tanto de los sectores tradicionalmente marginados de lo público, como de las formas minoritarias y diferentes de organización social - categorías frecuentemente superpuestas-.

El proyecto que se revisa constituye un paso certero en dirección de tal objetivo. Por una parte, enriquece la composición de la Cámara de Representantes, dotando de vocería efectiva en tal Corporación a cuatro categorías sociales que tienen en común el hecho de ocupar una posición marginal frente a las instancias decisorias nacionales y que, en ese sentido, se pueden definir como verdaderas «minorías», desde el punto de vista político, étnico y social. Por otra, trasciende la noción clásica de la ciudadanía en tanto atributo formal de individuos abstractos, admitiendo que una parte esencial y constitutiva de la subjetividad humana está dada por la pertenencia a un grupo determinado, y que, en ciertos casos -como los de los pueblos indígenas y las comunidades negras-, dicha adscripción es de tal importancia para los individuos que la comparten, que constituye el marco referencial de su visión del mundo y de su identidad, por lo cual se trata de un hecho social digno de ser reconocido y protegido con medidas que, como esta, vayan más allá de la simple retórica.

Con ello se logrará un efecto doblemente benéfico. Primero, se contribuirá a consolidar al Congreso como un eje articulador de la diversidad material que caracteriza al pueblo colombiano. Segundo, se materializará una de las principales condiciones de posibilidad, no solo de la participación efectiva de los grupos étnicos en el diseño de las políticas nacionales, sino de su existencia misma en tanto agrupaciones identitarias diferenciadas, puesto que es al Congreso a quien compete, en primera instancia, adoptar las decisiones tendientes a coordinar la interrelación armónica de las distintas culturas que conviven en el país -por ejemplo, a través de la expedición de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial-, y a tomar medidas que favorezcan a los grupos que, como estos, han sido tradicionalmente marginados de los beneficios que conlleva la inserción activa en la vida nacional³. Asimismo, en lo relativo a las minorías políticas, permitirá que estas ingresen al foro democrático, enriqueciendo el debate legislativo como portavoces de intereses sociales legítimos; y en lo tocante a los colombianos residentes en el exterior, no solo facilitará que se canalice la expresión de sus múltiples y diversas necesidades a través de un representante común a la Cámara, sino que fomentará su proceso organizativo, lo cual es especialmente importante en un momento histórico en el cual, por diversas causas convergentes, casi el diez por ciento de la población colombiana se encuentra en territorios foráneos⁴.

Finalmente, debe resaltarse que el proyecto se encuentra a tono con el principio constitucional de igualdad. Es un hecho notorio el que, en el contexto social colombiano, las diferencias y desigualdades se intersectan y se superponen unas a otras, convirtiendo a ciertos grupos en sectores particularmente vulnerables. Es así como las diferencias derivadas de la identidad étnica, del origen «racial» o de la afiliación política, coinciden, por factores históricos, con desigualdades en el acceso a los recursos económicos y a la participación en el sector público, generando un círculo vicioso de causalidades recíprocas que actúa siempre en detrimento de la colectividad en cuestión. El caso de las comunidades indígenas y negras es, a este

³ Sentencia SU-225/98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴ Ponencia para segundo debate en el Senado de la República del proyecto de ley que se revisa.

respecto, paradigmático: localizadas, como regla general, en la periferia geográfica y económica del país, sufren de elevados niveles de pobreza y marginación económica. Por lo mismo, se ubican de inmediato entre los grupos que por sus condiciones de indefensión merecen una protección especial por parte del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 Superior. En ese sentido, el proyecto bajo revisión es una medida válida de discriminación positiva, puesto que asigna a determinadas categorías sociales una situación formalmente más ventajosa que la de la generalidad de los colombianos –quienes no tienen una circunscripción especial a su favor–, como medio para contrarrestar las desigualdades materiales que les aquejan y lograr, así, una mayor posibilidad de que accedan a los beneficios que justamente les corresponden.

Visto, entonces, que la medida adoptada es, en lo esencial, un reflejo de la Constitución, se debe precisar que la creación de esta circunscripción especial no impide que los individuos que pertenecen a cualquiera de las cuatro categorías contempladas –grupos indígenas, comunidades negras, minorías políticas o colombianos residentes en el exterior– se presenten como candidatos a la Cámara de Representantes a través de la circunscripción territorial general que prevé el mismo artículo 176 Superior, ya que la elección entre una u otra circunscripción forma parte del núcleo esencial su derecho fundamental a elegir y ser elegido para ejercer funciones públicas (art. 40-1, C.P.).

3.2. La distribución de las curules

3.2.1. Discrecionalidad del legislador

El Constituyente fijó para la circunscripción especial en comento un límite máximo de cinco curules, dejando al Legislador en libertad de distribuir las según su mejor criterio. Por ser cinco las curules a repartir, y cuatro los grupos beneficiarios, era inevitable que uno de ellos quedara con dos representantes, y los demás con uno; a la postre, fueron las comunidades negras las elegidas para ser titulares de una doble representación. Llama la atención de la Corte, en este sentido, el cargo formulado por la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, según el cual tal distribución es lesiva del artículo 13 de la Carta, *«ya que los pueblos indígenas de Colombia se encuentran ubicados en aproximadamente 27 Departamentos, y en la mayoría de los casos la presencia indígena en algunas regiones del país es mayoritaria frente a la población de otros grupos étnicos, lo cual significa que la representación de los pueblos indígenas en la composición de la Cámara de Representantes sería inequitativa.»*

La pregunta que se plantea a esta Corporación es, entonces, si la elección del grupo favorecido fue respetuosa del principio constitucional de igualdad. Desde un punto de vista estrictamente geográfico o numérico, el argumento del interviniente no puede prosperar, ya que de la misma manera que los indígenas, las comunidades negras –así no se hayan constituido formalmente en tanto tales– se encuentran diseminadas a todo lo ancho del territorio colombiano, y en ciertos departamentos superan en número a los indígenas. Sin embargo, para responder adecuadamente el

interrogante señalado, se debe hacer referencia al tema de los derechos de las comunidades negras en tanto grupos étnicos, ya que es en tal calidad que las contempla el proyecto bajo revisión, al hacerlas objeto del trato diferente cuya constitucionalidad se cuestiona.

3.2.2. *Las comunidades negras como grupos étnicos*

Mas allá de lo que concierne a la circunscripción territorial general, las comunidades negras del país no cuentan con representación alguna en el Congreso, a pesar de ser un sector importante de la población colombiana que, en sucesivas oportunidades, ha sido reconocido por el legislador como un grupo étnico especial. En efecto, tanto la Ley 70 de 1993 (que desarrolla el artículo Transitorio 55 de la Carta), como la Ley 99 del mismo año (sobre protección del medio ambiente), así como la Ley 199 de 1995 (que organiza el Ministerio del Interior), parten de tal reconocimiento para otorgar una serie de derechos a las mencionadas colectividades, definidas en el artículo 2-5 de la Ley 70/93 como *«el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen (sic) de otros grupos étnicos.»*

Este reconocimiento genera, como consecuencia inmediata, el que las comunidades negras adquieran la titularidad de derechos colectivos similares a los de las comunidades indígenas, con las diferencias impuestas por sus especificidades culturales y su régimen legal propio. Lo que es más importante, se hacen acreedores a los derechos que consagra el Convenio 169 de la OIT, cuyo artículo 1 reza:

«1. El presente Convenio se aplica:

a) a los pueblos tribales en países independientes cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.»

En lo relativo a esta definición particular, es de anotar que el término «tribal» difícilmente puede entenderse en el sentido restringido de una «tribu». Este concepto forma parte de la tipología propuesta por los teóricos de la Antropología Social, quienes dividieron las sociedades humanas en «bandas», «tribus», «cacicazgos» y «Estados», dependiendo de su estadio de complejización; haciendo a un lado el

debate sobre la validez académica de estas categorías, lo cierto es que mal haría la Corte en aceptar, como parte del Derecho que tiene que aplicar, una determinada postura teórica. Por ese motivo, resulta más apropiado interpretar el término «tribal» en el sentido amplio en que lo han hecho entidades multilaterales como el Banco Mundial, el cual, en su Directiva Operacional No. 4.20 de septiembre de 1.991, sobre políticas institucionales respecto de proyectos que afecten a los pueblos indígenas, especificó que los términos «*pueblos indígenas*», «*minorías étnicas indígenas*» y «*grupos tribales*» se refieren, en general, a grupos sociales que comparten una identidad cultural distinta a la de la sociedad dominante.

Es así como, en síntesis, la norma internacional en comento hace referencia a dos requisitos que deben concurrir a la hora de establecer quiénes se pueden considerar como sus beneficiarios: (i) Un elemento «objetivo», a saber, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, y (ii) un elemento «subjetivo», esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión.

De la definición legal que consagra el artículo 2-5 de la Ley 70/93, se desprende que las comunidades negras cumplen con esta doble condición, y por ende se ubican bajo el supuesto normativo del Convenio mencionado. Esta definición, así como el establecimiento de un régimen especial de protección de la cultura e identidad de tales comunidades, constituyen tan solo el reconocimiento jurídico de un proceso social que ha cobrado fuerza en años recientes, y que es ampliamente observable en varias regiones del país, a saber, la consolidación de un grupo poblacional que se autodenomina «negro», a partir de distintos tipos de organizaciones locales que, partiendo de la base de unas condiciones compartidas de existencia y de una creciente identidad colectiva, han resuelto darse a la tarea de promover mancomunadamente la defensa de sus intereses, históricamente desconocidos, cuando no vulnerados frontalmente, por la sociedad mayoritaria. Se trata, así, de un actor social emergente, no en el sentido de ser un fenómeno exclusivo de esta época –puesto que las comunidades negras se comenzaron a configurar desde los primeros tiempos de la esclavitud en nuestro país, cuando se establecieron los «paleques», pueblos de esclavos fugitivos o «cimarrones», y se sentaron las bases para lo que hoy aparece como una cultura propia–, sino en cuanto se trata de un grupo que sólo en las últimas décadas ha podido asumir la tarea de organizarse más allá del ámbito local o regional. En ese orden de ideas, el reconocimiento de estas comunidades, a nivel nacional, en tanto «grupo étnico», es un presupuesto indispensable para su adecuada inserción en la vida política y económica del país. Por esa misma razón, su doble representación en la Cámara de Representantes, es una medida de diferenciación que halla una sólida razón de ser en sus condiciones materiales de existencia, respetando así el artículo 13 de la Carta, y las disposiciones pertinentes del Convenio 169 de la O.I.T.

Debe anotarse, eso sí, que el reconocimiento de derechos especiales a las comunidades negras no se hace en función de su «raza», puesto que ello implicaría presuponer que, en un país con un grado tan alto de mestizaje como lo es Colombia, existen aún «razas puras», lo cual es a todas luces inaceptable, y llevaría a efectuar futuras distinciones (odiosas) entre quiénes se deben considerar de «raza negra» y quiénes no, para efectos de acceder a los beneficios que otorga esta ley; con ello, se retrotraería

al Estado colombiano a la época de las grandes clasificaciones coloniales basadas en los distintos grados de mezcla de sangres, que sustentaban un verdadero sistema de castas excluyentes, algo frontalmente incompatible con una democracia constitucional. Lo que es más, no sólo es un hecho reconocido que la categoría «raza» ha sido fundamentalmente revaluada por las ciencias sociales, sino que una clasificación semejante de los ciudadanos colombianos no podría ser objeto de una circunscripción electoral como la que se examina, ya que el artículo 176 de la Carta solo hace referencia a grupos étnicos, y no a grupos «raciales». Por ese motivo, debe quedar claro que los derechos colectivos de las comunidades negras en Colombia son una función de su *status* en tanto grupo étnico, portador de una identidad propia que es digna de ser protegida y realizada, y no del color de la piel de sus integrantes.

Por último, es conveniente puntualizar que, para los efectos del proyecto bajo revisión, el término «comunidades negras», como lo indica el artículo 1 de la Ley 70 de 1.993 en consonancia con el artículo Transitorio 55 de la Constitución, se refiere tanto a aquellas que habitan en la Cuenca del Pacífico colombiano, como a las que estén ubicadas en otros puntos del territorio nacional y cumplan con los dos elementos reseñados. Asimismo, a falta de una mención expresa, se deben entender incluidas dentro de las dichas «comunidades negras», para todo lo relacionado con la circunscripción especial que se estudia, a las agrupaciones raizales del Archipiélago de San Andrés y Providencia, las cuales no solo comparten con las primeras un origen histórico común en las raíces africanas que fueron transplantadas a América, sino que han sido reconocidas por esta corporación, en consonancia con el artículo 310 de la Carta, como un grupo étnico titular de derechos especiales (cfr. sentencias C-530/93, T-174/98 y C-1022/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero); por lo mismo, no pueden ser razonablemente excluidas de la participación en la Cámara de Representantes por esta circunscripción.

3.3. La condición de residencia en el país

El párrafo del artículo primero del proyecto, dispone que quien resulte elegido como representante de los colombianos residentes en el exterior deberá residir en territorio nacional mientras ejerza su cargo de Representante. En criterio de la Corte, esta es una medida lógica y razonable, puesto que si el elegido ha de cumplir a plenitud con las funciones propias de su cargo (art. 122, C.P.) y, entre ellas, con la obligación elemental de asistir a las sesiones legislativas, deberá, necesariamente, residir en el país. Por lo mismo, se declarará la exequibilidad de esta disposición, aclarando que el establecimiento de este requisito no se puede constituir en una desventaja para quienes resulten elegidos por esa circunscripción especial, frente a los demás miembros de la Cámara de Representantes, en el sentido de impedir que los primeros sean reelegidos, si los resultados de su gestión así lo ameritan; es decir, se debe entender que este es un requisito cuyo cumplimiento debe ser previo a la primera vez que tales candidatos se postulen.

3.4. Requisitos que deben cumplir los candidatos que se postulen por esta circunscripción especial

Es importante señalar que, de conformidad con el artículo primero del proyecto, esta es una circunscripción especial de alcance *nacional*. Ello implica que ha sido

creada y organizada, no en función de un territorio determinado, sino de ciertos grupos sociales cuya participación se busca fomentar, y que se encuentran distribuidos por todo el país, o, como en el caso de los colombianos residentes en el exterior, por todo el globo. La cualificación de *nacional*, conlleva también que esta circunscripción se encuentra abierta a la participación de todo el electorado; es decir, que cualquier colombiano, pertenezca o no a alguno de los cuatro grupos que contempla la norma, puede votar por los candidatos que se postulen a través de ella, a diferencia de lo que ocurre en la circunscripción *territorial* ordinaria de la Cámara de Representantes, por la cual solo podrán votar los habitantes del territorio correspondiente.

La posibilidad de que cualquier ciudadano participe, como elector, en esta circunscripción, encuentra sustento constitucional, en la medida en que, si bien se pretende dotar de representación a ciertos grupos específicos, para hacerlo es indispensable, por virtud del artículo 1 de la Carta, consultar el interés general, dentro del cual se entiende incluido el interés particular de tales colectividades; por ello, es necesario que sea la totalidad de los ciudadanos la que decida quiénes habrán de ejercer este cargo. El reconocimiento de tal posibilidad constituye, además, una aplicación directa del principio hermenéutico de maximización de los derechos fundamentales, ya que mal haría la Corte en hacer extensiva a la circunscripción especial, una restricción del derecho a la participación que es propia de las circunscripciones territoriales y locales, y que sigue su lógica específica. No se puede olvidar que las normas que afectan derechos son de interpretación restrictiva, mientras que aquellas que los reconocen deben ser objeto de la interpretación más amplia posible; y no se puede excluir de ese principio hermenéutico al derecho fundamental de participación.

En consecuencia, si todo colombiano puede votar por los candidatos de los pueblos indígenas, las comunidades negras, las minorías políticas o los colombianos residentes en el exterior para la Cámara de Representantes, es indispensable que la ley establezca ciertos requisitos con los cuales deben cumplir dichos postulantes, para garantizar que representarán los intereses reales de los grupos en cuestión, y evitar así la desnaturalización de esta circunscripción especial.

Sobre el tema de las condiciones impuestas por la ley a quienes aspiren a participar como candidatos en las elecciones, el artículo 108 de la Constitución dispone lo siguiente: a) por una parte, los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, podrán inscribir candidatos sin requisito adicional alguno; y b) en el caso de movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos que quieran postular aspirantes, «*la ley podrá establecer requisitos para garantizar la seriedad de las inscripciones de candidatos*». Es decir que, en principio, el Legislador sólo puede señalar las condiciones que deben cumplir los candidatos que se presenten con el respaldo de movimientos sociales o grupos de ciudadanos, y no las que deben llenar quienes se postulen con el respaldo de un partido o movimiento político con personería jurídica, a quienes no se podrán imponer requisitos ulteriores.

Sin embargo, observa la Corte que, en lo atinente a la circunscripción especial que se revisa, esta regla se debe matizar, puesto que, como se dijo, la garantía de que quienes participen en las elecciones a través de ella van a representar adecuadamente los intereses de las minorías objeto del beneficio, está dada, esencialmente, por los requisitos que tales aspirantes deben llenar al momento de postularse. Y como nada

obsta para que los miembros de estos grupos constituyan partidos o movimientos políticos, específicamente destinados a facilitar su participación en el Congreso a través de esta circunscripción, se debe admitir que la ley trace unos requisitos mínimos que habrán de llenar todos los aspirantes, bien sea que se postulen a título individual (respaldados por un número significativo de ciudadanos), como miembros de un partido o movimiento político, o apoyados por un movimiento social. Por lo mismo, habrá de aceptarse que, en este caso, el Legislador contaba con la facultad de trazar las condiciones necesarias para asegurar dicha representatividad.

De conformidad con lo dispuesto en la sentencia C-089/94, arriba citada, los requisitos impuestos por la ley a los candidatos deben caracterizarse por ser razonables, y por no obstaculizar de manera inconveniente el ejercicio de los derechos políticos; y esa razonabilidad, se debe evaluar de conformidad con los «mínimos históricamente sostenibles en un momento dado», es decir, con las circunstancias concretas que inciden sobre la participación real de los grupos representados en un punto determinado de la historia. En ese orden de ideas, procederá la Corte a estudiar la razonabilidad de los requisitos establecidos en el proyecto de ley bajo examen, para cada una de las categorías que son objeto de su regulación.

3.4.1. Candidatos de las comunidades indígenas

Dispone el artículo 2 del proyecto que *«los candidatos de las comunidades indígenas que aspiren a ser elegidos a la Cámara de Representantes por esta circunscripción deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización refrendado por el Ministerio del Interior»*. En criterio de los ciudadanos que intervinieron en representación de la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, estos requisitos no son adecuados, puesto que, en sus propios términos, *«se debe tener en cuenta prioritariamente la calidad de indígena, la de autoridad tradicional o hacer parte de un Cabildo y no el carácter de líder de una organización indígena, que su ejercicio esté solamente vinculado a su comunidad o pueblo a través de la figura del Cabildo y/o de reconocimiento de su comunidad a quien le corresponde acreditar dicha calidad, dado que de conformidad con el Decreto 2150 de 1995 las organizaciones indígenas se registran ante las Cámaras de Comercio y la Dirección General de Asuntos Indígenas sólo lleva el registro de asociaciones y cabildos de que trata el Decreto 1088 de 1993»*.

Sobre el particular, observa la Corte que el artículo en comento consagra requisitos idénticos a los que contempla el inciso quinto del artículo 171 de la Constitución, para quienes aspiren a ser elegidos senadores por la circunscripción especial indígena que allí se consagra. Estos requisitos, además de ser razonables –por estar orientados hacia la selección de quien mejor conozca los intereses y problemas de las comunidades indígenas colombianas–, son los que más concuerdan con el principio de igualdad, puesto que no sería justificable la imposición de condiciones diferentes para los senadores y los representantes indígenas, siendo que ambos actúan en pro de las comunidades aborígenes del país y, para esos efectos, no existe una diferencia significativa entre las dos cámaras legislativas. No son de recibo, entonces, los

argumentos del interviniente, mucho menos cuando pretende controvertir una función que fue asignada directamente por la Carta al Ministerio del Interior (la de refrendar los certificados expedidos por las organizaciones indígenas sobre la calidad de líder de quien se postule como candidato a elecciones), con base en argumentos que se derivan de lo dispuesto en actos administrativos como los decretos que se citan. Por lo mismo, se desechará el cargo, y el artículo revisado será declarado exequible.

3.4.2. *Candidatos de las comunidades negras*

De conformidad con el artículo 3 del proyecto estudiado, quienes aspiren a ser candidatos por las comunidades negras, deben cumplir con dos requisitos: a) ser miembros de la respectiva comunidad, y b) haber sido avalados previamente por una organización inscrita ante la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior.

Se observa, de entrada, que estos requisitos son mucho menos exigentes que los que se establecen para los candidatos de las comunidades indígenas, puesto que mientras estos requieren haber ocupado un cargo de autoridad tradicional o haber sido líderes de una organización, los candidatos por las comunidades negras solo deberán acreditar su calidad de miembros del grupo, y contar con el aval de una organización. Se pregunta la Corte, entonces, si ello resulta lesivo de la igualdad; interrogante cuya respuesta debe ser negativa, puesto que, si se hace uso de los criterios de razonabilidad histórica arriba citados, se observará que el proceso organizativo de las comunidades negras, más allá del ámbito local o regional, se halla apenas en sus primeras fases, contrario a lo que ocurre con los indígenas, que ya cuentan con una sólida organización a nivel nacional y departamental. Es decir, la consagración de estos requisitos, más flexibles, constituye un reconocimiento de la realidad específica de los grupos negros, y por lo mismo, resulta acorde con la Carta.

En cuanto a la condición de haber sido avalados por una organización inscrita ante la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior, considera la Corte que este es un requisito necesario para contar con la plena certeza de que los candidatos efectivamente se hallan vinculados a una tal agrupación. La Dirección en comento, de conformidad con el decreto 2248 de 1995 (art. 15), es la encargada de llevar el registro único nacional de las organizaciones de base de las comunidades negras (esto es, de aquellas organizaciones que, según el artículo 20-1 del decreto citado, «*actúan a nivel local, reivindicando y promoviendo los derechos territoriales, culturales, económicos, políticos, sociales, ambientales y la participación y toma de decisiones autónomas de este grupo étnico*»). Por lo mismo, se trata de una condición razonable, que pretende dotar de un mínimo de seriedad y veracidad a la inscripción de estos candidatos, mucho más en un momento histórico en el cual la organización de las comunidades negras apenas se ha empezado a consolidar, y son escasas las instancias que, como la dependencia citada, cuentan con información centralizada y confiable sobre la materia.

3.4.3. *Candidatos de las minorías políticas*

Dada la definición particular que de estas minorías adopta el proyecto bajo revisión, no se puede afirmar que existan requisitos específicos con los que deban cumplir

quienes aspiren a ser sus representantes, por la sencilla razón de que la calidad de minoría política se definirá *a posteriori*, con base en los resultados de las elecciones a la Cámara de Representantes por la circunscripción territorial general. En efecto, el artículo 4 del proyecto dispone que «*podrán acceder a una curul*» por esta circunscripción, los movimientos o partidos políticos que cumplan con los siguientes requisitos: a) Haber presentado candidatos a la Cámara de Representantes, como mínimo en un 30% de las circunscripciones territoriales; b) No haber obtenido representantes a la Cámara en dicha votación; y c) Que la votación mayoritaria que hayan obtenido en un mismo departamento o circunscripción territorial, sea menos que el 70% de la sumatoria de su votación en todo el país. Si existe más de un grupo que cumpla con estas condiciones, se asignará la curul a aquel que haya obtenido la mayor votación agregada, y la lista correspondiente será la conformada por las cabezas de lista que hayan obtenido la mayor votación entre las inscritas por el respectivo partido o movimiento en todo el país. En consecuencia, las condiciones que deberán llenar estos candidatos son, en principio, las mismas que se aplican a la generalidad de los aspirantes por circunscripción territorial.

El artículo 176 Superior no adoptó una definición de lo que se debe considerar como una «minoría política»; es decir, dejó al legislador en libertad de determinar quiénes habrán de ser los beneficiarios de esta curul. Sobre esa base, observa la Corte que el Congreso obró dentro de los límites de su discrecionalidad al considerar como «minorías políticas» a aquellos partidos o movimientos que, habiendo participado en las elecciones, no hayan alcanzado los votos necesarios para contar con un Representante. Esta definición halla un fundamento en la Carta, en la medida en que permite que la determinación de quiénes son mayorías y quiénes son minorías dependerá, no de una disposición jurídica, sino de la voluntad soberana del pueblo, expresada directamente por medio de los mecanismos electorales; es decir, será la ciudadanía, a través de las votaciones, la que sentará las bases para clasificar a una determinada corriente política como minoritaria. En la sentencia C-145/94 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), se afirmó que «*sólo hay verdadera democracia allí donde las minorías y la oposición se encuentran protegidas a fin de que puedan eventualmente llegar a constituirse en un futuro en opciones mayoritarias, si llegan a ganar el respaldo ciudadano necesario*». Pues bien, el proyecto bajo revisión establece este respaldo ciudadano como el criterio definitivo para definir quiénes serán los sujetos de dicha protección, que en este caso se concreta en medidas como la adjudicación de un asiento en la Cámara de Representantes, lo cual es a todas luces compatible con el precepto constitucional de soberanía popular (art. 3, C.P.). Ello, por supuesto, no excluye la posibilidad de que a través de futuras medidas, legislativas o administrativas, se establezcan otros mecanismos diferentes para proteger a las minorías políticas.

Los requisitos específicos que impone el artículo 4 son, a juicio de la Corte, razonables y consecuentes con esta aproximación, ya que con ellos se pretende evitar que se confunda a estas minorías, de alcance *nacional*, con otros movimientos de alcance netamente regional o departamental. En ese orden de ideas, tiene sentido el exigir que el movimiento o partido respectivo haya inscrito candidatos por lo menos en el 30% de las circunscripciones territoriales, y que su votación mayoritaria en un departamento no sea más que el 70% de su votación en todo el país.

El único reparo de constitucionalidad que la Corte encuentra en esta disposición, estriba en que, por su redacción, parecería limitar únicamente a los partidos y movimientos políticos la posibilidad de ser considerados como una minoría política y acceder, así, a la curul que se otorga. Para esta Corporación es claro que los partidos no ostentan el monopolio de lo político, arena que está abierta a la participación de otro tipo de agrupaciones sociales, como las contempladas en el artículo 108 de la Carta, según el cual pueden inscribir candidatos para las elecciones: a) los partidos y los movimientos políticos con personería jurídica reconocida, b) los movimientos sociales, y c) los grupos significativos de ciudadanos. Nada se opone a que los sujetos contemplados en los literales b) y c) cumplan plenamente con los requisitos trazados por la norma, por lo cual no pueden ser válidamente excluidos de la posible categorización como minorías políticas, so riesgo de vulnerar los artículos 13, 40 y 108 de la Constitución. En consecuencia, se habrá de declarar la constitucionalidad del artículo 4 del proyecto de ley bajo examen, condicionándola a que se entienda que, junto con los partidos y movimientos políticos que allí se contemplan expresamente, también pueden aspirar a ocupar la curul en cuestión los representantes de los movimientos sociales y de los grupos significativos de ciudadanos, siempre y cuando cumplan con los requisitos que el mismo artículo consagra.

3.4.4. Candidatos de los colombianos residentes en el exterior

La adjudicación de esta curul es una consecuencia directa de la relación inescindible que existe entre la calidad de ciudadano colombiano y el ejercicio de los derechos políticos, por cuanto presupone que, a pesar de encontrarse por fuera del territorio nacional, los colombianos residentes en el exterior están unidos al país por un vínculo esencial, derivado de su nacionalidad, que justifica el que tengan un representante en el cuerpo legislativo, encargado de promover sus intereses. La Carta Política es explícita al afirmar que, como regla general, los derechos políticos se reservan a los ciudadanos colombianos (arts. 99 y 100, C.P.); pues bien, el proyecto bajo revisión posibilita el ejercicio efectivo de esos derechos a quienes por diversas causas tengan su residencia en el exterior.

Como consecuencia, resulta lógico que quien vaya a ejercer la representación de este grupo tenga un conocimiento de causa lo suficientemente sólido, como para conocer cuál es la problemática que sus integrantes deben afrontar. Por lo mismo, lo dispuesto en el primer inciso del artículo 5 del proyecto revisado, sobre la necesidad de que el candidato de los residentes en el exterior demuestre ante las autoridades una residencia mínima en el extranjero de cinco años continuos, se ajusta a los parámetros constitucionales.

No sucede lo mismo con el requerimiento de estar avalados por un partido o movimiento político reconocido por el Consejo Nacional Electoral. Para la Corte, esta disposición se debe interpretar de tal manera que: a) No se excluya la posibilidad de que los colombianos residentes en el exterior constituyan, ellos mismos, un movimiento que sea el encargado de otorgar dicho aval, en virtud de lo dispuesto por el artículo 40-3 Superior; y b) No impida que, por las mismas razones expuestas arriba para el caso de las minorías políticas, dichos candidatos puedan también ser

respaldados por movimientos sociales o por grupos significativos de ciudadanos. En ese sentido, se habrá de condicionar la constitucionalidad de este primer inciso.

El segundo inciso del artículo 5, que dispone que estos candidatos solo podrán ser elegidos con los votos de los colombianos residentes en el exterior, es abiertamente inconstitucional, por tres razones. En primer lugar, porque como ya se explicó, esta es una circunscripción especial de alcance *nacional*, por lo cual la votación por los candidatos que a través de ella se postulen, debe estar abierta a la participación de todos los ciudadanos. En segundo lugar, porque bien puede darse la circunstancia de que los colombianos que residen en territorio nacional decidan, libremente, que el candidato de los residentes en el extranjero es quien mejor representa sus propios intereses; impedir a quienes se encuentren en esa situación que voten, en consecuencia, por ese candidato, sería una restricción desproporcionada de su derecho fundamental a la participación política, cuyo núcleo esencial se vería claramente vulnerado. Finalmente, porque admitir una tal restricción sería violatorio del principio de igualdad, ya que esta no está prevista para ninguno de los demás grupos que contempla el proyecto de ley bajo revisión, y no existe, a juicio de la Corte, ningún criterio razonable que permita justificar la diferenciación mencionada. Como consecuencia, se declarará la inexecutable del inciso en cuestión, así como la del párrafo del mismo artículo 5, que traza ciertos requisitos de índole probatoria, orientados a demostrar la residencia en el exterior de quienes respalden a un candidato; ello, porque se trata de disposiciones que sustentan una norma que la Corte considera inconstitucional, y que pierden su razón de ser con la declaratoria de inexecutable de esta, por lo cual se deben excluir del ordenamiento.

3.5. Disposiciones comunes

3.5.1. Régimen similar al de los demás Representantes

Más allá del hecho de tratarse de una circunscripción especial que, por estar destinada a fortalecer la participación de ciertos grupos, justifica la exigencia de requisitos especiales para los Representantes que por ella se postulen, no existen diferencias significativas entre quienes accedan a las cinco curules que ella otorga y los demás integrantes de la Cámara. Por ello, se ajustan a la Constitución las disposiciones finales del proyecto, en las que se somete a los candidatos por circunscripción especial, y a los Representantes que de allí salgan elegidos, al régimen general de los demás miembros de dicha corporación.

Es así como se ajustan a la Carta los artículos 6, 7 y 8 del proyecto. El primero, porque dispone que los candidatos por circunscripción especial se deberán inscribir ante el Registrador Nacional o su delegado, con la excepción de quienes se postulen por los colombianos residentes en el exterior, que deberán inscribirse ante el consulado o embajada colombiana del país donde acrediten su residencia. Esta excepción está en consonancia con el artículo 5 del proyecto, que exige para estos candidatos una residencia mínima de cinco años continuos en el extranjero. El segundo, porque somete a quienes resulten elegidos por esta circunscripción al mismo régimen general de incompatibilidades e inhabilidades que la Constitución prescribe, sin distinciones, para los congresistas. El tercero, porque establece los mismos requisitos *generales* que la Constitución, en su artículo 177, impone a los Representantes en general.

Por el mismo motivo, resultan compatibles con la Carta las disposiciones de los artículos 10 al 13 del proyecto. El décimo dispone que los candidatos de esta circunscripción serán elegidos mediante el sistema que en el momento de realizarse las elecciones sirva para escoger a los congresistas en general; de acuerdo con el artículo 263 Superior, este es el sistema del cuociente electoral. El undécimo, reitera el principio general de «una persona, un voto»; el duodécimo, establece que las primeras elecciones por la dicha circunscripción especial se efectuarán al mismo tiempo que la próxima elección general de congresistas; y el decimotercero, efectúa una remisión normativa general al régimen de los representantes en todo lo no previsto por el proyecto. Todo lo cual, resulta plenamente compatible con el principio de igualdad y por lo mismo se declarará exequible.

3.5.2. Tarjetas electorales especiales

No sucede lo mismo con lo dispuesto en el artículo noveno del proyecto, que adopta dos disposiciones: la primera, que los candidatos por las comunidades indígenas y negras aparecerán en una tarjeta electoral de circulación nacional, claramente diferenciados los unos de los otros; y la segunda, que los candidatos de los colombianos residentes en el exterior, aparecerán en una tarjeta especial de circulación exclusiva en los consulados y embajadas colombianos en el resto del mundo.

El artículo 258 de la Carta dispone que las tarjetas electorales suministradas a los votantes deben contar con dos requisitos en cuanto a la identificación de los candidatos que allí aparecen: debe ser clara, y debe efectuarse en igualdad de condiciones. Ya ha dicho la Corte, en la sentencia T-040/98 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), que *«al proceso electoral interesa fundamentalmente establecer claramente y sin lugar a equívocos la identificación de los candidatos, con miras a asegurar que los electores al ejercer su derecho al sufragio voten por las personas de sus preferencias»*. El inciso primero de la norma reproduce la exigencia constitucional, al prescribir una clara diferenciación entre los candidatos de las comunidades indígenas y los de las comunidades negras; pero en opinión de la Corte, ello no se puede interpretar de tal forma que dichos candidatos deban aparecer en una tarjeta electoral especial, distinta de la general que se habrá de entregar a los votantes de cada circunscripción territorial; ello constituiría una diferencia de trato difícilmente justificable en términos constitucionales respecto de los demás candidatos. Por lo mismo, se condicionará la exequibilidad de tal inciso en el sentido de que la tarjeta electoral a la que hace referencia, será la misma tarjeta en la que aparezcan los demás candidatos a la Cámara en cada una de las circunscripciones territoriales, y que en ella deberán aparecer claramente identificados como candidatos por las respectivas circunscripciones.

El inciso segundo, por su parte, es abiertamente inconstitucional, ya que es una consecuencia directa de la disposición según la cual la posibilidad de votar por los candidatos de los colombianos residentes en el exterior, solo está abierta a quienes se encuentren por fuera del territorio nacional, limitación que, como ya se vio, es inaceptable. Por lo mismo, habrá de declararse inexecutable, y se complementará el condicionamiento a la constitucionalidad del primer inciso, de tal forma que se

entienda que los candidatos de los colombianos residentes en el exterior que participen por esta circunscripción, también deberán ser incluidos, debidamente identificados, en la tarjeta electoral general que reciba la ciudadanía en las votaciones para la Cámara de Representantes.

3.5.3. Vigencia

La constitucionalidad del último artículo del proyecto no se discute, ya que corresponde a la discrecionalidad del legislador el determinar cuándo entrarán en vigencia las leyes por él mismo expedidas.

VI. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. Declarar EXEQUIBLES:

- a. El artículo 1, bajo el entendido de que las comunidades raizales del archipiélago de San Andrés y Providencia se entenderán incluidas, para todos los efectos de la presente ley, dentro de las comunidades negras.
- b. Los artículos 2 y 3.
- c. El artículo 4, condicionado a que se entienda que también pueden acceder a la curul para las minorías políticas los candidatos que, llenando los requisitos allí establecidos, se hayan presentado con el respaldo de movimientos sociales o grupos significativos de ciudadanos, y no solo los de movimientos o partidos políticos.
- d. El primer inciso del artículo 5, condicionado a que se entienda que lo allí dispuesto no excluye: a) la conformación de partidos o movimientos políticos propios por parte de los ciudadanos colombianos residentes en el exterior, que puedan otorgar el aval correspondiente; b) la posibilidad de que se presenten a las elecciones respaldados por movimientos sociales o grupos significativos de ciudadanos.
- e. Los artículos 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13 y 14.
- f. El primer inciso del artículo 9, siempre y cuando se entienda que la tarjeta electoral a la que hace referencia, será la misma tarjeta en la que aparezcan los demás candidatos a la Cámara en cada una de las circunscripciones territoriales, y que en ella, deberán aparecer claramente identificados como candidatos por circunscripción especial, los aspirantes de las comunidades indígenas, las comunidades negras, y los colombianos residentes en el exterior.

Segundo. Declarar INEXEQUIBLES:

- a. El segundo inciso y el parágrafo del artículo 5.
- b. El segundo inciso del artículo 9.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

FABIO MORÓN DÍAZ

Presidente

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

Magistrado

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

11. SENTENCIA C-615 DE 2009 (“Caso Plan Básico Wayúu”)

SENTENCIA C-615/09

Referencia: expediente LAT-335

Revisión automática del «*Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela*», firmado en Caracas el tres (3) de mayo de 1990, así como de la Ley 1214 de 2008, mediante la cual fue aprobado.

Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D.C., dos (2) de septiembre de dos mil nueve (2009)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión automática del «*Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayuu de la República de Colombia y de la República de Venezuela*», firmado en Caracas el tres (3) de mayo de 1990, así como de la Ley 1214 de 2008, mediante la cual fue aprobado.

I. ANTECEDENTES

Mediante oficio recibido el día 23 de julio de 2008, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, remitió a esta Corporación copia auténtica del «*Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayuu de la República de Colombia y de la República de Venezuela*», firmado en Caracas el tres (3) de mayo de 1990, así como de la Ley 1214 de 2008, mediante la cual fue aprobado, para que de conformidad con lo previsto en el artículo 241, numeral 10 de la Constitución, la Corte decida sobre la exequibilidad del tratado internacional y su ley aprobatoria.

Mediante Auto del 28 de agosto de 2008, el Magistrado Sustanciador avocó el conocimiento del proceso de la referencia. Con el fin de contar con los elementos de juicio necesarios para proferir una decisión de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 241 superior, dispuso la práctica de pruebas en relación con los antecedentes legislativos. Recibidas estas, dictó auto de continuación de trámite y ordenó dar

cumplimiento a lo dispuesto en los numerales cuarto y siguientes del auto del 28 de agosto de 2008.

Cumplidos los trámites propios de esta clase de procesos y previo el concepto del Procurador General de la Nación, procede la Corte a decidir acerca del asunto de la referencia.

II. LEY APROBATORIA Y TRATADO INTERNACIONAL SOMETIDOS AL EXAMEN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

A continuación se transcribe el texto de la ley enviada para revisión, de conformidad con su publicación en el Diario Oficial número 47.052 del 16 de julio de 2008.

LEY 1214 DE 2008

(julio 16)

Acuerdo para el desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela.

El Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Venezuela. Considerando, la Declaración de Ureña, firmada por los Presidentes de ambos Estados, el día 28 de marzo de 1989 en el Puente Internacional General Francisco de Paula Santander;

Considerando, las conclusiones de la reunión de la Comisión Binacional de Integración Fronteriza colombo-venezolana; celebrada en Maracaibo los días 25 y 26 de agosto de 1989 y ratificadas en la reunión celebrada en Cúcuta los días 29 y 30 de septiembre de 1989;

Considerando, la declaración firmada por los Presidentes de Colombia Virgilio Barco y de Venezuela Carlos Andrés Pérez, en el Puente Internacional General Francisco de Paula Santander el 5 de octubre de 1989.

Han convenido en lo siguiente:

Artículo 1

Las Partes se comprometen a colaborar en el desarrollo conjunto de planes, programas y proyectos tendientes a mejorar las condiciones de vida de sus respectivas poblaciones indígenas Wayúu ubicadas en las zonas adyacentes a las fronteras de la República de Venezuela y de la República de Colombia en atención a las necesidades de dichas poblaciones.

Artículo 2

Serán órganos de ejecución del presente Acuerdo, por parte de la República de Venezuela, la Corporación de Desarrollo de la Región Zuliana, Corpozulia, y por parte de la República de Colombia la Corporación Autónoma Regional de La Guajira, Corpoguajira.

Artículo 3

Las partes coordinarán las obras y acciones necesarias entre las entidades competentes de cada una de ellas a fin de hacer posible la elaboración y ejecución de proyectos binacionales para el desarrollo de las comunidades indígenas Wayúu de cada una de las Partes.

Artículo 4

Para el logro de los objetivos generales del Acuerdo, las Partes desarrollarán las acciones siguientes:

1. Realizar un censo simultáneo de sus respectivos nacionales indígenas Wayúu, domiciliados en las zonas adyacentes a las fronteras de cada país.
2. Elaborar un estudio para determinar el establecimiento de un medio de identificación que permita a los nacionales indígenas de cada Parte Contratante el libre tránsito a través de las fronteras de ambos Estados.
3. Elaborar un estudio que conduzca al fortalecimiento de la educación intercultural bilingüe. Este estudio contemplará, principalmente, aspectos como la capacitación de docentes, la investigación etnocultural, la provisión de becas para estudios de educación técnica y superior, de nivelación para su ingreso a la universidad y dotación de escuelas a estudiantes indígenas Wayúu de ambas Partes.
4. Elaborar conjuntamente un plan para el aprovechamiento de los recursos hídricos de La Guajira, con el fin de buscar soluciones al problema de suministro de agua a la población indígena Wayúu de ambas Partes contemplando diferentes alternativas tales como jagüeyes, molinos de viento, pozos profundos y/o superficiales, pozos anillados, etc.
5. Estudiar la posibilidad de establecer una estación binacional para investigación y aprovechamiento de las zonas áridas y semiáridas con el fin de determinar los bienes y servicios que estos ecosistemas pueden aportar al desarrollo de las comunidades rurales ubicadas en ellos, y para práctica de algunas actividades como la capricultura, cunicultura, agricultura, apicultura, piscicultura y pesca.
6. Encomendar a Corpozulia y a Corpogujaira la elaboración, en coordinación y con la asesoría de las entidades del ramo en cada Parte, de un estudio para establecer el uso común de los servicios hospitalarios y de centros y puestos de salud, en la zona fronteriza habitada por la población indígena Wayúu de cada Parte-Contratante, realizar conjuntamente campañas sanitarias y de control epidemiológico en dicha zona, así como propiciar que los estudiantes del último año de medicina de ambos países, realicen su internado y año rural en la zona común de la frontera Colombo-Venezolana.
7. Promover la investigación sobre la problemática de la población indígena Wayúu de ambas Partes, en los Centros superiores de educación, que permita a los estudiantes aplicarlos en proyectos concretos que mejoren el nivel de vida de los habitantes de esa zona adyacente a las fronteras de ambos Estados.

8. Estudiar conjuntamente la posibilidad de establecer un régimen especial para que los productos que conforman la alimentación básica del grupo familiar queden liberados de gravámenes y formalidades arancelarias.

Artículo 5

Las Partes podrán convenir la inclusión de cualquier otra actividad que consideren necesaria para el logro de los objetivos del presente Acuerdo.

Artículo 6

Las Partes definirán conjuntamente los mecanismos de financiamiento para cubrir los gastos de ejecución de este Acuerdo, a través de Corpozulia y Corpoguajira.

Artículo 7

Corpozulia y Corpoguajira elaborarán un Plan Anual de Operaciones que concrete el presente Acuerdo.

El Plan Anual de Operaciones incluirá los términos de referencia de las acciones previstas en este Acuerdo o de las que se incluyan posteriormente, especificando objetivos, cronogramas de trabajo indicando fecha de iniciación y terminación, cantidad y características de los recursos programados y la contribución de las Partes.

Artículo 8

Los representantes de Corpozulia y Corpoguajira se reunirán regularmente, por lo menos dos veces al año, para elaborar el Plan Anual de Operaciones, evaluar las actividades realizadas y hacer los ajustes que consideren necesarios al Plan de Operaciones y proponer si fuere el caso, modificaciones al presente Acuerdo.

Artículo 9

Corpozulia y Corpoguajira contarán con el apoyo técnico de las entidades competentes en cada país, para estructurar, ejecutar y evaluar las actividades que se estipulen en los planes, programas y proyectos a desarrollar.

Artículo 10

El presente Acuerdo entrará en vigor en la fecha en que las Partes se notifiquen por escrito haber cumplido con los requisitos exigidos por sus respectivas legislaciones internas para su aprobación. Tendrá una duración de cuatro (4) años, prorrogables por períodos iguales y podrá ser denunciado en cualquier momento, por cualquiera de las Partes mediante notificación escrita a la otra Parte, con sesenta (60) días de anticipación.

Firmado en Caracas a los tres (3) días del mes de mayo de mil novecientos noventa, en dos (2) ejemplares en español, igualmente auténticos.

Por la República de Colombia,

Francisco Javier Daza Tovar
Presidente Junta Directiva
Corporación Autónoma Regional de La Guajira.

Por la República de Venezuela,

Ezio Rinaldi,
Presidente
Corporación de Desarrollo de la Región Zuliana.

RAMA EJECUTIVA DEL PODER PÚBLICO

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., 20 de junio de 2003.

Aprobado. Sométase a la consideración del honorable Congreso Nacional para los efectos constitucionales

(Fdo.) ÁLVARO URIBE VÉLEZ

La Ministra de Relaciones Exteriores,

(Fdo.) *Carolina Barco Isakson.*

DECRETA:

Artículo 1°. Apruébase el «*Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela*», firmado en Caracas a los tres (3) días del mes de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Artículo 2°. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 7ª de 1944, el «*Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela*», firmado en Caracas a los tres (3) días del mes de mayo de mil novecientos noventa (1990), que por el artículo 1° de esta ley se aprueba, obligará al país a partir de la fecha en que se perfeccione el vínculo internacional respecto del mismo.

Artículo 3°. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación.

Dada en Bogotá, D. C., a los

Presentado al honorable Congreso de la República por el Ministro del Interior y de Justicia y el Ministro de Relaciones Exteriores.

Ministro del Interior y de Justicia,

Carlos Holguín Sardi.

Ministro de Relaciones Exteriores,

Fernando Araújo Perdomo.

III. INTERVENCIONES

1. Universidad del Magdalena

La Directora del Programa de Antropología de la Universidad del Magdalena interviene en el proceso de la referencia a efectos de suministrarle a la Corte algunos elementos de juicio sobre el convenio internacional sometido a su control.

Señala que es de carácter prioritario el desarrollo de los puntos que tienen que ver con la atención a la seguridad alimentaria de los Wayúu, pues históricamente se ha visto afectada, *«pues el pastoreo es una actividad tradicional, no asegura una alimentación variada. Por otra parte, la actividad comercial que este pueblo venía realizando desde épocas coloniales se ha visto afectada, lo que repercute notoriamente en el acceso a los recursos económicos y por lo tanto alimentarios»*.

Indica que, en materia de salud, la medicina tradicional indígena se ha visto afectada por el ejercicio de la medicina occidental, *«lo que ha afectado un sistema de organización social y cultural»*.

Explica igualmente que uno de los problemas fundamentales de La Guajira es el acceso al agua potable, y en tal sentido, los planes hídricos deben realizarse de acuerdo con la concertación con los pueblos indígenas y teniendo en cuenta que el medio ambiente no se vea afectado.

Así mismo, señala que es fundamental que el sistema educativo no busque como único fin la inclusión de los indígenas dentro de un sistema de salarios, *«sino que este sistema educativo sea una herramienta para que el pueblo Wayúu sea promotor de sus propias formas de subsistencia y desarrollo en el territorio ancestral»*.

IV. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

En ejercicio de las competencias previstas en los artículos 242.2 y 278 del texto constitucional, el Procurador General de la Nación presentó concepto núm. 4771 dentro del trámite de la referencia, en el cual solicita declarar inexecutable Ley 1214 de 2008, aprobatoria del Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela, firmado en Caracas, el 3 de mayo de 1990.

En cuanto al trámite del proyecto de ley aprobatoria, la Vista Fiscal considera que se incurrió en un vicio de procedimiento durante la aprobación de la ley en la Comisión Segunda del Senado de la República, consistente en lo siguiente:

«En la sesión del 27 de noviembre de 2007 tampoco se realizó la discusión y aprobación del Proyecto de Ley, pero fue anunciado nuevamente, el 28 de noviembre de 2007 tal como consta en el Acta No. 14 de la misma fecha, publicada en la Gaceta del Congreso No. 176 del 24 de abril de 2008, en la que se lee: «Anuncio de discusión y votación de los proyectos de ley (...)» Proyecto de ley 142 de 2007 Senado». (...) Y al final se indica: «Cita para mañana 29 de noviembre a las 9:00 a. m. y se les agradece a todos por la participación», (pág. 26 y 27 de la Gaceta).

En la sesión del 29 de noviembre de 2007 tampoco se realizó la discusión y aprobación del Proyecto de Ley. Solamente se encuentra en el expediente una constancia remitida en fax por parte del Secretario de la Comisión Segunda del Senado a la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Constitucionales, donde aparece que en esta fecha mediante un formato de entrega de documentos para los Senadores de la Comisión Segunda, fueron citados a sesiones conforme aparece en el «Asunto: Convocatorias sesiones martes 4, miércoles 5 y jueves 6 de diciembre de 2007», y «fecha de entrega: Noviembre 29 de 2007», sin que se encuentre publicación alguna que pruebe otro anuncio de discusión y aprobación.

Finalmente el proyecto fue debatido y aprobado el 4 de diciembre de 2007, según consta en Acta No. 15, publicada en la Gaceta del Congreso 177 del 24 de abril de 2008. En oficio de 10 de septiembre de 2008, dirigido a la Secretaria General de la Corte Constitucional, el Secretario General de la Comisión Segunda del Senado afirmó que el proyecto se discutió y aprobó con un quórum deliberatorio y decisorio «integrado por diez (10) de los trece (13) H. Senadores que conforman la Comisión Segunda del Senado, según consta en el Acta No. 15 del 4 de diciembre de 2007»

Sobre este punto la Procuraduría observa, que el trámite legislativo surtido en la Comisión Segunda del Senado no cumplió la exigencia constitucional prevista en el Acto Legislativo 01 de 2003, artículo 8, por cuanto, la aprobación del proyecto en primer debate del Senado, pese a las sucesivas prórrogas, no se realizó de conformidad con el mandato constitucional aludido, y a la jurisprudencia que lo ha reiterado, pues se presentó un rompimiento en la cadena de anuncios¹.

Como se hizo mención anteriormente el anuncio de la discusión y aprobación del proyecto de ley en referencia, fue realizado en varias sesiones sucesivas (7, 13, 14, 20, 21, 27 de noviembre de 2007); sin embargo, dicho proyecto no fue efectivamente debatido y votado en ninguna de estas fechas en que se anunció, siendo finalmente debatido y aprobado el proyecto con la mayoría reglamentaria el 4 de diciembre de 2007, sin que hubiera habido en este caso un anuncio previo a partir del cual pueda entenderse cumplido el requisito constitucional establecido en el inciso 5 del artículo 160 Superior, adicionado por el artículo 8° del Acto Legislativo 01 de 2003, según el cual «ningún proyecto de ley será sometido a votación en sesión diferente a aquella que previamente se haya anunciado. El aviso de que un proyecto será sometido a votación lo dará la presidencia de cada cámara o comisión en sesión distinta a aquella en la cual se realizará la votación».

Tal circunstancia es reconocida por el Secretario General de la Comisión Segunda del Senado de la República, quien hizo llegar a la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Constitucionales un fax de dos constancias que

¹ Sentencia C-927 de 2007.

señalan la entrega del orden del día y la citación a sesión para debatir los proyectos de ley.

Es del caso señalar que si bien entre la fecha en que se hizo el último de los anuncios a que se hace referencia (noviembre 27 de 2007) para la sesión del 29 de noviembre de 2007 y aquella en que tuvo lugar la efectiva votación del proyecto de ley (diciembre 4 de 2007) no se pudo realizar más anuncios ni más sesiones, razón por la cual no es posible determinar el cumplimiento de dicha exigencia constitucional (negrillas originales).

Así las cosas, en pocas palabras, la Vista Fiscal considera que se incurrió en un vicio de procedimiento durante el trámite del proyecto de ley en la Comisión Segunda del Senado de la República, consistente en que el anuncio para votación, «*para la próxima sesión*», tuvo lugar el día 28 de noviembre de 2007, pero aquella fue llevada a cabo el día 4 de diciembre del mismo año y no el 29 de noviembre.

Por otra parte, considera el Señor Procurador que se incurrió en un segundo vicio de procedimiento, consistente en no haber llevado a cabo la consulta previa a los pueblos indígenas, en los términos del Convenio 169 de la OIT.

V. DECRETO Y PRÁCTICA DE PRUEBAS

El Magistrado Sustanciador, mediante auto del 17 de junio de 2009 dispuso lo siguiente:

- «1. **ORDENAR** que por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional se oficie al Señor Secretario de la Comisión Segunda del Senado de la República, a efectos de que dentro de los dos (2) días siguientes a la recepción de la respectiva comunicación informe al despacho lo siguiente:
 - a. Si la Comisión Segunda del Senado de la República sesionó el día 29 de noviembre de 2009, y en caso afirmativo, aporte la correspondiente acta contentiva del anuncio previo a votación.
 - b. Aporte copia del documento remitido a la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Constitucionales, contentivo de un «*formato de entrega de documentos para los Senadores de la Comisión Segunda según el cual fueron citados a sesiones conforme a aparece en el «Asunto: convocatorias sesiones martes 4»*».
2. **ORDENAR** que por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional se oficie al Señor Ministro del Interior y de Justicia, a efectos de que dentro de los dos (2) días siguientes a la recepción de la respectiva comunicación informe al despacho lo siguiente:
 - a. Si las poblaciones indígenas Wayúu fueron previamente consultadas respecto al trámite de la Ley 1214 de 2008, aprobatoria del «*Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela*».

- b. En caso afirmativo, aporte los correspondientes soportes de la consulta previa, precisando con detalle, (i) mecanismo de convocatoria; (ii) fecha de su realización y (iii) resultados de aquella.

En cumplimiento del anterior auto, la Coordinadora del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia, de conformidad con oficio recibido en la Secretaría General de la Corte el 25 de junio de 2009, certificó lo siguiente:

«No se encuentra en nuestra base de datos información sobre proceso de consulta previa alguno que se haya realizado con el pueblo Wayúu **durante el trámite de la Ley 1214 de 2008**, aprobatoria del «Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela», firmado en Caracas a los tres (3) días del mes de mayo de mil novecientos noventa (1990). (negrillas agregadas).

A su vez, el Secretario General de la Comisión Segunda del Senado, mediante oficio recibido el 30 de junio de 2009 en la Secretaría General de la Corte Constitucional certificó que «*La Comisión Segunda del Senado no sesionó el día jueves 29 de noviembre de 2007*». De igual manera, aportó fotocopia del documento remitido a la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Constitucionales, contentivo de un «*formato de entrega de documentos para los Senadores de la Comisión Segunda según el cual fueron citados a sesiones conforme aparece en el asunto: convocatorias sesiones martes 4*».

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. La competencia y el objeto del control

Según lo previsto en el artículo 241 numeral 10 de la Constitución corresponde a la Corte realizar el control automático de constitucionalidad de los tratados internacionales y las leyes que los aprueban. Sobre el particular cabe resaltar que el control confiado a esta Corporación en estos casos es integral, automático y versa tanto sobre el contenido material del instrumento internacional y de su ley aprobatoria, como sobre la concordancia entre su trámite legislativo y las normas constitucionales aplicables.

En relación con el aspecto formal, la Corte ha entendido que se encuentra llamada a examinar la validez de la representación del Estado colombiano durante el proceso de negociación, celebración y suscripción del tratado, al igual que la observancia de las reglas del trámite legislativo que precedieron la aprobación de la ley sujeta a análisis. Sobre el particular, es preciso advertir que el texto constitucional no dispone un procedimiento legislativo especial para la expedición de una ley aprobatoria de un tratado internacional, razón por la cual debe seguir, en términos generales, el mismo trámite de una ley ordinaria. Empero, esta previsión opera salvo las obligaciones de (i) iniciación del debate en el Senado de la República, por tratarse de asuntos relativos a relaciones internacionales (Art. 154 C.N.); y (ii) remisión de la ley aprobada a la Corte Constitucional, por parte del Gobierno, para efectos de su revisión definitiva (Art. 241-10 C.N.).

En tal sentido, en razón del trámite ordinario de la ley, se requiere: (i) el inicio del procedimiento legislativo en la comisión constitucional correspondiente del Senado de la República; (ii) la publicación oficial del proyecto de ley; (iii) la aprobación reglamentaria en los debates de las comisiones y plenarias de cada una de las Cámaras (Art. 157 C.N.); (iv) que entre el primer y segundo debates medie un lapso no inferior a ocho días y que entre la aprobación del proyecto en una de las Cámaras y la iniciación del debate en la otra, transcurran por lo menos quince días (Art. 160 C.P.); (v) la comprobación del anuncio previo a la votación en cada uno de los debates; y (vi) la sanción presidencial y la remisión del texto a la Corte Constitucional dentro de los seis días siguientes, (Art. 241-10 C.P.).

Ahora bien, en cuanto al elemento material del control de constitucionalidad, la labor de la Corte consiste en confrontar las disposiciones del instrumento internacional y, a su vez, las de la ley aprobatoria con la totalidad de los preceptos constitucionales, a fin de determinar si se ajustan o no al Texto Fundamental.

2. Metodología

Dado que en el presente caso, la Corte ya se había pronunciado acerca de algunos aspectos de la ley aprobatoria del tratado internacional, e igualmente, la Vista Fiscal alega la existencia de dos vicios de procedimiento en el trámite de la ley aprobatoria del instrumento internacional, consistentes en (i) eludir el cumplimiento del requisito del anuncio previo al momento de votarse el proyecto de ley en la Comisión II del Senado de la República; y (ii) no haber consultado previamente a las poblaciones indígenas Wayúu, en los términos del Convenio 169 de la OIT, la Corte seguirá en este caso la siguiente metodología (i) analizará el contenido de la Sentencia C- 649 de 2006; (ii) describirá el trámite que surtió la Ley 1214 de 2008 en el Congreso de la República; (iii) examinará la procedencia del requisito de la consulta previa a las comunidades indígenas en lo que atañe a leyes aprobatorias de tratados internacionales; (iv) de ser procedente, verificará el cumplimiento de aquel; y (v) llegado el caso, se pronunciará acerca del cumplimiento de los demás requisitos constitucionales y legales, en especial, el anuncio previo a votación; y (vi) finalmente, de llegar a concluir que no se presentaron vicios de procedimiento, adelantará el examen material del instrumento internacional.

3. Contenido y alcance de la sentencia C-649 de 2006

La Corte en Sentencia C-649 de 2006 decidió «*Declarar INEXEQUIBLE la Ley 992 de 2005 por medio de la cual se aprobó el «Acuerdo para el desarrollo integral y asistencia básica de las poblaciones indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela», firmado en Caracas a los tres (3) días del mes de mayo de mil novecientos noventa (1990)*». Lo anterior por cuanto en el primer debate en la Comisión Segunda del Senado de la República se omitió hacer el aviso previo de la sesión en que se votaría sobre el mismo proyecto, como lo exige el artículo 8 del Acto Legislativo 01 de 2003. A juicio de la Corte, si bien en sesión anterior a la aprobación del proyecto en primer debate se hizo referencia al proyecto de ley, los términos utilizados y el contexto en que se expresó, no permitían inferir el

cumplimiento del mandato constitucional, ni el señalamiento de una fecha cierta o determinable de cuándo se realizaría dicha votación y en consecuencia, existió un vicio de procedimiento insubsanable que condujo a la inconstitucionalidad de la Ley 992 de 2005, aprobatoria de dicho Acuerdo.

Importa igualmente destacar que el texto de la Sentencia C- 649 de 2006 no se hizo referencia alguna a la consulta previa del acuerdo internacional a las poblaciones indígenas Wayúu, bien fuera durante la negociación del mismo, ni al momento de ser sometido el proyecto de ley a la aprobación congresional.

Así las cosas, el trámite de la ley aprobatoria del «Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela», debió realizarse nuevamente en su totalidad en el Congreso de la República, siendo ahora objeto de examen por parte de la Corte.

4. Descripción del trámite congresional que surtió la ley aprobatoria

4.1. Remisión del Acuerdo y su ley aprobatoria

Mediante oficio del 22 de julio de 2008, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República remitió a esta Corporación copia auténtica del «Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela», firmado en Caracas el tres (3) de mayo de 1990, así como de la Ley 1214 de 2008, mediante la cual fue aprobado.

4.2. Negociación y celebración del Tratado. Confirmación ulterior de un acto ejecutado sin autorización

La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados consagra diversas normas consuetudinarias en materia de negociación y adopción de tratados internacionales.

Así pues, como regla general, tanto para la adopción y autenticación del texto, así como para la manifestación del consentimiento, se considera que representan al Estado (i) quienes se encuentren provistos de plenos poderes; o (ii) cuando en la práctica, o de otras circunstancias, se deduzca que los Estados han considerado a determinado funcionario como su representante, sin necesidad de acreditar plenos poderes.

Las reglas específicas, por su parte, prevén que, en virtud de sus funciones, y sin tener que presentar plenos poderes, se consideran facultados (i) al Jefe de Estado, al de Gobierno y al Ministro de Asuntos Exteriores, para todos los actos relativos a la celebración de un tratado; (ii) a los Jefes de Misión Diplomática para la adopción del texto del tratado con el Estado ante el cual se encuentren acreditados; y (iii) a los representantes ante la Conferencia Internacional o ante la Organización Internacional o uno de sus órganos para la adopción del texto de un tratado en dicha Conferencia, Organización u Órgano (art. 7 del Convenio de Viena).

Por último, de manera excepcional, el artículo 8 de la Convención de Viena, permite que lo ejecutado por una persona no autorizada pueda surtir efectos, si posteriormente fuera confirmado por el Estado en cuya representación se había autorizado a actuar. La disposición en mención reza:

«Confirmación ulterior de un acto ejecutado sin autorización. Un acto relativo a la celebración de un tratado ejecutado por una persona que, conforme al artículo 7, no pueda considerarse autorizada para representar con tal fin a un Estado, no surtirá efectos jurídicos a menos que sea ulteriormente confirmado por ese Estado».

En el presente caso, el texto del «Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela», fue suscrito por el entonces Presidente de la Junta Directiva de la Corporación Autónoma Regional de La Guajira, el señor Javier Daza Tovar, funcionario que, de conformidad con las reglas señaladas, no se entiende que representara internacionalmente al Estado colombiano. Tampoco contaba con plenos poderes para negociar el instrumento internacional. De allí que hubiera sido preciso acudir a lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. En efecto, durante el trámite ante la Corte, la Cancillería remitió el siguiente escrito:

«ÁLVARO URIBE VÉLEZ
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA
A TODOS LOS QUE LAS PRESENTES VIEREN
SALUD:

POR CUANTO, se ha de proceder a la refrendación de la FIRMA del «ACUERDO PARA EL DESARROLLO INTEGRAL Y ASISTENCIA BÁSICA DE LAS POBLACIONES INDÍGENAS WAYÚU DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA», firmado en Caracas el 3 de mayo de 1990 por el señor FRANCISCO JAVIER DAZA TOVARA, Presidente de la Junta Directiva de la Corporación Autónoma Regional de La Guajira, de conformidad con el artículo 8 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969, he determinado expedir el presente INSTRUMENTO DE REFRENDACIÓN DE FIRMA, para dicho Acuerdo.

DADO y firmado de mi mano, sellado con el sello de la República y refrendado por el Ministro de Relaciones Exteriores, en la ciudad de Bogotá, D.C., a los VEINTISÉIS (26) días del mes de julio del año dos mil siete (2007).

(firmas)

Puestas así las cosas, la Corte constata que en el presente caso se acudió a la regla exceptiva dispuesta en el artículo 8 de la Convención de Viena de 1969 (conocida como firma ad referendum), motivo por el cual no se presentó vicio alguno en relación con la representación internacional del Estado colombiano.

4.3. Trámite de aprobación de la Ley 1214 de 2008 en el Senado de la República

Con fundamento en los antecedentes legislativos, las actas publicadas en las Gacetas del Congreso de la República y las certificaciones remitidas a la Corte Constitucional por el Senado de la República y la Cámara de Representantes, se pudo verificar que

el trámite surtido en esa Corporación para la expedición de la Ley No. 1214 de 2008, fue el siguiente.

4.3.1. Presentación del proyecto de ley aprobatoria y primer debate en la Comisión Segunda del Senado

El proyecto de ley por medio del cual se aprueba el «*Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela*», firmado en Caracas el tres (3) de mayo de 1990, fue presentado, el día 20 de septiembre de 2007, ante la Comisión Segunda del Senado de la República por los Ministros del Interior y de Justicia, Carlos Holguín Sardí, y de Relaciones Exteriores Fernando Araújo Perdomo.

El respectivo «*Proyecto de ley número 142 de 2007 Senado*», aparece publicado, junto con su correspondiente exposición de motivos, en la **Gaceta del Congreso número 469 de 2007**.

El informe de ponencia para primer debate en la Comisión Segunda del Senado de la República, fue presentado el 30 de octubre de 2007 por el Congresista Jesús Enrique Piñacué Achicué, texto que aparece publicado en la **Gaceta del Congreso número 564 de 2007**.

Según consta en el Acta de Comisión número 09 del 7 de noviembre de 2007, publicada en la **Gaceta del Congreso número 669** del 18 de diciembre de 2007, se anunció la votación del proyecto de ley en los siguientes términos:

**Anuncio de discusión y votación de proyectos de ley
por orden del Presidente de la Comisión Segunda
del Senado de la República,
anuncio de discusión y votación de proyectos de ley para la próxima sesión.
(Artículo 8° del Acto Legislativo número 01 de 2003).**

(...)

- 1. Proyecto de ley número 142 de 2007 Senado**, *por medio de la cual se aprueba el acuerdo para el desarrollo integral y asistencia básica de las poblaciones indígenas Wayúu de la República de Colombia y la República de Venezuela*, firmado en Caracas a los tres (3) días del mes de mayo de mil novecientos noventa (1990).

De conformidad con el Acta núm. 10 del 13 de noviembre de 2007, publicada en la **Gaceta del Congreso número 669 de 2007**, el proyecto de ley fue nuevamente anunciado, de la siguiente manera:

Anuncio de discusión y votación de proyectos de ley por orden del presidente de la Comisión Segunda del Senado de la República, anuncio de discusión y votación de proyectos de ley para la próxima sesión (artículo 8° del Acto Legislativo número 01 de 2003).

- 1. Proyecto de ley número 142 de 2007 Senado**, *por medio de la cual se aprueba el Acuerdo para el desarrollo integral y asistencia básica de las*

poblaciones indígenas Wayúu de la República de Colombia y la República de Venezuela, firmado en Caracas, a los tres (3) días del mes de mayo de mil novecientos noventa (1990).

De manera similar, según consta en el Acta número 11 del 14 de noviembre de 2007, publicada en la **Gaceta del Congreso número 175** del 24 de abril de 2008, el proyecto de ley fue nuevamente anunciado, en los siguientes términos:

**Anuncio de discusión y votación de proyectos de ley
por orden del Presidente de la Comisión Segunda del Senado de la
República, anuncio de discusión y votación de proyectos de ley para la
próxima sesión**

(...)

3. Proyecto de ley número 142 de 2007 Senado, *por medio de la cual se aprueba el Acuerdo para el desarrollo integral y asistencia básica de las poblaciones indígenas Wayúu de la República de Colombia y la República de Venezuela*, firmado en Caracas a los tres (3) días del mes de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Debido a que para la mencionada fecha el proyecto de ley no fue votado, aquel fue nuevamente anunciado durante la sesión de Comisión del 20 de noviembre de 2007, según consta en el Acta número 12, publicada en la Gaceta del Congreso número 175 de 2008:

«Anuncio de discusión y votación de proyectos de ley según orden del Presidente de la Comisión Segunda del Senado de la República **para la próxima sesión** de acuerdo con el artículo 8° del Acto Legislativo número 01 de 2003.

(...)

Proyecto de ley número 142 de 2007 Senado, *por medio de la cual se aprueba el Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y la República de Venezuela*, firmado en Caracas a los tres (3) días del mes de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Una vez más, al no haber sido votado el proyecto de ley en la mencionada sesión de Comisión, de conformidad con el Acta número 13 del 21 de noviembre de 2007, publicada en la **Gaceta del Congreso número 175** de 2008, aquel fue nuevamente anunciado:

«**El señor Secretario:**

Informa a la Presidencia que el siguiente punto es: Anuncio de proyectos de ley: Por orden del Presidente de la Comisión Segunda del Senado de la República, anuncio de discusión y votación de proyectos de ley para **la próxima sesión**, según el artículo 8° del Acto Legislativo número 1 de 2003.

Proyecto de ley número 142 de 2007 Senado, *por medio de la cual se aprueba el Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las*

Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y la República de Venezuela, firmado en Caracas a los 3 días del mes de mayo de 1990.

Así mismo, de conformidad con el Acta núm. 14 del **28 de noviembre** de 2007, publicada en la Gaceta del Congreso número 176 del 24 de abril de 2008, el proyecto de ley fue nuevamente anunciado, en los siguientes términos:

«Anuncio de proyectos de ley.

El señor Secretario, Felipe Ortiz Marulanda, da lectura: Anuncio de discusión y votación de proyectos de ley por orden del Presidente de la Comisión Segunda del Senado de la República, **para la próxima sesión**, según el artículo 8° del Acto Legislativo número 01 de 2003:

Proyecto de ley número 142 de 2007 Senado, por medio de la cual se aprueba el acuerdo para el desarrollo integral y asistencia básica de las poblaciones indígenas Wayúu de la República de Colombia y la República de Venezuela, firmado en Caracas a los tres (3) días del mes de mayo de mil novecientos noventa (1990).

A su vez, el Secretario General de la Comisión Segunda del Senado, mediante oficio recibido el 30 de junio de 2009 en la Secretaría General de la Corte Constitucional certificó que «*La Comisión Segunda del Senado no sesionó el día jueves 29 de noviembre de 2007*».

Finalmente, el proyecto de ley fue discutido y aprobado el día 4 de diciembre de 2007, es decir, en la siguiente sesión, según consta en el Acta número 15, publicada en la **Gaceta del Congreso número 177** de 2008:

El Secretario da lectura título del proyecto:

Por medio de la cual se aprueba el acuerdo para el desarrollo integral de asistencia básica de las poblaciones indígenas Wayúu de la República de Colombia y la República de Venezuela firmado en Caracas a los 3 días del mes de mayo de 1990.

El señor Presidente, somete a consideración el título del proyecto.

¿Aprueba la comisión el título?

El señor Secretario responde que ha sido aprobado el título del proyecto.

El señor Presidente pregunta a los Senadores de la comisión si quiere que este proyecto tenga segundo debate y se convierta en ley de la República.

El Secretario informa a la presidencia que sí lo quiere la comisión.

El Presidente nombra como ponente para segundo debate en la plenaria del Senado al Senador Jesús Enrique Piñacué.

En cuanto a los quórum deliberatorio, decisorio y votación del proyecto de ley, Felipe Ortiz M., Secretario General a la Comisión Segunda del Senado de la República, certificó lo siguiente:

«**QUÓRUM DELIBERATORIO Y DECISORIO.** Integrado por diez (10) de los trece (13) H. Senadores que conforman la Comisión Segunda del Senado, según consta en el Acta número 15 del 04 de diciembre de 2007, publicada en la Gaceta número 177 del 24 de abril de 2008».

El texto definitivo aprobado en primer debate por parte de la Comisión Segunda Constitucional Permanente fue publicado en la **Gaceta del Congreso número 635 de 2007.**

Así las cosas, la Corte concluye que no se presentó vicio relativo al requisito establecido en el artículo 160 constitucional durante el trámite del proyecto de ley en la Comisión II del Senado de la República. En efecto, si bien se presentaron varios anuncios, el último de ellos tuvo lugar el día 28 de noviembre de 2007 (Acta número 14), habiendo sido la «*próxima sesión*», el 4 de diciembre del mismo año (Acta número 15).

4.3.2. Trámite en la Plenaria del Senado

La ponencia para segundo debate del «*Proyecto de Ley número 142 de 2007 Senado*», fue presentada por el Senador Jesús Enrique Piñacué Achicué, habiendo sido publicada en la **Gaceta del Congreso número 635** del 6 de diciembre de 2007.

En la **Gaceta del Congreso No. 60** del 26 de febrero de 2008, contentiva del Acta de sesión Plenaria núm. 28 del día miércoles 12 de diciembre de 2007, aparece publicado el texto del anuncio para votación en Plenaria, en los siguientes términos:

Por Secretaría se informa lo siguiente:

La Secretaría informa que en este proyecto hay un impedimento del doctor Jorge Visbal que fue aceptado y no se encontraba en el Recinto el doctor Visbal.

Por instrucciones de la Presidencia y de conformidad con el Acto Legislativo número 01 de 2003, la Secretaría **anuncia los proyectos que se discutirán y aprobarán en la próxima sesión.**

(...)

Proyecto de ley número 142 de 2007 Senado, por medio de la cual se aprueba el acuerdo para el desarrollo integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela, firmado en Caracas a los tres días del mes de mayo de mil novecientos noventa.

(...)

Negocios Sustanciados por la Presidencia

Siendo las 8:45 p. m., la Presidencia levanta la sesión y **convoca para el día jueves 13 de diciembre de 2007**, a las 11:00 a. m.

Durante la Sesión Plenaria núm. 29 del día jueves 13 de diciembre de 2007, la cual aparece publicada en la **Gaceta del Congreso número 61** del 26 de febrero de

2008, fue aprobado el proyecto de ley sometido al examen de la Corte. El texto de la aprobación es el siguiente:

«Se abre segundo debate

Por solicitud del honorable Senador Jesús Enrique Piñacué Achicué, la Presidencia somete a consideración de la plenaria omitir la lectura del articulado y, cerrada su discusión, esta le imparte su aprobación.

La Presidencia somete a consideración de la plenaria el articulado del proyecto, y cerrada su discusión pregunta: ¿Adopta la plenaria el articulado propuesto? Y esta responde afirmativamente.

La Presidencia indica a la Secretaría dar lectura al título del proyecto.

Por Secretaría se da lectura al título del Proyecto de ley número 142 de 2007 Senado.

por medio de la cual se aprueba el Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela, firmado en Caracas a los tres (3) días del mes de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Leído este, la Presidencia lo somete a consideración de la plenaria, y cerrada su discusión pregunta: ¿Aprueban los miembros de la Corporación el título leído? Y estos le imparten su aprobación.

Cumplidos los trámites constitucionales, legales y reglamentarios, la Presidencia pregunta: ¿Quieren los Senadores presentes que el proyecto de ley aprobado sea ley de la República? Y estos responden afirmativamente.

En cuanto a la votación, el Secretario General del Senado certificó lo siguiente:

«La votación fue de 94 honorables senadores que aparecen registrados según el acta, no hubo solicitud de verificación de quórum, ni de votación nominal, ni constancia de voto negativo».

Puestas así las cosas, la Corte concluye que no se presentó vicio alguno de procedimiento durante la aprobación del tratado internacional por la Plenaria del Senado de la República, por cuanto el proyecto de ley fue anunciado el día 12 de diciembre de 2007, para ser votado «*la próxima sesión*», la cual tuvo lugar al día siguiente.

4.3.3. Trámite en la Comisión Segunda de la Cámara de Representantes

Radicado el Proyecto de ley en la Cámara de Representantes con el número 220 Cámara, se le repartió a la Comisión Segunda Constitucional Permanente, siendo designado como ponente Wílmer David González Britto. El informe de ponencia fue publicado en la **Gaceta del Congreso número 263** del 19 de mayo de 2008.

En el Acta de Comisión Segunda Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes número 29, fechada el día 27 de mayo de 2008 y publicada en la **Gaceta del Congreso número 594** del miércoles 3 de septiembre de 2008, se realizó el anuncio correspondiente en los siguientes términos:

«Hace uso de la palabra la Secretaria General, doctora Pilar Rodríguez Arias:

Sí señor Presidente.

Anuncios de proyectos de ley para aprobación en primer debate, dándose cumplimiento así a lo determinado en el artículo 8° del Acto Legislativo número 1 de 2003. Los anuncios que voy a realizar de los proyectos de ley **serán para ser discutidos y votados en la sesión de mañana miércoles a las 10:00** de la mañana, según lo ordenado por el Presidente.

En el Acta número 30 del día **miércoles 28 de mayo 2008**, publicada en la **Gaceta del Congreso número 594** del miércoles 3 de septiembre de 2008, aparece la aprobación del proyecto en los siguientes términos:

«Hace uso de la palabra la Secretaria de la Comisión, doctora Pilar Rodríguez Arias:

Por medio de la cual se aprueba el Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las poblaciones indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela, firmado en Caracas a los tres (3) días del mes de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Leído el título del proyecto señor Presidente.

Hace uso de la palabra el Presidente de la Comisión, honorable Representante Augusto Posada Sánchez:

En consideración el título del proyecto, anuncio que va a cerrarse, ¿aprueban los honorables miembros el título leído?

Hace uso de la palabra la Secretaria de la Comisión, doctora Pilar Rodríguez Arias:

Ha sido aprobado el título leído, señor Presidente.

Hace uso de la palabra el Presidente de la Comisión, honorable Representante Augusto Posada Sánchez:

¿Quieren los honorables miembros de esta Comisión que el proyecto de ley sea ley de la República?

Hace uso de la palabra la Secretaria de la Comisión, doctora Pilar Rodríguez Arias:

Sí lo quiere señor Presidente.

Hace uso de la palabra el Presidente de la Comisión, honorable Representante Augusto Posada Sánchez:

Se designa al doctor Wílmer González como ponente para segundo debate en Plenaria de Cámara. Próximo proyecto del Orden del Día.

En cuanto al quórum y votación del proyecto de ley, la Secretaria General de la Cámara de Representantes, en certificación recibida el día 10 de septiembre de 2008 en la Secretaría General de la Corte Constitucional, afirma lo siguiente:

«Que en sesión del día 28 de mayo del 2008 con la asistencia de 15 Honorables Representantes se dio primer debate y se aprobó por unanimidad el Proyecto de ley número 142 de 2007 Senado 220 de 2008 Cámara, Por medio de la cual se aprueba el *Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela*, firmado en Caracas el tres (3) de mayo de 1990».

Concluye la Corte que durante el trámite que surtió la ley aprobatoria en la Comisión II de la Cámara de Representantes tampoco se presentó vicio alguno de procedimiento, por cuanto el proyecto de ley fue anunciado el día 27 de mayo de 2008 para ser aprobado «*en la sesión de mañana miércoles a las 10:00*», lo cual efectivamente sucedió.

4.3.4. Trámite en la Plenaria de la Cámara de Representantes

El informe de ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes fue presentado el día 5 de junio de 2008 por el Congresista Wílder David González Brito, texto que aparece publicado en la **Gaceta del Congreso número 333** del 9 de junio de 2008.

En el Acta número 117 de junio 11 de 2008 de la Sesión Plenaria, la cual aparece publicada en la **Gaceta del Congreso número 422 de 2008**, se verifica lo siguiente respecto del anuncio:

«Subsecretaria General (e.) Doctora Flor Marina Daza Ramírez:

Sí señor Presidente.

Se anuncian los proyectos de acuerdo con el Acto Legislativo número 01 del 3 de julio de 2003 en su artículo 8°. Se anuncian los siguientes proyectos **para la sesión Plenaria del día martes 17 de junio a las 3 de la tarde** o para la sesión donde se debata proyectos de ley o actos legislativos para la siguiente sesión.

De conformidad con el Acta de Plenaria número 118 de la sesión ordinaria del día **martes 17 de junio de 2008**, la cual aparece publicada en la Gaceta del Congreso número 423 de 2008, fue aprobado el proyecto de ley.

En lo que concierne al quórum y votación del proyecto de ley, el Secretario General de la Cámara de Representantes certificó lo siguiente:

«Que en sesión Plenaria de la honorable Cámara de Representantes del día 17 de junio de 2008, a la cual se hicieron presentes ciento cincuenta y seis (156) Honorables Representantes, fue considerado y aprobado por mayoría de los presentes en votación ordinaria, la Ponencia para segundo debate, el título y el articulado del Proyecto de ley número 220/08 Cámara – 142/07 Senado «**POR MEDIO DE LA CUAL SE APRUEBA EL ACUERDO PARA EL DESARROLLO INTEGRAL Y ASISTENCIA BÁSICA DE LAS POBLACIONES INDÍGENAS WAYÚU DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA**», FIRMADO EN CARACAS EL TRES (3) DE MAYO DE 1990".

El texto definitivo aprobado en segundo debate por parte de la plenaria de la Cámara de Representantes fue publicado en la **Gaceta del Congreso núm. 391 de 2008**.

Ahora bien, la Corte constató igualmente que entre el primer y segundo debates medió un lapso no inferior a ocho días. En efecto, mientras que en Senado fue aprobado el día 13 de diciembre de 2007, en la Comisión II de la Cámara de Representantes lo fue el 19 de mayo de 2008. De igual manera, entre la aprobación del proyecto en una de las Cámaras y la iniciación del debate en la otra, transcurrieron igualmente por lo menos quince días.

Así las cosas, la Corte constató la inexistencia de vicio alguno de procedimiento durante la aprobación del proyecto de ley aprobatoria en la Plenaria de la Cámara de Representantes. En efecto, el proyecto fue anunciado el 11 de junio de 2008, para ser votado durante «*la sesión Plenaria del día martes 17 de junio a las 3 de la tarde*», lo cual efectivamente sucedió.

La Ley 1214 de 2008 fue publicada en el Diario Oficial número 47.052 del 16 de julio de 2008. El Presidente de la República remitió a la Corte Constitucional, el 22 de julio de 2008, los textos de la ley aprobatoria y del tratado internacional para su revisión.

Ahora bien, una vez ha sido concluida la presentación del trámite legislativo de aprobación ofrecido al proyecto de ley, es preciso examinar el tema de la consulta previa a las comunidades indígenas.

5. Procedencia del requisito de la consulta previa a las comunidades indígenas en lo que atañe a leyes aprobatorias de tratados internacionales

5.1. Estado de cosas vigente bajo la Constitución de 1886

Bajo la anterior Constitución, no existió un reconocimiento del carácter multiétnico de la nación colombiana. De igual manera, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no eran considerados como parámetros para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes ni de los decretos legislativos, motivo por el cual aquellos derechos subjetivos reconocidos a los individuos o a las minorías étnicas, mediante tratados internacionales, no se encontraban plenamente garantizados en el ordenamiento jurídico interno.

En tal sentido, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 10 de diciembre de 1981, al momento de examinar la constitucionalidad de un decreto legislativo frente al Convenio 87 de la OIT, consideró que «*en los procesos de inxequibilidad, la confrontación de las normas acusadas para calificar su validez sólo puede ser hecha con disposiciones de la Carta Constitucional y nunca con normas de derecho internacional*». En apoyo de este aserto se invocaba la incompetencia de los tribunales internos para interpretar normas internacionales².

² Ver por ejemplo, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia del 10 de diciembre de 1981, control de constitucionalidad automático del Decreto Legislativo 2932 del 19 de octubre de 1981, Gaceta Judicial, 1981, p. 509.

Aunado a lo anterior, la Constitución de 1886 adoptó un *modelo dualista puro*, con lo cual, las normas internacionales debían ser necesariamente transformadas en disposiciones de derecho interno para poder ser aplicadas, por cuanto se entendía que los derechos interno e internacional presentaban enormes diferencias en cuanto a sus modos de producción normativa, sujetos destinatarios y sanciones.

Puestas así las cosas, bajo la anterior Carta Política, no bastaba con tramitar una ley aprobatoria de un tratado internacional para que este pudiese ser invocado ante los jueces y la administración; se precisaba que, adicionalmente, la norma internacional se transformara en verdadero derecho interno, es decir, se requería que aquella fuese reproducida en el texto de una ley ordinaria, distinta y complementaria de la ley aprobatoria. La Corte Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto en sentencia C- 401 de 2004, en los siguientes términos:

«No ofrece ninguna duda que todos los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia fueron integrados a la legislación interna, por disposición expresa del inciso cuarto del artículo 53 de la Constitución. Esto significa que, de manera general, todos estos convenios adquieren el carácter de normas jurídicas obligatorias en el derecho interno por el solo hecho de su ratificación, sin que sea necesario que se dicten nuevas leyes para incorporar su contenido específico en el ordenamiento jurídico del país o para desarrollarlo (negrillas agregadas).

En otras palabras, la Corte señala que el propósito del artículo 53 Superior consistió precisamente en revertir la clásica tesis *dualista*, según la cual los Convenios de la OIT, ratificados por Colombia, debía ser desarrollados por una ley interna para poder ser aplicados, ley que por supuesto era adoptada con posterioridad a aquella de aprobación del instrumento internacional por el Congreso de la República, no pudiendo ser confundidas ambas.

Puestas así las cosas, durante la anterior Constitución, los Convenios de la OIT no constituían parámetro alguno para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, ni tampoco incidían en el proceso de formación de aquellas.

En este contexto normativo fue adoptado, mediante Ley 21 del **4 de marzo de 1991**, el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, cuyo artículo 6º reza:

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 (negrillas agregadas).

Así las cosas, a manera de conclusión se puede afirmar que (i) el Convenio 169 de la OIT, adoptado mediante Ley 21 de 1991, debía ser transformado en derecho colombiano interno para poder ser aplicado por las autoridades nacionales; (ii) la jurisprudencia constitucional vigente jamás entendió que los convenios de la OIT constituyesen parámetro alguno para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes en Colombia; (iii) los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no tenían incidencia alguna en el proceso de formación de la ley; y (iv) en consecuencia, no se planteaba el interrogante de determinar si una comunidad indígena debía ser consultada por el Gobierno Nacional antes de someter un instrumento internacional a la aprobación del Congreso de la República, es decir, con posterioridad a su *suscripción* pero antes de su sometimiento a la correspondiente *aprobación congresional*, tomando además en cuenta la inexistencia de un control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales y sus respectivas leyes aprobatorias.

5.2. El nuevo paradigma de las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional y su incidencia en materia de consulta previa a las comunidades indígenas

5.2.1. El paradigma del monismo moderado

La Constitución de 1991 modificó por completo las relaciones entre el derecho internacional y el interno, adoptando un modelo de «*monismo moderado*»³; cambio que por supuesto incide en la comprensión del requisito previo de la consulta a las comunidades indígenas.

En efecto, según un esquema *monista puro*, el derecho internacional se aplicaría directamente en los ordenamientos jurídicos estatales, sin precisar proceso formal alguno de recepción. Por el contrario, un paradigma que podría ser calificado como «*monista moderado*», consiste en admitir que los tratados internacionales deberán ser sometidos a la respectiva aprobación congresional y control de constitucionalidad, pero que una vez ratificados, entrados en vigencia en el orden internacional y publicados en el *Diario Oficial* (Ley 7ª de 1944), la norma internacional resulta

³ Corte Constitucional, sentencia C-400 de 1998.

invocable ante los jueces y administración pública, sin que se precise reproducir su texto en una ley ordinaria, es decir, no se requiere una nueva ley para convertirse en derecho interno.

Con todo, la admisión de la tesis monista moderada no implica negar que, en algunos casos, se precisará expedir una ley ordinaria que permita ejecutar los mandatos contenidos en la disposición internacional, en especial, cuando se esté en presencia de normas *non self executing*, esto es, aquellas que no contienen la suficiente claridad o elementos que permitan su aplicación inmediata en el orden interno. Así, por ejemplo, una norma internacional que se limite a prohibir la toma de rehenes, precisará de una interna que la desarrolle en tanto que tipo penal; por el contrario, la interdicción internacional de la esclavitud puede ser calificada como una disposición *self executing*.

En este orden de ideas, las normas internacionales sobre derechos humanos deberán ser incorporadas al orden interno colombiano mediante una ley, no siendo necesario, como antaño, reproducir nuevamente su texto en una ley ordinaria, lo cual no implica que, en ciertos casos, se precise de la expedición de normas legales de ejecución.

5.2.2. Desarrollo legal del Convenio 169 de la OIT

Bajo la actual Constitución, desde un punto de vista legislativo, la Ley 99 de 1993, «*Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones*», vino a desarrollar el requisito de la consulta previa a las minorías étnicas, en concreto, en materia de explotación de recursos naturales:

«ARTÍCULO 76. DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y NEGRAS.
La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades.

Así las cosas, la legislación interna, en este caso la Ley 99 de 1993, debe ser interpretada y aplicada de conformidad con lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT.

5.2.3. Evolución jurisprudencial del requisito de la consulta previa

La Corte Constitucional ha venido abordado el tema del requisito de la consulta previa a las comunidades indígenas, bien sea en sede de amparo o de acción pública de inconstitucionalidad; por el contrario, en materia de leyes aprobatorias de tratados internacionales el análisis se ha limitado al estudio del «*Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América*», sus «*cartas adjuntas*» y sus «*entendimientos*», suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006» y su correspondiente Ley aprobatoria (sentencia C-750 de 2008).

Así pues, desde una aproximación cronológica, esta Corporación en sentencia SU-039 de 1997, examinó el tema de la consulta previa a la expedición de una licencia

ambiental referente a la exploración y explotación petroleras en el territorio de los Uwas. En dicha ocasión la Corte consideró lo siguiente:

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

En ese mismo fallo, en cuanto a las condiciones que deben cumplirse al momento de realizar la consulta a las poblaciones indígenas en temas referentes a la exploración y explotación de recursos naturales presentes en sus territorios, al igual que en lo atinente a los propósitos perseguidos con aquella, la Corte indicó lo siguiente:

«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 aquellas 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 dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, **valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto** sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.*

Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en

consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena.

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

*No tiene por consiguiente el valor de consulta la **información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales**. Es necesario que se cumplan las directrices antes mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente esta 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 (negrillas y subrayados agregados).*

Luego, en sentencia SU-510 de 1998, con ocasión de una acción de amparo instaurada por unos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta contra una iglesia evangélica, la Corte aludió al Convenio 169 de la OIT, como un instrumento que fortalece y complementa la especial protección que las normas constitucionales dispensan a la integridad, identidad, diversidad étnica y cultural, autodeterminación, oficialidad de lenguas y dialectos de los pueblos indígenas y tribales del territorio nacional, y así mismo como una garantía para la conservación del patrimonio arqueológico nacional.

Posteriormente, en providencia T-634 de 1999, esta Corporación examinó el caso de un amparo instaurado contra el acto de creación del municipio de Pueblo Bello, petición que se fundaba en el argumento según el cual la comunidad indígena arhuaca no había sido previamente consultada. En dicha oportunidad, el juez constitucional diferenció entre la realización de la consulta previa a las comunidades indígenas con el adelantamiento de otros mecanismos de participación ciudadana, como lo son los referendos:

*«La Asamblea Departamental del Cesar aprobó el 10 de diciembre de 1997 la ordenanza 037 por medio de la cual se creó el municipio de Pueblo Bello conformado por unos corregimientos y veredas que están dentro de la línea negra o zona teológica de la comunidad arhuaca. Para la creación de dicho municipio no se consultó previamente con el pueblo arhuaco, sino que, con posterioridad a la expedición de la ordenanza y por mandato de esta se hizo un referendo que aprobó la creación del municipio. **La consulta previa tiene como escenario única y exclusivamente el pueblo indígena, luego es algo completamente diferente a un referendo posterior en donde el universo de votantes va más allá de los indígenas. La pregunta es si esta situación, al plantearse como una violación a un derecho, es actualmente protegible por tutela** (negrillas agregadas).*

Dos años más tarde, en sentencia C-169 de 2001, con ocasión de la revisión constitucional del Proyecto de ley número 025 /99 Senado y 217 /99, «por el cual se

reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política» en alusión a los límites de la consulta previa, la Corte definió que el Estado colombiano, en principio, tiene un compromiso constitucional de gran amplitud frente a la realización del mencionado mecanismo, por cuya virtud cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas que afecten a los pueblos indígenas y tribales que habitan el territorio nacional, estos deberían ser consultados, pero también consideró que el artículo 34 del Convenio otorgaba a los Estados Partes la posibilidad de determinar la naturaleza y alcance de las medidas que se adopten para darle aplicación al instrumento, atendiendo las condiciones propias de cada país.

En consecuencia la Corporación consideró que salvo en materia de la explotación de recursos naturales, evento en que la consulta previa está reconocida por el artículo 330 de la Carta Política de manera explícita, deberá determinarse en cada caso cuándo el mecanismo de la consulta resulta obligatorio, con fundamento en los lineamientos constitucionales y legales establecidos para el efecto, *«estos últimos en la medida en que no desvirtúen el objeto y finalidad del pluricitado Convenio, ni contraríen la plena vigencia de los derechos fundamentales de tales etnias⁴»*

A su vez, la sentencia C-418 de 2002 versó sobre una demanda dirigida contra el inciso primero del Artículo 122 del Código de Minas, que establecía que la autoridad minera delimitaría las zonas mineras indígenas, y acusaba la norma por cuanto no contemplaba la consulta para esa demarcación. En la sentencia, la Corte se refirió en distintas oportunidades a la necesidad de consultar con las comunidades indígenas cuando se trata de la explotación de recursos naturales en sus territorios. Por lo tanto, consideró que para la delimitación debía *«darse aplicación a la regla contenida en el artículo 330 de la Constitución en armonía con lo dispuesto en el convenio 169 de la OIT (Ley 21 de 1991) y en aplicación de lo dispuesto en los artículos 93 y 94 del Estatuto Superior.»* Por lo tanto, en la parte resolutive la Corte declaró que la norma era constitucional, *«bajo el entendido que en el procedimiento de señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas se deberá dar cumplimiento al parágrafo del Artículo 330 de la Constitución y al Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991.»*

Cabe igualmente señalar que la Corte en sentencia C-891 de 2002, referente al examen de diversas disposiciones del Código de Minas, efectuó un doble examen en relación con las disposiciones impugnadas: uno, consistente en la verificación del proceso de consulta a las comunidades indígenas frente a la discusión del proyecto de ley; y otro, atinente al juicio abstracto de confrontación de las normas acusadas y la Constitución Política.

Al respecto, en lo atinente al adelantamiento del proceso de consulta previa a las comunidades indígenas, esta Corporación consideró que aquel se surtió ***antes de la presentación del proyecto de ley***, y que no se observaba violación alguna de la mencionada obligación:

⁴ Sentencia C-169 de 2001.

«Luego de analizar las distintas pruebas que obran en el expediente, aportadas tanto por la demandante como por las entidades oficiales, la Sala encuentra que el proceso de consulta a los pueblos indígenas fracasó en el presente caso, toda vez que no se llegó a ningún acuerdo entre las entidades gubernamentales y las comunidades indígenas, pese a los múltiples intentos de las primeras por discutir a fondo con las segundas el articulado del proyecto de ley. En este sentido se observa que durante más de un año el Gobierno Nacional intentó someter a discusión el proyecto en el marco de talleres y mesas de concertación, sin que al respecto se llegara a arreglo alguno sobre el contenido del mismo (subrayados agregados).

Por lo tanto, la Corte estima que las entidades gubernamentales encargadas de la organización de los distintos escenarios de discusión del proyecto de ley cumplieron con su obligación constitucional de someter a consideración de las comunidades indígenas dicho proyecto, con la finalidad de que estas pudieran participar e intervenir en la redacción final de su articulado.

Importa por tanto destacar el momento y la manera como se adelantó el proceso de consulta previa, los cuales fueron adecuados según el juez constitucional:

«En síntesis: **antes de radicar el proyecto de ley** en el Congreso de la República, a lo largo de un **periodo** de más de un año el Gobierno Nacional fomentó diversos mecanismos de participación que se desarrollaron en diversas etapas, así: (i) **divulgación** del proyecto de ley, enviado por correo a las distintas organizaciones indígenas; (ii) **ilustración y exposición** detallada del articulado del proyecto ante las comunidades y discusión preliminar entre las entidades gubernamentales y estas últimas, a través de los talleres informativos previos, diseñados como mecanismos preparatorios para la Mesa Nacional de Concertación; (iii) organización y celebración –en dos oportunidades– de la Mesa Nacional de Concertación, donde no se llegó a acuerdo alguno, pero por causas no imputables al Gobierno, pues este siempre demostró su voluntad de realizar la consulta y la concertación en torno al proyecto de ley (negrillas agregadas).

Posteriormente, la Corte en sentencia SU-383 de 2003 examinó el tema relacionado con la aspersión aérea de herbicidas en la región de la amazonía colombiana, sin surtir el procedimiento de consulta previsto en el Convenio 169 de la OIT y ocasionando un daño ambiental considerable a los territorios indígenas. Al respecto, el juez constitucional consideró que (i) el programa de erradicación de cultivos ilícitos en la región amazónica deberá consultarse; (ii) la seguridad interna, lo ilícito de las plantaciones y los compromisos internacionales del Estado no comportan la omisión de las consultas; y (iii) estas últimas deberán permitir ponderar los intereses generales en conflicto.

Ahora bien, en cuanto al rango que ocupa el Convenio 169 de la OIT en el sistema de fuentes colombiano, la Corte, en sentencia C-401 de 2005, reiteró su postura en el sentido de que aquél hace parte del bloque de constitucionalidad:

«Así, pues, hacen parte del bloque de constitucionalidad aquellos convenios que la Corte, después de examinarlos de manera específica, determine que pertenecen al mismo, en atención a las materias que tratan. De esta manera, los convenios internacionales del trabajo hacen parte del bloque de constitucionalidad cuando la Corte así lo haya indicado o lo señale en forma específica. Así lo hizo, por ejemplo, en las sentencias que se mencionaron atrás acerca del convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales, y de los convenios 87 y 98, sobre la libertad sindical y sobre la aplicación de los principios de derechos de sindicalización colectiva.

Más recientemente, la Corte, en la Sentencia C-208 de 2007, con ocasión del examen del Estatuto de Profesionalización Docente, expresó que la obligación impuesta al Estado, de consultar previamente a los grupos étnicos cada vez que se vayan a adoptar **medidas legislativas o administrativas** que los afecten directamente, es expresión concreta de los artículos 329 y 330 del mismo ordenamiento, que prevén la participación previa de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios.

Sobre el mismo tema de la adopción de medidas legislativas o administrativas que afecten directamente a las comunidades indígenas, la Corte en sentencia C- 080 de 2008 intentó responder tres interrogantes complementarios como son: (i) ¿cuándo resulta obligatoria, de acuerdo con el literal a) del Convenio 169 de la OIT, la consulta previa de una medida legislativa?; (ii) ¿en qué condiciones de tiempo, modo y lugar debe producirse esa consulta?; y (iii) ¿cuál es la consecuencia jurídica de la omisión frente al deber de consulta?

En cuanto al primer interrogante, es decir, el atinente a la exigencia de adelantar la consulta frente a la adopción de *medidas legislativas*, la Corte estimó que, aquel deber no surgía frente a cualesquiera medidas legislativas que fueran susceptibles de afectarlas *«sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente, evento en el cual, a la luz de lo expresado por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, la consulta contemplada en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT deberá surtirse en los términos previstos en la Constitución y en la ley»*, con prescindencia de que tal afectación presentase un efecto positivo o negativo, es decir, incluso en aquellos casos en los cuales se pudiese creer que la medida le resulta conveniente a los integrantes de la minoría étnica.

Respecto a las condiciones de modo, tiempo y lugar en que debe realizarse la consulta, la Corte consideró lo siguiente:

*«En cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar en que debe producirse la consulta a la que se ha venido aludiendo, es preciso señalar que en la medida en 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 el Convenio y al hecho de que, de acuerdo con el mismo, el trámite de la consulta se somete al principio de la 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. Así, por ejemplo cuando de lo que se trata es de regular la intervención del Estado para la explotación de recursos naturales en una determinada área del territorio, en la cual se encuentra asentada una específica comunidad indígena, es claro que el proceso de consulta debe adelantarse con las autoridades legítimamente constituidas de dicha comunidad, pero si de lo que se tratase, también por vía de ejemplo, fuera de regular la manera como, en general, debe surtirse el proceso de consulta a las comunidades indígenas y tribales, sería claro también que la consulta que, a su vez, se requeriría para ello, no podría adelantarse con cada una de las autoridades de los pueblos indígenas y tribales, y, en ausencia de una autoridad con representación general de todos ellos, habría que acudir a las instancias que, de buena fe, se consideren más adecuadas para dar curso a ese proceso de consulta. (negritas agregadas).*

(...)

Por otra parte, al margen de los criterios generales que puedan decantarse en torno a la manera como debe surtirse la consulta para que pueda entenderse cumplido el compromiso derivado del Convenio 169 y que resulte satisfactorio con el derecho de participación previsto en la Carta, observa la Corte que son varios los interrogantes que pueden plantearse en relación, específicamente, con el deber de consulta frente a medidas legislativas.

*En primer lugar debe precisarse el **momento** en el que debe hacerse la consulta y la **autoridad responsable de llevarla a cabo**. El convenio establece una obligación para los gobiernos, pero cabría preguntar si, en un sentido más amplio, dicha obligación puede hacerse extensiva a otros escenarios, particularmente, cuando, como en el caso de las medidas legislativas, es otra la instancia del Estado encargada de adoptarlas.*

*De este modo, **podría decirse que el Gobierno tiene el deber de promover la consulta cuando se trate de proyectos de ley que sean de su iniciativa**. Pero ¿qué ocurre cuando, en desarrollo de la iniciativa que les confiere la Constitución, otros sujetos de los previstos en el artículo 155 de la Constitución, distintos del gobierno, deciden presentar a consideración de las cámaras legislativas proyectos de ley cuyo contenido sea susceptible de afectar de manera directa a las comunidades indígenas y tribales?*

Parecería necesario que, en tal caso, el gobierno, tan pronto advierta que cursa un proyecto de ley en relación con el cual debe darse el proceso de consulta, acuda a las instancias que para ese efecto se hayan previsto en la

legislación, como la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas creada por el Decreto 1397 de 1996, o a otras que se estimen pertinentes, para definir en ese escenario, cuáles serían las instancias y los mecanismos de consulta más adecuados (negrillas agregadas).

Finalmente, en cuanto a la consecuencia jurídica que comporta la omisión de la consulta, la Corte señaló lo siguiente:

«Podría señalarse, en primer lugar, que tal como se dijo por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, en esta materia existe un compromiso internacional muy amplio del Estado colombiano, cuyo desconocimiento generaría una situación de incumplimiento susceptible de evaluación y control a través de las correspondientes instancias internacionales.

Sin embargo en la medida en que, como se ha dicho por la jurisprudencia constitucional, las normas sobre el deber de consulta del Convenio 169 de la OIT se integran a la Constitución y que, específicamente, el deber de consulta allí previsto 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 casos en los que la misma resulte imperativa a la luz del convenio, tiene consecuencias inmediatas en el ordenamiento interno.

*En primer lugar, ha sido reiterado por la jurisprudencia que ese derecho a la consulta es **susceptible del amparo constitucional**, vía a través de la cual 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.*

Tratándose de medidas legislativas, la situación puede tornarse compleja, porque como se señaló en precedencia, el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad frente a la omisión de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, comporta la verificación en torno a un procedimiento, cuya ausencia, sin embargo, se proyecta sobre la materialidad misma de la ley.

*En ese evento, sería posible, en determinadas circunstancias, encontrar que la ley como tal es inconstitucional, pero también cabe que, en una ley que de manera general concierne a los pueblos indígenas y tribales, y que los afecta directamente, la omisión de la consulta se resuelva en una decisión que excluya a tales comunidades del ámbito de aplicación de la ley; o puede ocurrir que, en un evento de esa naturaleza, lo que se establezca es la presencia de una omisión legislativa, de tal manera que la ley, como tal, se conserve en el ordenamiento, pero que se adopten las medidas necesarias para subsanar la omisión legislativa derivada de la falta de previsión de medidas específicamente orientadas a las comunidades indígenas y tribales. Si la ley no tiene esas previsiones específicas, habría un **vacío legislativo**, derivado de la necesidad de que, en una materia que si bien afecta a todos,*

lo hace con los indígenas en ámbitos propios de su identidad, contemple provisiones especiales y que las mismas sean previamente consultadas. En ese caso, en la medida en que la ley general estuviese llamada a aplicarse a los indígenas, se decretaría una omisión legislativa por ausencia de normas específicas y previamente consultadas.

Cabe igualmente señalar que la Corte en sentencia T-154 de 2009, referente al caso de unos indígenas que alegaban vulneración de sus derechos fundamentales debido a que Corpoguajira había expedido una licencia ambiental sin consultarlos, sostuvo lo siguiente:

«Cuarta. La consulta previa. Reiteración de jurisprudencia.

La consulta previa es un proceso mediante el cual el Estado garantiza a las autoridades respectivas de los grupos étnicos 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 integridad étnica, cultural, social y económica de los pueblos indígenas y tribales que habitan en nuestro país.

Para alcanzar este objetivo, la participación activa y efectiva de las comunidades es clave para la toma de las decisiones que deban ser adoptadas, acordadas o concertadas en la medida de lo posible.

Más recientemente, la Corte en sentencia C-175 de 2009, referente a una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1152 de 2007, «por la cual se dicta al Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incodep, y se dictan otras disposiciones», reiteró y precisó sus líneas jurisprudenciales referentes al mecanismo de la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes.

En tal sentido, en relación con la naturaleza jurídica de la consulta previa, esta Corte señaló lo siguiente⁵:

⁵ Acerca de la naturaleza jurídica de la consulta previa, en el salvamento parcial de voto a la sentencia C-175 de 2009, suscrito por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla y Humberto Antonio Sierra Porto, se afirma lo siguiente:

«A manera de resumen respecto de la Consulta puede decirse:

- i. Que es fruto del cambio de paradigma respecto de las relaciones de los Estados con las minorías étnicas existentes dentro de su territorio.
- ii. Que la misma resulta ser la concreción de muchos principios esenciales a cualquier orden estatal con pretensiones de avance en el camino de la democracia y, por consiguiente, con pretensiones de ser reconocido como democrático.
- iii. El carácter de derecho fundamental que tiene esta actuación deviene de que a su través se actúan y protegen elementos básicos de las minorías étnicas dentro de un Estado pluralista, como pueden ser la propiedad, la participación en las decisiones estatales y el respeto de su cosmovisión al momento de determinar políticas públicas o tomar decisiones administrativas.
- iv. Que tan importante es su significación sustancial, como el procedimiento por el cual se lleve a cabo, ya que al realizarlo se están protegiendo principios constitucionales y derechos fundamentales.

«Justificación constitucional del derecho fundamental a la consulta previa

La determinación de un marco jurídico del derecho a la consulta previa se obtiene a partir de las normas legales anotadas, las cuales son reforzadas por la regulación derivada del derecho internacional de los derechos humanos, en especial lo previsto por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo «sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes» aprobado por la Ley 21 de 1991, norma que en decisiones reiteradas de este Tribunal ha sido declarada parte integrante del bloque de constitucionalidad. El Convenio, como lo ha resaltado la Corte, es un instrumento que concurre en la salvaguarda de la identidad de las comunidades indígenas y tribales, la protección de su territorio y, de manera general, su subsistencia como grupo diferenciado. De este modo, se ha indicado que «el Convenio 169 de la OIT fue adoptado con base en una nueva aproximación a la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo, conforme a la cual era preciso eliminar la orientación hacia la asimilación que se había venido manejando, para, en su lugar, asentar el principio conforme al cual las estructuras y formas de vida de los pueblos indígenas y tribales son permanentes y perdurables, y la comunidad internacional tiene interés en que el valor intrínseco de sus culturas sea salvaguardado.» De este modo, la Corte advierte que las finalidades del Convenio 169 de la OIT son concurrentes con la obligación constitucional, antes analizada, de garantizar la identidad de las comunidades diferenciadas, a partir del reconocimiento y salvaguarda de la integridad de las prácticas, usos y costumbres que la conforman. Así, en términos del Preámbulo del Convenio, la normativa tiene como propósito la consecución de herramientas que permitan (i) lograr las aspiraciones de los pueblos indígenas y tribales 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; y (ii) superar esquemas predominantes en muchas partes del mundo, en que dichos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión.

La jurisprudencia constitucional ha destacado cómo las estipulaciones del Convenio 169 de la OIT, establecen dos modalidades de obligaciones a

v. Que dicho procedimiento debe determinarse teniendo en cuenta el objetivo principal: alcanzar, en un contexto de buena fe, un consenso que involucre a los actores sociales relevantes para la toma de esa decisión.

vi. Que a través de ella se crea un diálogo intercultural, que se rompe cada vez que la Consulta no tiene lugar o se desarrolla de forma deficiente.

vii. Que, por tener implicaciones de tipo constitucional, puede afectar la validez de una política pública o una decisión administrativa.

cargo de los Estados signatarios, las cuales se muestran útiles para delimitar sus responsabilidades en cuanto a la protección de los derechos de las comunidades indígenas y tribales. El primer grupo de obligaciones, «referido a las medidas que deben impulsar para obtener los fines propios del convenio en los distintos aspectos que son objeto del mismo, que, como se ha dicho, de una manera amplia, 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, y el segundo que alude a la manera como deben adoptarse y ponerse en ejecución esas medidas y que tienen como elemento central la participación y el respeto por la diversidad y la autonomía.»⁶

(...)

«Según lo expuesto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la preservación de la identidad diferenciada de los pueblos indígenas y tribales y, de esta manera, la eficacia del mandato superior de reconocimiento y protección de la diversidad étnica, se logra a través de, entre otros mecanismos, la consulta previa. Para el caso particular de las medidas legislativas, la consulta se predica solo de aquellas disposiciones legales que tengan la posibilidad de afectar directamente los intereses de las comunidades. Por lo tanto, aquellas medidas legislativas de carácter general, que afectan de forma igualmente uniforme a todos los ciudadanos, entre ellos los miembros de las comunidades tradicionales, no están prima facie sujetas al deber de consulta, excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas, comprendidas en el ámbito del Convenio 169 de la OIT, que sí interfieran esos intereses. Debe aclararse, por supuesto, que en los casos en que la medida legislativa no afecte directamente a las comunidades indígenas y tribales, la participación de las mismas no se ve restringida, sino que se conduce a través de los mecanismos generales de participación.»

De igual manera, en lo atinente a la omisión de la realización de la consulta previa en tanto que vicio de inconstitucionalidad, la Corte señaló lo siguiente:

Conforme a lo expuesto, se tiene que la omisión del deber de consulta previa es un vicio de inconstitucionalidad que concurre con anterioridad al trámite legislativo y que se proyecta sobre el contenido material de la norma objeto de examen. A partir de la necesidad de preservar correlativamente el derecho fundamental a la consulta a las comunidades indígenas y afrodescendientes

⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-030/08.

y el principio de conservación del derecho legislado, la Corte ha considerado que si bien el incumplimiento del deber de consulta lleva prima facie a la inexequibilidad de la norma acusada, esta circunstancia debe evaluarse a la luz del grado de mayor o menor generalidad de la medida legislativa y el grado de incidencia de los contenidos de la disposición en los intereses que atañen a las comunidades indígenas y tribales.

Así, de acuerdo con el precedente constitucional estudiado en esta sentencia, para acreditar la exigencia de la consulta previa, debe determinarse si la materia de la medida legislativa tiene un vínculo necesario con la definición del ethos de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En otras palabras, el deber gubernamental consiste en identificar si los proyectos de legislación que pondrá a consideración del Congreso contienen aspectos que inciden directamente en la definición de la identidad de las citadas indígenas y, por ende, su previa discusión se inscribe dentro del mandato de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. Como se señaló en la sentencia C-030/08, uno de los parámetros para identificar las medidas legislativas susceptibles de consulta es su relación con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT.

En relación con el caso concreto, la Corte consideró que, dado el contenido del Estatuto de Desarrollo Rural, se trataba de una normatividad que debió surtir el procedimiento de consulta previa. Lo anterior por cuanto *«con base en dos criterios diferenciados: (i) El hecho que la norma acusada sea un régimen integral que regule el tema del desarrollo rural y, por ende, las relaciones entre los individuos y la tierra; y (ii) la existencia en el EDR de disposiciones que prescriben, de manera puntual y específica, tópicos que afectan directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes.*

Indicó igualmente que la realización del mencionado procedimiento debía tener lugar con anterioridad a la radicación del proyecto de ley, ya que *«conforme a la competencia constitucional prevista en el artículo 150 C.P., corresponde al Congreso hacer las leyes, lo que supone la necesidad ineludible de un proceso deliberativo, de modo que las normas que conformen el ordenamiento jurídico sean fruto de la legítima voluntad de las cámaras. Así, las propuestas de regulación que surjan del proceso de consulta previa, deben ser estudiadas por el Congreso, con sujeción a los requisitos que impone de racionalidad mínima en el trámite legislativo, derivadas del principio de consecutividad. En consecuencia, si se pretermiten dichas obligaciones, resultaría desconocida la competencia del Legislador para discutir los proyectos de ley que pongan a su consideración las instancias con iniciativa para ello.»*

De igual manera consideró que, en el caso concreto, se había omitido la realización de la consulta a las comunidades indígenas y afrodescendientes, antes de la radicación en el Congreso del proyecto de ley, por parte del Gobierno Nacional. En palabras de la Corte:

«A partir de este relato fáctico la Corte encuentra que los procedimientos de consulta previa realizados respecto del proyecto de ley que originó el EDR, no cumplieron con los requisitos fijados por el ordenamiento

constitucional, en especial respecto a sus condiciones de oportunidad. En efecto, se observa que tanto para el caso de las comunidades indígenas como el de grupos afrodescendientes, los acercamientos con miras a efectuar la consulta previa se iniciaron con posterioridad a la radicación de la iniciativa ante el Congreso, actuación que se surtió el 24 de julio de 2006, como consta en la Gaceta del Congreso 246 de 2006. En ese sentido, la Sala considera que el Gobierno Nacional incumplió con su deber constitucional de ofrecer a las autoridades representativas escenarios específicos de participación, previos a la radicación del proyecto de ley, en el cual fuera viable discutir el contenido de la iniciativa, con miras a lograr un consenso o una concertación sobre la misma. Para la Corte, conforme a los argumentos anteriormente planteados, el adelantamiento de la consulta previa por parte de las autoridades gubernamentales con posterioridad a la radicación del proyecto de ley, disminuye el grado de incidencia de la participación de las comunidades tradicionales en la determinación del contenido concreto de la medida legislativa que las afecta directamente. En tal sentido, el procedimiento efectuado por el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, no constituye un trámite adecuado para el cumplimiento del deber de consulta previa, habida cuenta que la oportunidad en que se llevó a cabo limita desproporcionadamente la capacidad de las comunidades de incidir en el contenido del EDR. Ello debido a que la vigencia de los principios de unidad de materia, consecutividad e identidad flexible hace que el proyecto de ley constituya un marco de referencia temático, impuesto por el Gobierno a las comunidades y modificable sólo conforme a las estrictas reglas del procedimiento legislativo».

Así mismo, estimó que la consulta no podía ser realizada una vez iniciado el trámite legislativo, ni tampoco podía ser considerado como un vicio de procedimiento subsanable:

«Considerar lo contrario, esto es, que el procedimiento de consulta previa de medidas legislativas, puede realizarse en una etapa posterior a la radicación del proyecto de ley, llevaría a resultados incompatibles con las características esenciales del trámite citado. En efecto, de obtenerse un consenso entre las comunidades tradicionales y las autoridades gubernamentales, su eficacia estaría supeditada al desarrollo del procedimiento legislativo correspondiente; de modo que los asuntos discutidos en debates surtidos previamente, al igual que la definición de la materia de la iniciativa en las sucesivas discusiones parlamentarias, impedirían que las propuestas alternativas derivadas del proceso de consulta fueran válidamente integradas al contenido definitivo de la ley correspondiente. En últimas, el procedimiento de consulta previa, en este escenario, se tornaría en un formalismo intrascendente, lo que resulta incompatible con las obligaciones estatales a ese respecto, descritas en apartados anteriores de esta decisión».

En suma, la Corte Constitucional ha considerado que, en materia de consulta previa de medidas legislativas o administrativas, la consulta previa a las comunidades indígenas (i) constituye un derecho fundamental; (ii) el Convenio 169 de la OIT hace parte del bloque de constitucionalidad; (iii) su pretermisión, en el caso del trámite legislativo, configura una violación a la Carta Política; (iv) existe un claro vínculo entre la realización de la consulta previa y la protección de la identidad cultural de las minorías étnicas; (v) la realización del mecanismo de participación se torna obligatorio cuando la medida, sea legislativa o administrativa, afecta directamente a la comunidad indígena; (vi) la consulta debe realizarse de manera tal que sea efectiva y garantice la participación real de las comunidades afectadas; (vii) el desconocimiento de la consulta previa puede ser invocado en sede de tutela; y (viii) el Gobierno tiene el deber de promover la consulta cuando se trate de proyectos de ley que sean de su iniciativa.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha sentado unas claras líneas jurisprudenciales relacionadas con la naturaleza jurídica de la consulta previa a las comunidades indígenas (*aspecto material*), así como el tiempo, el lugar y la manera de realizarla (*aspecto procedimental*).

5.3. Particularidades de la consulta previa en el caso de leyes aprobatorias de tratados internacionales

El tema de la realización de la consulta previa a las comunidades indígenas en materia de leyes aprobatorias de tratados internacionales es novedoso en la jurisprudencia constitucional colombiana. Así, al momento de examinar la constitucionalidad del «*Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América*», sus «*cartas adjuntas*» y sus «*entendimientos*», suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006» y la Ley aprobatoria No. 1143 de 4 de julio de 2007, la Corte consideró, en sentencia C-750 de 2008, que en el caso concreto no era necesario surtirse la consulta previa, como quiera que el tratado internacional no afectaba directamente a las comunidades indígenas, específicamente, en el tema medioambiental. En palabras de la Corte:

«Finalmente cabe recordar, en relación con el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa de las medidas legislativas y administrativas que los afectan, como garantía de su derecho de participación, de conformidad con lo previsto en los artículos 329 y 330 de la Constitución, y que se refuerza con lo dispuesto en el Convenio número 169 de la OIT, aprobado mediante Ley 21 de 1991, y que ha sido considerado por esta corporación como parte del bloque de constitucionalidad, ha considerado la Corte que es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la 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 política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación.»

*Sin embargo, también ha considerado esta corporación, que tratándose específicamente de medidas legislativas, es claro que el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan **afectarlas directamente**, evento en el cual, a la luz de lo expresado por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, la consulta contemplada en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT deberá surtirse en los términos previstos en la Constitución y en la ley (negrillas fuera del texto original).*

También ha precisado la Corte que, En principio, las leyes, por su carácter general y abstracto, no generan una afectación directa de sus destinatarios, la cual sólo se materializa en la instancia aplicativa. Sin embargo, puede señalarse que hay una afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios.

En el presente caso, no se requería adelantar la consulta previa del Acuerdo a las comunidades indígenas y tribales, por cuanto las normas del Capítulo Dieciocho sobre medio ambiente, así como todas las del Acuerdo, han sido expedidas de manera uniforme para la generalidad de los colombianos, y no contienen disposiciones que afecten a estos grupos de manera específica y directa en su calidad de tales; es decir, ninguna de ellas les impone restricciones o gravámenes o les confiere beneficios a estos grupos étnicos.

Lo anterior no obsta, para que las disposiciones de orden legislativo o administrativo que se expidan en desarrollo y aplicación del Acuerdo surtan la consulta previa obligatoria respecto de las comunidades indígenas y tribales si alguna de ellas es susceptible de afectarles de manera específica y directa (negrillas agregadas).

Ahora bien, la pregunta que se plantea la Corte es si, dadas las particularidades que ofrece la incorporación de las normas internacionales en Colombia, de conformidad con un paradigma de *monismo moderado*, se pueden aplicar todas las líneas jurisprudenciales sentadas por esta Corporación en materia de leyes ordinarias y medidas administrativas; o si, por el contrario, es preciso introducir algunos matices, tomando precisamente en cuenta la complejidad que ofrece el proceso de recepción de las disposiciones internacionales en el orden interno colombiano.

Para tales efectos, la Corte (i) analizará el carácter complejo que ofrece la incorporación de los tratados internacionales en Colombia; y (ii) la incidencia que puede tener su carácter bilateral o multilateral.

5.3.1. El carácter complejo de la incorporación de los tratados en Colombia

La incorporación de disposiciones internacionales en Colombia precisa el cumplimiento de un conjunto de operaciones distintas y sucesivas, en cabeza de diferentes ramas del poder público, con diferentes objetivos; regidas por la Constitución y el derecho internacional público, que conforman un todo indisoluble.

Se trata, en esencia, de un *acto jurídico complejo*, vale decir, sometido a un procedimiento riguroso, que en el caso colombiano se encuentra regulado por la Constitución de 1991, los «*principios de derecho internacional aceptados por Colombia*» (art. 9 Superior); la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969; el Reglamento Interno del Congreso, así como por algunas leyes particulares como lo es la Ley 7 de 1944 «*sobre vigencia en Colombia de los tratados internacionales y de su publicación*».

En este orden de ideas, el proceso de incorporación se conforma por las siguientes etapas: (i) negociación del tratado a cargo Jefe de Estado o su representante; (ii) suscripción del instrumento internacional; (iii) aprobación congressional; (iv) control de constitucionalidad sobre la ley aprobatoria y el tratado a cargo de la Corte; (v) ratificación; (vi) entrada en vigencia en el orden internacional; y (vii) entrada en vigor en el orden interno mediante la publicación de la ley en el *Diario Oficial*. Adicionalmente, es usual que los tratados internacionales requieran de la posterior adopción de medidas administrativas o legislativas internas, a efectos de ejecutar los compromisos internacionales asumidos, medidas todas ellas que son de simple ejecución, no pudiendo modificar las obligaciones internacionales originalmente contraídas, siendo además susceptibles de ser controladas de conformidad con las vías procesales pertinentes.

Siendo ello así, la pregunta es: en materia de leyes aprobatorias de tratados internacionales, ¿en qué momento debe adelantarse la consulta a la comunidad indígena directamente afectada? Como punto de partida, debe tenerse en cuenta que ni la Constitución, la Convención de Viena de 1969 sobre derecho de los tratados o el Convenio 169 de la OIT aportan una respuesta normativa a tal interrogante. Sin embargo, con base en los principios de buena fe y de eficacia que debe orientar la realización de la consulta, y con propósito de que se pueda realmente adelantar un verdadero diálogo intercultural, se puede afirmar que esta debe llevarse a cabo antes del sometimiento del instrumento internacional, por parte del Presidente de la República, al Congreso de la República.

En efecto, antes del sometimiento del tratado al Congreso de la República para su aprobación, tienen lugar la negociación y suscripción de aquel, fases que configuran el ejercicio de la soberanía estatal, y al mismo tiempo, los compromisos asumidos internacionalmente constituyen límites al ejercicio de aquella. En nuestro caso, el Presidente de la República «*dirige las relaciones internacionales*» (art. 189.2 Superior), lo cual implica que adelante la correspondiente negociación y suscripción del tratado internacional, bien sea directamente o mediante un representante con plenos poderes, en los términos de los artículos 7 a 10 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados de 1969⁷.

⁷ El artículo 7° de la citada Convención dispone que la representación de un Estado para todo lo relativo a la celebración de un tratado es válida en cualquiera de los siguientes casos: (1) cuando la persona delegada presenta los adecuados plenos poderes (7.1-a); (2) si de la práctica del Estado, o de otras circunstancias, se deduce que existe la intención de considerar a la persona que participa en la negociación como la representante del Estado para esos efectos, prescindiendo de la presentación de plenos poderes (7.1-b); o (3) cuando se deduce de las funciones que cumple la persona delegada,

En tal sentido, a lo largo de la negociación, los representantes de las Partes acuerdan unos objetivos generales por cumplir, delimitan el objeto y el alcance del tratado internacional, precisan deberes y obligaciones entre los contratantes, indican la duración del compromiso, prevén mecanismos de solución de controversias, deciden la inclusión de cláusulas de salvaguardia, y en últimas, redactan el clausulado. Posteriormente, suscriben o firman el texto acordado, quedando así claro el articulado del instrumento internacional. De tal suerte que, en materia de conclusión de tratados internacionales, las fases de negociación y suscripción o aprobación, ocupan un lugar protagónico.

Siendo ello así, la eficacia de la consulta a las comunidades indígenas dependerá de si esta tiene lugar antes de que el Jefe de Estado someta el tratado internacional a la aprobación congresional, pudiendo por tanto realizarse o bien durante la negociación, mediante la creación por ejemplo de mesas de trabajo, o ya cuando se cuente con un texto aprobado por las Partes, es decir, luego de la firma del tratado. Si se realiza durante la negociación, las comunidades indígenas podrán aportar insumos a la discusión del articulado del instrumento internacional o manifestar sus preocupaciones frente a determinados temas que los afectan (v. gr. territorio, conocimientos ancestrales, biodiversidad, recursos naturales, etc.); o igualmente ser consultadas una vez se cuente con un texto aprobado, discusión que, dado el caso, podría llevar a la necesidad de renegociar el tratado.

Lo anterior no significa, por supuesto, que las comunidades indígenas no puedan servirse de los espacios que suelen abrirse durante los debates parlamentarios, con el propósito de ilustrar a los congresistas acerca de la conveniencia del instrumento internacional, o que igualmente intervengan ante la Corte al momento de analizarse la constitucionalidad de aquel.

De igual manera, el adelantamiento de una consulta previa durante las fases anteriores al sometimiento del proyecto de ley aprobatoria al Congreso de la República, no obsta para que, si con posterioridad a la incorporación de aquel al orden interno colombiano se precisa la adopción de medidas legislativas o administrativas **concretas** que afecten igualmente a las comunidades indígenas, deba igualmente surtir el trámite de la consulta previa en relación con aquellas.

A decir verdad, puede suceder, como lo consideró la Corte en sentencia C-750 de 2008 que, *prima facie*, el acuerdo internacional **no afectaba** a las comunidades indígenas, y que en consecuencia, no se precisaba, en aquel entonces, el adelantamiento de la consulta; pero que, podía no suceder lo mismo con futuras

sin tener que presentar plenos poderes (7.2). En este último caso, el mismo artículo considera que, por razón de sus funciones, representan a su Estado para los efectos de negociar y adoptar el texto de un tratado: (i) los jefes de Estado, jefes de Gobierno y ministros de relaciones exteriores (7.2-a); (ii) el jefe de la misión diplomática ante el Estado con el cual se va a celebrar (7.2-b) y (iii) el representante acreditado por el Estado ante una conferencia internacional o ante una organización internacional o uno de los órganos de esta (7.2-c). Verificada la ocurrencia de alguna de las circunstancias descritas, debe entenderse cumplido el requisito de representación del Estado para cada una de las diversas etapas dentro de la celebración de un tratado internacional.

«disposiciones de orden legislativo o administrativo que se expidan en desarrollo y aplicación del Acuerdo», frente a las cuales sí se debía surtir «la consulta previa obligatoria respecto de las comunidades indígenas y tribales si alguna de ellas es susceptible de afectarles de manera específica y directa».

De igual manera, puede suceder que el instrumento internacional **sí afecte** directamente a las comunidades indígenas, y que por ende, se precisa la realización de la consulta previa. El adelantamiento de esta no implicará que si en el futuro se adoptan medidas nacionales de ejecución del tratado internacional, bien sean de carácter legislativo o administrativo, estas últimas deban igualmente ser consultadas con las comunidades indígenas; tanto más y en cuanto se trata de medidas de carácter específico, las cuales, se insiste, no pueden modificar los compromisos iniciales y pueden ser sometidas a control judicial por las vías procesales pertinentes.

5.3.2. El carácter bilateral o multilateral del tratado internacional

El carácter bilateral o multilateral del tratado internacional puede tener una cierta incidencia en la manera como deba realizarse la consulta a las comunidades indígenas.

En efecto, por su propia dinámica, la negociación de los tratados bilaterales, en especial aquellos de comercio, suelen realizarse en diversas rondas, a lo largo de las cuales se discuten capítulos específicos del acuerdo. Siendo ello, cuando quiera que se aborden temas que afecten directamente a los indígenas, estos deberán ser consultados, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia constitucional.

Por el contrario, la negociación de tratados internacionales multilaterales traduce las técnicas legislativas del derecho interno. A decir verdad, el proceso de negociación suele encontrarse institucionalizado, a la manera de las asambleas parlamentarias nacionales⁸, mediante la realización de conferencias internacionales desarrolladas, en numerosas ocasiones, en el seno de organizaciones internacionales.

En tal sentido, una vez convocada la conferencia internacional, se suelen conformar comisiones encargadas de examinar determinados temas, cuyos textos aprobados deberán ser luego sometidos al Plenario. Al respecto, el artículo 9 de la Convención de Viena de 1969 dispone lo siguiente:

«**Adopción del texto.** 1. La adopción del texto de un tratado se efectuará por consentimiento de todos los Estados participantes en su elaboración, salvo lo dispuesto en el párrafo 2.

2. La adopción del texto de un tratado en una conferencia internacional se efectuará por mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, a menos que esos Estados decidan por igual mayoría aplicar una regla diferente».

De igual manera, la historia diplomática enseña que determinadas conferencias internacionales suelen durar varios años. Por ejemplo, el Protocolo II de Ginebra de

⁸ A. Pellet y P. Dailleur, *Droit International Public*, París, 2008.

1977 fue precedido por una conferencia internacional que tardó más de tres años en llegar a un acuerdo sobre el texto final del tratado; en otros casos, en materia de comercio internacional, las diversas rondas del GATT, y luego de la OMC, se han caracterizado por su complejidad y duración.

Siendo ello así, la Corte considera que la consulta previa a las comunidades indígenas deberá llevarse a cabo *antes* de que el Presidente de la República remita el tratado y su ley aprobatoria al Senado. En tal sentido, los indígenas podrán ser consultados al momento de construir la posición negociadora colombiana ante el respectivo foro internacional, con el propósito de que las minorías aporten valiosos elementos de juicio al respecto y como expresión del cambio de paradigma respecto de las relaciones de los Estados con las minorías étnicas existentes dentro de su territorio; pero en todo caso la consulta obligatoria será la que se realice con posterioridad a la suscripción del acuerdo pero antes de aprobación congressional, con el propósito de que los parlamentarios conozcan las consecuencias que, en materia de preservación de los derechos de las minorías, puede implicar la aprobación del tratado internacional. Al respecto, es preciso recordar que el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT establece la obligación, por parte del Gobierno, de realizar este tipo de consulta, pero deja abiertas distintas alternativas respecto de otros elementos que resultan esenciales al momento de configurarla como una institución operante dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas, queda claro que, en materia de leyes aprobatorias de tratados internacionales, los *aspectos materiales* de la consulta previa a las comunidades indígenas se aplican, por cuanto no existen razones constitucionales que justifiquen un trato distinto; por el contrario, en materia de procedimientos, la realización de la consulta deberá ajustarse a la lógica de incorporación de las normas internacionales en el ordenamiento jurídico colombiano.

6. Análisis en el caso concreto en cuanto al requisito de la consulta previa

La suscripción del «*Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela*», llevada a cabo el **3 de mayo de 1990**, fue precedida por la adopción de varios documentos como son (i) la Declaración de Ureña, firmada por los Presidentes de ambos Estados, el día 28 de marzo de 1989 en el Puente Internacional General Francisco de Paula Santander; (ii) las conclusiones de la reunión de la Comisión Binacional de Integración Fronteriza colombo-venezolana, celebrada en Maracaibo los días 25 y 26 de agosto de 1989 y ratificadas en la reunión celebrada en Cúcuta los días 29 y 30 de septiembre de 1989; y (iii) la declaración firmada por los Presidentes de Colombia Virgilio Barco y de Venezuela Carlos Andrés Pérez, en el Puente Internacional General Francisco de Paula Santander el 5 de octubre de 1989.

Ahora bien, la Coordinadora del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia, de conformidad con oficio recibido en la Secretaría General de la Corte el 25 de junio de 2009, certificó lo siguiente:

«No se encuentra en nuestra base de datos información sobre proceso de consulta previa alguno que se haya realizado con el pueblo Wayúu **durante el trámite de la Ley 1214 de 2008**, aprobatoria del «Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela», firmado en Caracas a los tres (3) días del mes de mayo de mil novecientos noventa (1990) (negrillas agregadas).

Con base en la anterior certificación se pregunta la Corte si el acuerdo de cooperación suscrito entre Colombia y Venezuela debía ser consultado con las comunidades Wayúu.

Una respuesta apunta a afirmar que, dada la materia regulada en el instrumento internacional, resulta evidente que la realización de un conjunto de planes, programas y proyectos *«tendientes a mejorar las condiciones de vida de sus respectivas poblaciones indígenas Wayúu ubicadas en las zonas adyacentes a las fronteras de la República de Venezuela y de la República de Colombia en atención a las necesidades de dichas poblaciones»*, en los términos del artículo 1° del Acuerdo, presentan un impacto importante, así sea eventualmente positivo en el desarrollo económico de la comunidad indígena, y por ende, la celebración del tratado internacional debía ser consultada previamente con las comunidades Wayúu, quienes son, por lo demás, los destinatarios directos de los compromisos asumidos por los Estados contratantes.

Al respecto, cabe agregar que la Corte en sentencia T- 704 de 2006 examinó en detalle el tema del desarrollo económico de las comunidades Wayúu, precisando lo siguiente:

*«El Preámbulo del Convenio 169 de la OIT evoca, en primer lugar, el papel que han desempeñado tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como otros numerosos instrumentos internacionales orientados a impedir la discriminación, en relación con la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo y cómo, gracias a ello, a partir de 1957 comenzaron a adoptarse medidas dirigidas a que los pueblos indígenas **asuman por sí mismos** «el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su **desarrollo económico** [para poder]mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.» (Énfasis añadido).*

En este orden de ideas, dado que se pretermitió la realización de la consulta a las comunidades Wayúu, antes del sometimiento del proyecto de ley aprobatoria al Congreso de la República, fuerza concluir que la ley aprobatoria debe ser declarada inexecutable por la Corte.

Así pues, dado que la consulta no se adelantó antes del sometimiento del proyecto de ley aprobatoria al Congreso de la República, la Corte la declarará inexecutable por haberse incurrido en un vicio de inconstitucionalidad, no siendo necesario examinar si se incurrieron en más vicios durante el procedimiento de aprobación de la citada ley.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

Declarar **INEXEQUIBLE** la Ley 1214 de 2008, por medio de la cual se aprueba el «Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela».

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

NILSON ELÍAS PINILLA PINILLA
Presidente

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado
Ausente en comisión

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado
Salvamento de voto

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB
Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

Cuarta Parte

LA CONSULTA PREVIA:

**El proceso desarrollado por la Dirección
de Etnias - Ministerio del Interior
y de Justicia**

1.

PREGUNTAS FRECUENTES ACERCA DE LA CONSULTA PREVIA

Que sea la voz que hay en vuestra voz la que hable a los oídos de sus oídos;

Porque su alma recordará la verdad de vuestro corazón, como se recuerda el sabor del vino, cuando se ha olvidado el color, y se ha desaparecido la copa.

JALIL GIBRÁN, *El Profeta*⁵

⁵ GIBRÁN, Jalil, *El Profeta*, 5º ed. ABC: Bogotá, 1973, p. 89.

¿QUÉ ES LA CONSULTA PREVIA?

Es un derecho fundamental

La Consulta Previa es ante todo, y así lo reconoció el juez constitucional colombiano, un derecho fundamental –individual y colectivo– de los grupos étnicos.

En efecto en sentencia SU-039 de 1997, la Corte estableció que la consulta es por un lado, la cristalización del derecho fundamental a la participación⁶ de los grupos étnicos y por el otro, un medio para proteger la integridad étnica y cultural es estos⁷.

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

⁶ Cfr. Artículo 40 de la Constitución Política.

⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell y C-169 de 2001 (precitada).

como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades”⁸(subrayas nuestras).

Pero participar no es solo un derecho es también un deber. En efecto, en un proceso que busca proteger la integridad de un pueblo como unidad social, la participación de todos los actores, y en especial de la comunidad a consultar, resulta decisivo para alcanzar esta finalidad. Son sus aportes –los de la comunidad–, los que serán definitivos para que el Estado adopte decisiones consecuentes con sus intereses y expectativas.

En este sentido la Corte Constitucional ha dicho, a propósito de la Consulta Previa que:

“Con todo, conviene observar que el ejercicio de la participación ciudadana goza de un margen de discrecionalidad que toca incluso con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo cual, cuando quiera que por decisión propia, y aún por imprudencia, desidia o conducta dilatoria de los interlocutores particulares se frustre la posibilidad de algún grado de concertación pluralista, y siempre que las autoridades estatales hayan cumplido por su parte en la forma y tiempo debidos, no quedará otro remedio más viable que el de reconocer el fracaso de las oportunidades dadas por el Estado a las personas en un caso concreto, siendo al efecto necesario admitir las consecuencias que se puedan derivar del vencimiento de los términos no aprovechados por los particulares pues, dado que las tareas y fines del Estado no pueden someterse a un ad calendas graecas natural o provocado, las autoridades competentes deberán privilegiar el interés general adoptando las medidas conducentes a un genuino desarrollo de sus potestades políticas, legislativas, reglamentarias, ejecutivas y de control”⁹ (subrayas nuestras).

Es un procedimiento (o proceso)

Es también un procedimiento –o mejor un proceso– mediante el cual el Estado garantiza a las autoridades representativas de los grupos étnicos y a las comunidades implicadas directamente la participación y el acceso a la información sobre un programa o proyecto que se pretende realizar en su territorio, buscando que participativamente sean identificados los impactos positivos o negativos del proyecto o programa respectivo.

⁸ Ibídem.

⁹ Sentencia C-891 de 2002, precitada.

¿Cuál es el objetivo de la Consulta Previa?

- **Establecer las medidas de mitigación de impactos**

La Consulta Previa es un mecanismo que busca salvaguardar la integridad étnica, cultural, social y económica de los pueblos indígenas y tribales que habitan nuestro país¹⁰.

Para alcanzar este objetivo, la participación de las comunidades es clave. Así, el Estado debe garantizar que estas puedan participar de manera “*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*”¹¹. (Subrayas nuestras).

Para ello las autoridades deben construir espacios y formas de diálogo “*adecuados*”¹² que permitan “*relaciones de comunicación y entendimiento*”¹³. En este sentido, la Corte definió en los siguientes términos la finalidad de la Consulta Previa así:

*“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 aquellas 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 dé 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”*¹⁴.

¹⁰ De acuerdo con la Corte Constitucional, 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”. Sentencia C-891 de 2002 M.P. Jaime Araújo Rentería. (Otras sentencias citadas: T-188 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz-, T-342 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell, SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell, C-825 de 2001 M.P. Martha V. SÁCHICA Méndez, C-825 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

¹¹ *Ibíd.*

¹² Cf. artículo 7 del Convenio núm. 169 de la OIT. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española adecuado significa “Apropiado a las condiciones, circunstancias u objeto de algo”. Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, <http://buscon.rae.es/draeI/>, consultado durante el 20 de julio de 2006.

¹³ Sentencia SU-039 de 1997, precitada.

¹⁴ *Ibíd.*

¿Qué pasa si no se llega a un acuerdo?

- **Cuando no hay acuerdo, la autoridad debe tomar decisiones no arbitrarias**

Cuando un proceso de Consulta Previa se cumple con el lleno de todos los requisitos de forma y de fondo y sin embargo no se llega a un acuerdo, la consulta no logra su objetivo fundamental¹⁵.

Ahora bien, cuando el proceso no cumple su finalidad de llegar a acuerdos, la responsabilidad de tomar las decisiones recae directamente en el Estado. En este evento, la Corte Constitucional fijó los límites de la Consulta Previa en el siguiente sentido: de ser imposible el acuerdo, la autoridad deberá tomar una decisión “*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*”¹⁶.

En otras palabras, lo anterior significa que ningún segmento de la población de un Estado Soberano puede vetar medidas o proyectos impulsados por este y que tienen como objetivo beneficiar a todos los ciudadanos. En este sentido el estudio de la Organización de Estados Americanos, OEA, y de la Universidad de Harvard, efectuado en 1997, sobre el caso del Bloque Samoré en Colombia, sostiene que

“Según esta explicación [Guía para la Aplicación del Convenio 169 de la OIT], las disposiciones señaladas implican que los gobiernos, desde un inicio, deben llevar un proceso de consulta cuyo objetivo es la concertación con los pueblos indígenas sobre las decisiones que los impactan directamente. Además, el proceso de consulta debe ser uno en el que los pueblos indígenas puedan participar y ejercer influencia en todas las fases de la toma de decisiones sobre proyectos relacionados con sus tierras, incluyendo las fases iniciales en las que se elaboran los proyectos. Según la Guía de la OIT, esto no quiere decir que los pueblos indígenas tienen el derecho a vetar las iniciativas de desarrollo impulsadas por el Estado, sino que el objetivo de la consulta deberá ser la concertación. Cuando la concertación no es posible, la decisión sobre el proyecto de desarrollo recae en el Estado; pero si el Estado decide ir en contra de la posición indígena, deberá justificar su decisión y establecer, entre otras cosas, que el proyecto no viole la integridad cultural indígena sino que, más bien, los beneficiará”¹⁷. (Subrayas nuestras).

En una democracia soberana ningún segmento de la población tiene derecho de veto

En apoyo a lo anterior vale la pena citar un extracto del documento de la Organización Internacional del Trabajo titulado “*Pueblos Indígenas y Tribales: guía para la aplicación*

¹⁵ Cfr. Sentencia C-891 de 2002, precitada.

¹⁶ Sentencia SU-039 de 1997, precitada.

¹⁷ Citado en Sentencia C-891 de 2002, precitada: Organización de Estados Americanos / Universidad de Harvard - Proyectos en Colombia. “Observaciones y Recomendaciones sobre el caso del Bloque Samoré” Informe elaborado por Theodore Macdonald y Yadira Soto. Washington, 1997. Pg. 13.

del convenio núm. 169 de la OIT”, el cual fue citado por la Corte en su Sentencia C-891 de 2002:

“A la pregunta de si el artículo 7 del citado Convenio implica que los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho a vetar las políticas de desarrollo, el documento ofrece la siguiente respuesta:

No, ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecte a todo el país. Durante las discusiones encaminadas a la adopción del Convenio, algunos representantes indígenas afirmaban que esto permitiría a los gobiernos hacer lo que quisieran. La Conferencia no entendió de esta manera el contenido de este artículo del Convenio.

El artículo 7º exige a los gobiernos realizar verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones. Lo anterior significa que los gobiernos tienen la obligación de crear las condiciones que permitan a estos pueblos contribuir activa y eficazmente en el proceso de desarrollo. En algunos casos, esto puede traducirse en acciones dirigidas a ayudar a los referidos pueblos a adquirir el conocimiento y las capacidades necesarias para comprender y decidir sobre las opciones de desarrollo existentes”¹⁸. (Subrayas nuestras).

¿Cuándo realizar la Consulta Previa?

El Convenio núm. 169 de la OIT prevé los casos en los cuales la (o las) autoridad(es) competente(s) debe(n) realizar la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas y Tribales. Estos supuestos han sido retomados por la Corte Constitucional quien a través de su jurisprudencia ha sentado las bases para la interpretación de las obligaciones derivadas del mencionado Convenio.

Convenio núm. 169 de la OIT

De conformidad con el Convenio núm. 169 de la OIT, la Consulta Previa debe realizarse en los siguientes casos:

1. Cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas (artículo 6);
2. Antes de emprender cualquier actividad de exploración o explotación de minerales y/u otros recursos naturales, que se encuentren en las tierras de dichos pueblos (artículo 15);
3. Cuando sea necesario trasladar las comunidades indígenas de sus tierras tradicionales a otro lugar (artículos 16 y 17);
4. Antes de diseñar y ejecutar programas de formación profesional dirigidos a dichos pueblos (artículos 27 y 28).

¹⁸ Ibídem.

Corte Constitucional, Sentencia C-169 de 2001

Es obligatoria cuando...

En apoyo a lo anterior, en un pronunciamiento de 2001 la Corte Constitucional determinó, a la luz del marco constitucional, legal y reglamentario, que la Consulta Previa es obligatoria en los siguientes casos¹⁹:

- Por previsión constitucional, la Consulta Previa es obligatoria cuando se trate de decisiones sobre la explotación de recursos naturales en territorios indígenas y afrodescendientes²⁰.
- Por previsión legal –Ley 70 de 1993– existen otras tres hipótesis en las cuales esta figura es también obligatoria: “a) en la definición del plan de manejo de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, cuando en ellos se encuentren familias o personas de comunidades negras que desarrollen prácticas tradicionales (art. 22); b) en la definición de la organización y el funcionamiento de los programas especiales de formación técnica, tecnológica y profesional para los miembros de dichas comunidades (art. 38); y c) en la conformación de la ‘unidad de gestión de proyectos’ que tendrá que existir en los fondos estatales de inversión social, para el apoyo de las comunidades negras en los procesos de capacitación, identificación, formulación, ejecución y evaluación de proyectos (art. 58). Además, la mencionada ley establece, en su artículo 44, que como un mecanismo de protección de la identidad cultural, las comunidades negras participarán en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socioeconómico y cultural que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere esta ley”²¹. (Itálicas originales).

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-169 de 2001, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Ver también Sentencia C-891 de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería.

²⁰ La Corte Constitucional en la Sentencia C-169 de 2001 (precitada) afirma que “La Constitución solo reconoció explícitamente la obligatoriedad de la consulta previa en el supuesto de hecho previsto por el párrafo del artículo 330, a saber: ‘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’”.

(...)

El Legislador, por su parte, se ocupó del tema en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, que reprodujo en lo esencial lo dispuesto en el párrafo del artículo 330 Superior, ampliando su alcance a los casos de proyectos en territorios de comunidades negras:

“La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales, de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades”. Cfr. párrafo del artículo 330 de la Constitución, artículo 76 de la Ley 99 de 1993 y Decreto 1320 de 1998.

²¹ Sentencia C-169 de 2001, precitada.

¿Cuáles son los requisitos de fondo y de forma?

Los requisitos de fondo: Los Principios

El Convenio núm. 169 de la OIT promueve el respeto por las culturas, las formas de vida, las tradiciones y el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y tribales, pues estos siendo nodos culturales únicos dentro de las sociedades nacionales tienen un valor intrínseco que necesita ser salvaguardado. Por ello para garantizar la pervivencia de sus tradiciones y especial modo de vida, se hace necesario que se expresen desde las orillas de su cultura.

El principio rector de la Consulta Previa es la buena fe. Cada uno de los participantes en el proceso debe actuar desde la verdad y la transparencia; la Organización Internacional del Trabajo, en su estudio mencionado atrás, lo definió en los siguientes términos:

Buena fe. *“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”*²².

En desarrollo del mencionado principio, la Dirección de Etnias estableció otros seis, los cuales fueron recogidos en el documento *Estudio de la Dirección de Etnias sobre los efectos en las que en las comunidades indígenas U’wa podría causar el proyecto de exploración sísmica Bloque Catleya, y sobre las condiciones de viabilidad para su realización*” efectuado en el 2005. Los mismos pueden resumirse de la siguiente manera²³:

Debido Proceso: El proceso que se adelante debe efectuarse bajo la coordinación del Gobierno Colombiano y, en la medida de lo posible, es menester:

- Acordar con las comunidades, sus autoridades y los demás participantes los procedimientos, tiempos, espacios y contenidos del proceso de consulta;
- Garantizar que las comunidades y sus autoridades, autónomamente escojan a sus representantes;
- Construir conjuntamente una metodología culturalmente adecuada para presentar el proyecto o la medida a consultar;

²² “Pueblos Indígenas y Tribales: guía para la aplicación del convenio núm. 169 de la OIT”, por Lee Swepton y Manuela Tome, citado en Sentencia C-891 de 2002, precitada.

²³ Con base en Vallejo, Pedro Nolasco; Hernández, Frank L.; Garzón, Édgar M., “Estudio de la Dirección de Etnias sobre los efectos en las que en las comunidades indígenas U’wa podría causar el proyecto de exploración sísmica Bloque Catleya, y sobre las condiciones de viabilidad para su realización”, Ministerio del Interior y de Justicia, Dirección de Etnias, 2005, p. 8.

- Escuchar los planteamientos realizados por las comunidades; debe garantizarse a las comunidades indígenas que lleven a cabo actividades internas y espacios autónomos de reflexión y decisión.

Legitimidad: El Estado debe asegurarse de que los representantes de la comunidad que participen en la toma de decisiones sean los legalmente reconocidos en su estructura organizativa. (Arts. 5° y 6°, Convenio 169 OIT).

Comunicación intercultural y bilingüismo: Es menester adoptar estrategias de comunicación provenientes de la cultura de la comunidad a consultar. Cuando sea posible y necesario, debe hacerse traducción a su lengua. (Art. 2° Convenio 169 OIT).

Información suficiente y adecuada: El Estado debe suministrar *“toda la información que no goce de reserva constitucional o legal; advirtiendo sí, que esta información oficial debe ser completa, consistente, coherente, verificable, comparable, contextualizada, diáfana y siempre oportuna”* (Sentencia SU-039 de 1997).

Oportunidad: La consulta debe realizarse antes de adoptar las medidas o emprender o autorizar el proyecto; los impactos y medidas también deben identificarse dentro del proceso. (Art. 15 Convenio 169 OIT, Sentencia SU-039 de 1997).

Pluralismo jurídico: Los principios y procedimientos del derecho propio de la comunidad a consultar hacen parte de las reglas aplicables al proceso. (Art. 8 Convenio 169 OIT, Art. 246 Constitución Política).

Los requisitos de forma

El Estado, en cumplimiento de la Ley 21 de 1991, al realizar un proceso de consulta, debe:

1. Establecer procedimientos para consultar a los grupos étnicos (art. 15).
2. Realizar las consultas mediante procedimientos apropiados (art. 6°).
3. Realizar las consultas con las instituciones representativas de los grupos étnicos (art. 6°).
4. Velar porque, siempre que haya lugar, se realicen estudios, en cooperación con los pueblos indígenas, a fin de evaluar el impacto social, espiritual, cultural y ambiental que las actividades previstas puedan tener sobre estos (art. 7°).
5. Considerar como criterios fundamentales para la ejecución de los proyectos o programas los resultados de los estudios que se realicen con la participación de los grupos étnicos (art. 7°).
6. Fijar los criterios, los términos y las condiciones en que las comunidades indígenas podrán participar en la evaluación de los efectos que ocasione el proyecto (art. 7°).
7. Garantizar, cuando sea posible, la participación de los grupos étnicos en los beneficios que reporten las actividades de desarrollo que se realicen en su territorio (art. 15).
8. Garantizar la indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades (art. 15).

2.

EL PROCEDIMIENTO DE CONSULTA PREVIA

El presente capítulo se concentra en la Consulta Previa que debe efectuarse en el supuesto de los artículos 15 del Convenio núm. 169 de la OIT y 330 de la Constitución Política, es decir, cuando se trate de la exploración o explotación de recursos naturales en sus territorios.

Así, la legislación colombiana distingue dos tipos de consulta sobre exploración o explotación de recursos naturales, las cuales explicaremos en la primera parte de este capítulo (1). La Dirección de Etnias lidera la Consulta sin licenciamiento, la cual será objeto de la segunda parte (2).

1. CLASES DE CONSULTA PREVIA SOBRE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES EN TERRITORIOS DE GRUPOS ÉTNICOS SEGÚN LA LEY COLOMBIANA

Con base en el marco legal colombiano, distinguimos dos tipos de consulta previa de acuerdo con el momento en que esta se realice:

Consulta con licenciamiento ambiental

En este caso la Consulta Previa se rige esencialmente por la Ley 99 de 1993 y el Decreto 1320 de 1998.

En este sentido, se inserta dentro del proceso de licenciamiento ambiental, el cual es competencia del Ministerio del Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, por ello se inicia con el auto que este expide. El Ministerio del Interior y de Justicia, a través de la Dirección de Etnias, realiza la socialización, las reuniones de trabajo, la identificación de impactos y medidas y finalmente la protocolización.

Consulta sin licenciamiento ambiental

En este caso la Consulta Previa se rige esencialmente por la Ley 21 de 1991 y el Decreto 200 de 2003. De esta manera es liderado por la Dirección de Etnias y puede tener o no un procedimiento ambiental asociado (Plan de Manejo).

2. Procedimiento de la Consulta Previa sin licenciamiento ambiental

Como ya fue mencionado en la introducción a esta Cuarta Parte del compendio, ningún proceso de Consulta Previa se parece a otro. Por ello el procedimiento que presentamos a continuación no es una camisa de fuerza y, de acuerdo con las características de cada caso concreto, la Dirección de Etnias, junto con las comunidades y los demás actores del proceso, pueden acordar metodologías diferentes.

Requisitos para su trámite

El interesado presenta a la DET la solicitud para iniciar el proceso de consulta previa, allegando los siguientes documentos:

- Información geográfica (planos con comunidades incluidas) y demográfica del área de influencia directa o indirecta del proyecto.
- Certificación del INCODER sobre la existencia de títulos colectivos para comunidades negras y resguardos indígenas legalmente constituidos.
- Certificación de la Dirección de Etnias sobre la existencia de las comunidades, el pueblo al que pertenecen, su representación y ubicación geográfica.
 - a) Descripción del Proyecto
 - b) Cuando se haya tenido un acercamiento previo del interesado con las comunidades, deberá entregar un informe sobre las actividades que se han desarrollado.

Una vez presentados estos documentos, se asigna a un profesional que se encarga del proceso desde su inicio hasta su terminación.

Fases del proceso de consulta

El Convenio 169 de la OIT concibe la Consulta Previa como un proceso, pues las características culturales de los grupos étnicos, sus formas de gobierno y representación, exigen del Estado una metodología adecuada para que, a medida que el proceso se vaya desarrollando, los indígenas y sus representantes adquieran el conocimiento necesario sobre la normatividad y el proyecto o programa a realizar.

FASE 1: DE INFORMACIÓN

Durante esta fase se realiza la labor de coordinación institucional y comunitaria; también se adoptan junto con las comunidades y los demás actores del proceso, las reglas bajo las cuales se desarrollará este. Así, se planean conjuntamente los tiempos y los planes de trabajo, se informa a la comunidad acerca del proyecto, sus impactos –positivos y negativos– y se procuran los espacios de reflexión interna de la comunidad.

Esta fase puede estar dividida en dos etapas.

La primera de “socialización”, busca hacer los primeros acercamientos entre las comunidades, las instituciones del Estado y los particulares interesados (la empresa).

Esta etapa se inicia con la identificación de los actores que intervendrán dentro del proceso, estos son:

- Los representantes legítimos de las comunidades interesadas;
- Los representantes de la(s) empresa(s) interesada;
- Los representantes de otros organismos estatales interesados;
- Los representantes de los órganos de control – facultativo (Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo);
- Representantes de Organizaciones Indígenas o Étnicas (facultativo).

Durante la misma, tanto la Dirección de Etnias como la empresa interesada presentan información introductoria acerca de (a) la Consulta Previa y su marco legal y (b) del tipo de proyecto que se desarrollará en la zona.

La segunda etapa consiste en reuniones de trabajo en las cuales se realizan, entre otras, las siguientes actividades:

- Presentación formal del marco legal del proceso, los actores que intervendrán y quienes tienen facultades para negociar (Interesado y Comunidad), además de aquellos que actúan como garantes y acompañantes del proceso (autoridades nacionales, locales y organizaciones étnicas).
- Intervención de la empresa o entidad interesada en la consulta, quien realiza una explicación detallada y exhaustiva del proyecto, obra o actividad a ejecutar, sus ventajas y desventajas.
- Intervención de la comunidad sobre sus apreciaciones y discusión de los temas planteados.
- Acuerdos sobre cuándo se iniciará la siguiente fase de la Consulta Previa y las actividades acordadas entre el Interesado y la Comunidad.

FASE II. DE CONCERTACIÓN Y DE IDENTIFICACIÓN DE IMPACTOS Y MEDIDAS

Durante esta fase comienza la elaboración de los estudios de identificación de impactos y medidas; junto con la comunidad y la empresa interesada se analizan los impactos, se concertan las medidas de manejo y se protocoliza la consulta.

Durante el tiempo que dure esta fase y antes de la reunión de protocolización, se garantizan los espacios de reflexión interna de la comunidad.

FASE III. DE SISTEMATIZACIÓN Y SEGUIMIENTO

El proceso se sistematiza en el sistema de información de la DET y se realiza seguimiento a cada una de las actividades acordadas dentro del acta de protocolización o el Estudio Social y se hace revisión periódica al cumplimiento de cada una de las partes, es decir, comunidad y empresa o entidad.

La Dirección de Etnias, en cumplimiento de su función de protección de los derechos de las Etnias, supervisa el desarrollo de los acuerdos pactados.

**JURISPRUDENCIA
Y DOCTRINA DEL CONSEJO
DE ESTADO**

1. CONCEPTO DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL DEL CONSEJO DE ESTADO, RAD. 1708 DEL 2 DE FEBRERO DE 2006

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: *Luis Fernando Álvarez Jaramillo.*
Bogotá, D. C., dos (2) de febrero de dos mil seis (2006).

Radicación: N° 1708.

Referencia: Procedimiento para desarrollo legal de consulta previa a comunidades U'wa sobre proyecto de interés nacional en área de resguardo.

El señor Ministro del Interior y de Justicia, doctor Sabas Pretelt de la Vega, consulta a la Sala sobre el procedimiento legal aplicable por el gobierno colombiano para desarrollar un proyecto de exploración de hidrocarburos en territorio del Resguardo Unido U'wa que requiere la participación de dicha comunidad a través de la figura de la consulta previa definida en el Convenio OIT 169, ratificado por la Ley 21 de 1991, cuando dicha comunidad rechaza el proyecto y rehúsa participar en el proceso de consulta, a pesar de las reiteradas convocatorias, realizadas por el Ministerio del Interior y de Justicia.

El Ministro plantea que desde 2002 Ecopetrol adelanta actividades exploratorias en el área denominada Sirirí, una zona que según los geólogos es prospectiva, es decir, puede contener acumulaciones de hidrocarburos (petróleo y gas) en el subsuelo.

Afirma que dicha área, de 186.000 hectáreas, localizada en los departamentos de Arauca, Boyacá y Norte de Santander, fue devuelta a Ecopetrol por parte de la Compañía Occidental de Colombia luego de perforar el pozo Gibraltar 1, de manera que aquella asumió, con sus propios recursos, el riesgo de continuar la perforación de Gibraltar 1, con resultados tan positivos, que Ecopetrol optó por perforar un segundo pozo exploratorio, Gibraltar 2, con el fin de obtener mayor información sobre la cantidad y calidad de hidrocarburos que podrían producirse de manera comercial. La perforación concluyó en enero de 2004, con resultados también positivos.

La existencia de dos pozos produciendo hidrocarburos y en etapa de evaluación, obliga a los geólogos a asegurarse de que la información geológica esté completa, con el fin de determinar el tamaño de las reservas allí depositadas; para eso, deben realizar pruebas extensas y trabajos adicionales, lo que requiere una serie de actividades, no solo en Sirirí, sino en la zona aledaña denominada Catleya.

El proyecto denominado Sirirí-Catleya está localizado en la zona conocida como región del Sarare, que ocupa territorios en los departamentos de Arauca, Boyacá y Norte de Santander, así: Bloque Sirirí: departamentos de Boyacá y Norte de Santander, municipios de Cubará y Toledo, en área del Resguardo Unido U'wa de la Comunidad U'wa, de Asou'wa (Asociación de Resguardos del Pueblo U'wa), y Bloque Catleya: departamentos de Arauca y Boyacá, municipios de Saravena, Fortul y Cubará, que comprende también área del resguardo U'wa de Ascatidar (Asociación U'wa de Arauca).

Manifiesta también el señor Ministro que la negativa de los pueblos U'wa a la exploración petrolera implica un costo social y económico de alcance inconmensurable, puesto que en Colombia la explotación petrolera, como parte de una actividad estatal, no es un recurso de mera capitalización sino fuente de generación de una porción importante de inversión social y desarrollo humano. Además, anota que está demostrado que entre 2006 y 2010 se producirá una banda de desabastecimiento de petróleo que tendrá efectos inminentes en las finanzas públicas si no se inician actividades inmediatas de exploración y explotación de nuevos yacimientos, teniendo en cuenta que una fuerte expectativa de incursionar en proyectos de exploración exitosa es la sísmica prevista a realizar en territorios U'wa, concretamente en los Bloques Sirirí, Catleya y Mundo Nuevo.

A renglón seguido el Ministro muestra, a través de gráficas con su debida explicación, cómo, con las reservas actualmente probadas, el petróleo sería insuficiente para cubrir la demanda de productos nacionales hasta 2010 y cómo Ecopetrol se vería obocada como empresa a comprar crudo a sus socios para cubrir sus ventas netas y a tener que importar, a partir de 2008, al darse la entrada de la expansión de la refinería de Cartagena. Así mismo, explica el costo de oportunidad para el país por la no ejecución de los proyectos propuestos, representado por la importación de crudo para la producción proyectada de esos campos, en los años en que Ecopetrol esté importando para carga de refinerías; el de paridad de exportación para los años en que Ecopetrol esté comprando para cargar refinerías o en que pueda tener excedentes de exportación. Similar costo de oportunidad tendría el tener que aplazar estas actividades, puesto que en el VPN del desplazamiento, el mayor impacto obedece a los primeros años de producción. Respecto del gas natural el costo de oportunidad es el de venta del gas natural y el de sacrificar desarrollos de mercado para su comercialización.

Teniendo en cuenta que lo que está en juego es la posibilidad de extraer petróleo conforme a los principios ineludibles de desarrollo humano y respetando los derechos colectivos de los indígenas, así como la preocupación del gobierno por la multiplicación de conflictos socioambientales, no solo con el pueblo U'wa sino con otros pueblos indígenas, el Estado procurará reunir toda la experiencia acumulada en otras actividades exploratorias y tomar en cuenta todas las observaciones posibles levantadas durante la consulta al pueblo U'wa de Ascatidar, con el fin de participar al pueblo U'wa de los beneficios de la eventual explotación petrolera, incluyendo la adopción de mitigación ambiental y procurando un mejoramiento cualitativo como se describe en los cuadros 1 y 2 de la consulta.

Finalmente advierte el señor Ministro que la negativa de los pueblos U'wa a la exploración petrolera, o la negativa absoluta anticipada a iniciar el proceso de consulta previa, luego de tres años de acercamientos preliminares, por parte del pueblo U'wa aglutinado en Asou'wa, tienen efectos jurídicos, políticos, económicos y sociales que inciden en forma negativa en los derechos de esos mismos pueblos indígenas y sus miembros, como en el resto de la población colombiana.

Afirma el Consultante que el NO dado por Ascatidar como respuesta a la consulta previa sobre exploración petrolera, no puede mirarse como un veto, puesto que la consulta previa implica el ejercicio de participación de los pueblos, pero no una autorización o desautorización para que el Estado actúe, aunque de todas maneras sirve para identificar una cantidad importante de observaciones y recomendaciones que deben ser tomadas en cuenta para mitigar los eventuales daños que puedan generar las actividades de exploración y explotación petrolera. Sin embargo, agrega que el Estado no considera una decisión “conveniente”, desde la óptica de los derechos humanos, que en el caso de Asou'wa se haya producido esa negativa absoluta a la consulta previa, porque el pueblo U'wa ha renunciado a un espacio participativo y democrático que podría generar tensiones sociales y políticas donde todos los actores involucrados pierden.

Pone en conocimiento de la Sala algunos antecedentes legales y jurisprudenciales relacionados con la protección del Estado a la identidad e integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas, sobre el principio de participación para hacer efectiva dicha protección, así como sobre la consulta previa como instrumento de participación para la defensa de esa integridad cultural, social y económica.

Dichos antecedentes pueden sintetizarse de la siguiente forma:

La Constitución Política de 1991 establece que Colombia es un Estado Social de Derecho (art. 1°) y declara que la nación es pluriétnica y multicultural, señalando que el Estado debe proteger la diversidad incluida la protección al medio ambiente y la biodiversidad (arts. 8°, 79 y 80). A su vez el parágrafo del artículo 330 de la Carta dispone que: “(...) *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 dichas comunidades*”; reconoce las autoridades particulares indígenas, su legislación y su posibilidad para representarse como comunidad y como personas, lo que les permite estar en una situación de capacidad frente a la ley y las instituciones.

A través de varias providencias la Corte Constitucional ha orientado la conjunción del quehacer del Estado con la protección de la diversidad étnica y cultural, explicando que “*el reconocimiento de la referida diversidad obviamente implica que dentro del universo que ella comprende y es consustancial, se apliquen y logren efectivamente los derechos fundamentales de que son titulares los integrantes de las comunidades indígenas*” (Sentencia T-342/94), agregando que “(...) *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 su protección cada vez que ellos les sean conculcados” (Sentencia T-380/93), y anotando asimismo que de plano la Constitución Política “reservó a favor de las comunidades indígenas una serie de prerrogativas que garantizan la prevalencia de la identidad cultural, social y económica, su capacidad de autodeterminación administrativa y judicial, la consagración de sus resguardos como propiedad colectiva de carácter inalienable y de los territorios indígenas como entidades territoriales al lado de los municipios, los distritos y los propios departamentos” (Sentencia T-007/95).

Refiriéndose a la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas y a la participación de estos para hacer efectiva la protección de su identidad cultural, social y económica, la Corte ha sostenido:

“La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que como se ha visto antes configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Y precisamente, para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación” (Sentencia SU-039/97).

Sobre la necesidad de propiciar la participación a través del mecanismo de la consulta previa y el significado de esta, la Corte dice:

“... El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (C. P. art. 40-2) tiene reforzamiento en el convenio número 169, aprobado por la Ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos...” (Sentencia SU-039/97).

Ahora bien, sobre el alcance de la consulta previa, la Corte, en la mencionada Sentencia SU-039/97, sostuvo que ella debe buscar que la comunidad tenga conocimiento pleno sobre los proyectos; que sea enterada sobre la manera como estos pueden afectar o menoscabar los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política, para que, a través de sus integrantes o representantes, valoren conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad, que será oída en relación con sus inquietudes, para que pueda pronunciarse sobre su viabilidad y, en fin, que la comunidad tenga participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, agregando 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”.

Por último, el Ministro del Interior y de Justicia se permite señalar algunos antecedentes fácticos relacionados con el tema de la consulta previa, los cuales pueden resumirse de la siguiente forma:

1. Entre 1992 y 1995 se llevó a cabo en el bloque Samoré un proceso de consulta previa. El 3 de febrero de 1995 mediante Resolución 110, el Ministerio del Medio Ambiente otorga licencia ambiental, para el desarrollo de actividades sísmicas. La licencia fue rechazada por la comunidad.
2. El 22 de agosto de 1995 la Defensoría del Pueblo instaura ante el Consejo de Estado la correspondiente acción de nulidad y solicita suspensión provisional de la Resolución 110, por considerar que con su expedición se violaron, entre otras, importantes normas constitucionales y legales relacionadas con la participación ciudadana, el desarrollo de las minorías étnicas y la protección al medio ambiente.
3. Además, aunque para la empresa Occidental se habían cumplido los requisitos de consulta previa, el 4 de septiembre de 1995 el Defensor del Pueblo, en representación del pueblo U'wa instaura acción de tutela por violación del derecho de la comunidad a ser consultada. La Corte Constitucional el 3 de febrero de 1997 falla la tutela a favor de los U'wa.
4. En diciembre de 1995 el Ministerio del Medio Ambiente mediante auto constituye la Comisión Intercultural, convocatoria que el pueblo U'wa no atendió.
5. El 14 de marzo de 1997 el Consejo de Estado falla a favor de la legalidad de la Resolución 110 de 1995, determinando que el veredicto de tutela de la Corte era provisional y transitorio, por lo que queda sin efecto.
6. Ante la contradicción entre las altas instancias judiciales, se demanda al Estado ante la OIT, organismo encargado de vigilar el Convenio 169 y su aplicación mediante la Ley 21 de 1991, cuya finalidad es proteger los derechos de los pueblos indígenas; paralelamente el Estado colombiano es emplazado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en demanda que aún está vigente.
7. Ante la internacionalización del conflicto, el Presidente Samper solicita los buenos oficios de la Secretaría General de la OEA, organismo que acude al programa de sanciones no violentas y sobrevivencia culturales de la Universidad de Harvard, de manera que entre ambas entidades se establece una comisión de estudio en terreno que en septiembre de 1997 produce un informe recomendando, entre otros puntos, la *“concretización de un proceso de consulta bajo la responsabilidad del gobierno colombiano”*.
8. En 1999 la compañía Occidental desarrolla un estudio de impacto ambiental y el plan de manejo ambiental y solicita licencia ambiental para perforar el Pozo Gibraltar 1, que es concedida mediante Resolución 0788 de septiembre 21 de 1999. Esta licencia fue impugnada y contra ella se instauró acción de tutela que no prosperó.

9. En mayo 9 de 2002 Occidental formalizó la cesión a Ecopetrol de los derechos sobre las licencias ambientales 110 de 1995 y 788 de 1999 de manera que en 2003 bajo la operación de Ecopetrol se finalizó la perforación del pozo Gibraltar 1 y se perforó el pozo Gibraltar 2 por fuera del Resguardo Unido U'wa.
10. Durante 2004 y primer trimestre de 2005 se llevó a cabo el proceso de consulta previa a las siete comunidades U'wa del departamento de Arauca, ubicadas en el área de influencia del Bloque Exploratorio Catleya, que terminó con un acto de protocolización el 7 de abril de 2005.
11. El 28 de septiembre de 2005, en cumplimiento de una convocatoria de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, en el resguardo Unido U'wa, en el paraje denominado San Luis del Chuscal (municipio de Cubará, Boyacá), se realizó reunión para el inicio de la consulta previa, con presencia de autoridades U'wa, miembros de la comunidad, funcionarios del Gobierno y representantes de los órganos de control y el Director Regional de la OIT para América Latina y el Caribe. En dicha reunión los representantes de las comunidades U'wa de Boyacá expresan su decisión de NO ir a la consulta previa y de no aceptar el desarrollo de actividades extractivas en el territorio del Resguardo Unido U'wa.

Con fundamento en los anteriores argumentos, específicamente se formulan a la Sala los siguientes interrogantes:

- I. *El Gobierno Nacional considera que ha surtido los procedimientos legales para el proceso de consulta previa, dando las garantías plenas de participación. ¿Es necesario algún trámite adicional para dar inicio al proyecto petrolero de interés general en las áreas de resguardos indígenas?*
- II. *¿Se ajusta a las normas legales y constitucionales, en particular a la Ley 21 de 1991, la iniciación de un proyecto petrolero de utilidad pública e interés general en una zona de resguardo indígena, cuando una comunidad no quiere participar o no está de acuerdo con el proyecto, a sabiendas de los efectos devastadores que puede generar un desabastecimiento de hidrocarburos para todo el país?*

La Sala considera:

Con el fin de absolver la consulta formulada, es indispensable determinar la naturaleza y alcances constitucionales y legales de la consulta previa que debe adelantarse con una comunidad indígena para la realización de un proyecto de interés nacional en áreas que corresponden a un resguardo; describir el procedimiento cumplido en los casos objeto de consulta; determinar cuál ha sido la posición de los grupos indígenas y las respuestas del Estado colombiano y finalmente evaluar si dicho procedimiento se ajusta a las exigencias normativas, con sus efectos concretos con respecto a los interrogantes formulados por el señor Ministro del Interior y de Justicia en relación con el conflicto de intereses entre las comunidades indígenas y el denominado Estado Nacional.

1. Consulta Previa a las Comunidades Indígenas. Alcances del Procedimiento. Posición del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

Dispone el parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política:

“Artículo 330 C. P.

(...)

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

Dentro de este orden de ideas, **la Ley 21 de 1991** por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76 Reunión de la Conferencia General de la OIT, dispone que los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger sus derechos y a garantizar el respeto a su integridad (art. 2°); asimismo, consagra que los pueblos indígenas deben gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales (art. 3°), tienen derecho al reconocimiento y protección de sus valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales (art. 5°) y establece que los gobiernos, al aplicar las disposiciones del Convenio, tienen la obligación de “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”, teniendo en cuenta que “las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (art. 6°). También dispone la norma que “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 este afecta 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” y agrega que “los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan” (art. 7°).

Con respecto al uso de tierras, el artículo 13 del Convenio dispone que los gobiernos deben respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados revisten su relación con las tierras, o territorios, o con ambos, así como los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes

en sus tierras, los cuales serán objeto de especial protección, lo que significa que esos pueblos tienen derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

La Ley 21 de 1991, en especial sus artículos 6-1 literal a) y 15, si bien dispone sobre el deber de consultar a los pueblos interesados, cada vez que se provean medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarlos directamente, como cuando se trata de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras, en realidad no especifica las circunstancias de tiempo y modo para efectuar la referida consulta, ni señala reglas mínimas para el cumplimiento de la misma, razón por la cual el Gobierno Nacional debió expedir el Decreto número 1320 de 1998, “*por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio*”.

El texto normativo del decreto tiene por finalidad buscar la aplicación reglamentaria del artículo 7° y parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política, en desarrollo de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 7° y numeral 2 del artículo 15 de la Ley 21 de 1991, en los artículos 17 y 44 de la Ley 70 de 1993 en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993 y en el artículo 35 del Decreto 1745 de 1995¹.

¹ Dispone el artículo 7° de la Constitución Política que: “*El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana*”:

El parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política establece: “*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*”.

El numeral 3° del artículo 7° de la Ley 21 de 1991, por la cual se aprueba el Convenio número 169 de 1987 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, dispone que: “*Los gobiernos deberán velar por que siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas*”.

El numeral 2 del artículo 15 de la Ley 21 de 1991 establece que: “*En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o 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...*”.

El artículo 17 de la Ley 70 de 1993 preceptúa que “*a partir de su vigencia y hasta tanto no se haya adjudicado en debida forma la propiedad colectiva a una comunidad negra que ocupe un terreno en los términos, que la misma establece, no se adjudicarán las tierras ocupadas por dicha comunidad ni se otorgarán autorizaciones para explotar en ella recursos naturales, sin concepto previo de la Comisión conformada por el Instituto Colombiano para la Reforma Agraria, Incora, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi y el Ministerio del Medio Ambiente*”.

El artículo 44 de la Ley 70 de 1993 establece: “*Como un mecanismo de protección de la identidad cultural, las comunidades negras participarán en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impactos ambiental, socioeconómico y cultural, que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere esta ley*”.

Inicialmente el decreto en cuestión establece una serie de disposiciones generales sobre el objeto de la consulta, la determinación del territorio y la identificación de las comunidades, para ocuparse posteriormente del concepto y procedimiento correspondientes a la consulta previa en materia de licencias ambientales o establecimiento de planes de manejo ambiental, así como la consulta previa frente al documento de evaluación y manejo ambiental, los permisos de uso y el aprovechamiento o afectación de recursos naturales renovables.

Este decreto fue objeto de acción de nulidad ante el Consejo de Estado, organismo que por Sentencia de mayo 20 de 1999, Radicado 5091 al declarar su legalidad, estableció importantes reglas de interpretación con respecto a su alcance, algunas de ellas tomadas o basadas en anteriores providencias propias y de la Corte Constitucional.

Dice el Consejo de Estado:

– *“El decreto ciertamente se ocupa de la consulta previa en relación con tres materias, a saber, la de licencias ambientales, el establecimiento de planes de manejo ambiental y permisos de uso y el aprovechamiento o afectación de recursos naturales renovables. Así mismo es cierto que no hace mención expresa de la participación de las comunidades respectivas en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. Pero ello, por sí mismo, no se opone a la norma superior invocada (numeral 1 del artículo, 15 de la Ley 21 de 1991), puesto que el objeto del decreto es precisamente reglamentar el procedimiento para la participación de tales comunidades en las decisiones que se adopten respecto de la explotación, mas no en dicha explotación, que es cuestión muy diferente. El deber del gobierno es el de propiciar la participación de las comunidades y establecer procedimientos adecuados para realizar las consultas. La adopción de decisiones corresponde a reglamentaciones distintas, específicas, las cuales se han dado respecto de campos o áreas como el forestal, el minero, etc.*

De otro lado el hecho de que el decreto acusado no contenga provisiones específicas sobre el tópico que preocupa al actor, no excluye que cuando el tema de la consulta involucre el uso, aprovechamiento, afectación de recursos naturales, se trate el referido asunto, sea de manera conjunta o paralela, puesto que como se describe en el artículo 1º del decreto acusado, la consulta previa tiene como fin analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que pueda ocasionarse a una

El artículo 76 de la Ley 99 de 1993 estipula que: *“La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades”.*

Dispone el artículo 35 del Decreto 1745 de 1995 sobre elementos básicos para el concepto previo por parte de la Comisión Técnica, en su numeral 1 establece que esta Comisión verificará *“si el proyecto objeto de la solicitud; de otorgamiento de licencia ambiental, concesión, permiso, autorización o de celebración, de contratos de aprovechamiento y explotación de los recursos naturales y genéticos (sic), se encuentra en zonas susceptibles de ser tituladas como tierras de comunidades negras, a fin de hacer efectivo el derecho de relación de que trata la ley”.*

comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio”.

Con respecto a una posible violación del artículo 76 de la Ley 99 de 1993, según el cual la explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, el Consejo de Estado afirma:

“La Sala no observa que el Decreto 1320 de 1998, en su conjunto, presuponga el desmedro de la integridad étnica, social, cultural y económica de las comunidades indígenas, ni que sea un instrumento que no permita garantizar dicha integridad. Visto de manera global es un mecanismo que facilita hacer efectiva la preservación de las mismas, cuando de la explotación de recursos en sus territorios se trata al permitirles participar, a través de sus representantes, tanto en la elaboración de los estudios ambientales (artículo 5°) como en acuerdos sobre la identificación de impactos y las medidas propuestas dentro del plan de manejo ambiental y las demás que sean necesarias para su preservación”. Y agrega que lo preceptuado en los artículos acusados en forma alguna atenta contra la diversidad étnica y cultural de la nación, sino que más bien apuntan a contribuir a su preservación, en cuanto ayudan o concurren con otros mecanismos que se han venido dando v. gr. la acción de nulidad contra los actos que confieren licencias ambientales, la concertación de políticas, etc., a la creación de condiciones jurídicas para que las etnias que eventualmente puedan resultar afectadas en su entorno y por consiguiente en su supervivencia por determinados proyectos públicos o privados, o actividades económicas, se procuren los correctivos o medidas necesarios para evitar ser afectadas negativamente en sus condiciones de vida.

Sobre los efectos de la inasistencia de una comunidad indígena o negra a la reunión de consulta previa, el Consejo de Estado avala lo dispuesto por el artículo 13 del Decreto 1320/98, en el sentido de que la comunidad debe justificar su no asistencia, de manera que si presenta razones que en sentir de la autoridad, son justificativas de su inasistencia, es porque tiene interés en participar en la consulta y ello no puede ser indiferente a la autoridad ambiental. Ahora, si esa justificación no se ofrece o si las razones que se den no son serias o convincentes, nada obsta para que pueda presumirse el acuerdo o asentimiento por parte de dicha comunidad, como lo dice la norma mencionada y anota el Consejo de Estado, que es precisamente la comunidad interesada a quien compete destruir la presunción que establece la norma.

Con respecto a una posible violación del artículo 2° de la Carta, que establece como uno de los fines esenciales del Estado el de *“facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan”* por el hecho de que el decreto no prevea expresamente que la participación se haga para lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas, el Consejo de Estado sostiene lo siguiente:

“En materia ambiental ha de tenerse en cuenta que: 1. Son muchas las formas que se pueden adoptar para hacer efectiva la participación referida, de modo que no todas deben darse en el mismo sentido o forma, y de hecho ya existen. 2. Que la toma de decisiones tiene diversos niveles y etapas, de suerte que para

cada una de estas la ley o el reglamento pueden ir consagrando las que se estimen adecuadas y, 3. Que, en virtud de ello, hay niveles de decisión en estricto sentido, esto es, donde no sólo se discute sino que también se adoptan o formalizan determinaciones, en los cuales las mentadas comunidades tienen también participación a través de sus representantes, como por ejemplo, en las juntas o Consejos Directivos de las Corporaciones Regionales Autónomas, en atención del artículo 26, literal f) de la Ley 99 de 1993”.

Y más adelante agrega:

“... El hecho de que el decreto impugnado no prevea expresamente que la participación se haga para lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas, ni para incidir de manera efectiva en la decisión de realizar o no el proyecto, obra o actividad, y la forma de participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales que se pretenden explotar o en los beneficios que surjan de dicha explotación, no significa, por una parte, que se viole el artículo 2° de la Carta, puesto que de su tenor no se desprende que todos los mecanismos o formas de participación que se adopten deban disponerlos así expresamente y, por otra, que aun cuando no sean mecanismos idóneos para lograr el consenso a través de ellos, lo cierto es que con ellos se persigue alcanzar lo previsto en el artículo 13 del decreto atacado”.

Sobre el mismo punto, también anota la Corporación:

“Al punto, cabe decir, como lo precisó la Sala, con base en la Sentencia C-489 de 3 de noviembre de 1994, a propósito de la concertación con las comunidades indígenas, que la consulta previa “... no se opone al principio de dirección general de la economía a cargo del Estado (artículo 334 C. N.), ni impide que el Gobierno y los demás organismos públicos, cada uno dentro; de la órbita constitucional de sus atribuciones, ejerzan el poder que les corresponde, sino que complementa la acción estatal mediante la mayor información sobre la realidad económica, en intercambio de criterios y propuestas y las posibilidades de acuerdo entre los sectores público y privado (Gaceta de la Corte Constitucional, noviembre de 1994, tomo II, págs. 45 y ss.) (Consejo de Estado Sentencia de 8 de octubre de 1998, expediente 4373) (negrilla fuera de texto).

Finalmente, dentro de estos antecedentes normativos, es necesario observar que el artículo 16 del Decreto 200 de 2003, al señalar las funciones de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia establece en el numeral 2:

“Adelantar y divulgar estudios e investigaciones sobre grupos étnicos, en coordinación con la Dirección de Ordenamiento Jurídico, las entidades y organizaciones relacionadas con el tema, con el fin de evaluar la incidencia social, cultural y del medio ambiente que las distintas actividades a desarrollar puedan tener sobre dichas comunidades de conformidad con la ley”.

Esta es la razón por la cual la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia aparece como la entidad coordinadora de los procesos de consulta previa y garante de los derechos de los indígenas y realizó el “ESTUDIO SOBRE LOS

EFFECTOS QUE EN LAS COMUNIDADES INDÍGENAS U'WA DEL DEPARTAMENTO DE ARAUCA PODRÍA CAUSAR EL PROYECTO DE EXPLORACIÓN SÍSMICA, BLOQUE CATLEYA Y SOBRE LAS CONDICIONES DE VIABILIDAD PARA SU REALIZACIÓN con el fin de garantizar los derechos, fundamentales de los grupos étnicos, ... *“teniendo en cuenta que el estudio es el resultado del análisis de las condiciones sociales, económicas, políticas y culturales de los U'wa y en general del contexto territorial en el que se plantea el proyecto”.* En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 7° del Convenio 169 de la OIT, dicho estudio se envió el 30 de junio de 2005 al señor Presidente de la República.

En síntesis, sostiene la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, y así se evidencia en el expediente, que *“para llevar a cabo este proceso de consulta previa al pueblo U'wa de Arauca se buscó aplicar el más alto estándar proteccionista del nivel nacional e internacional: Constitución Política artículos 2°, 7°, 10, 13, 40, 53, 70, 79, 83, 93, 94, 246, 277, 282, 330 y 332; Convenio 169 de la OIT aprobado por la Ley 21 de 1991, artículos 2°, 6°, 7°, 8°, 15 y 30; Ley 99 de 1993 y Decreto 200 de 2003”.* Agrega la Dirección de Etnias que *“debido a que no se ha desarrollado en la normatividad nacional los procedimientos para la consulta previa en proyectos de exploración sísmica que no requieren licencia ambiental, en este caso se aplicó directamente el artículo 15 inciso 2, del Convenio 169 de la OIT”.*

2. La consulta previa como parte del procedimiento de participación de los pueblos indígenas, exigida por el Convenio 169 ratificado por la Ley 21 de 1991.

El expediente allegado a la Sala contiene la misma documentación correspondiente a la presentación del Estado de Colombia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por medio de la cual el Ministerio del Interior y de Justicia acredita el sentido y los alcances de la consulta previa y participación del pueblo U'wa, en dos momentos geográficos y cronológicos distintos, uno de ellos representado por Ascatidar; y el otro, representado por Asou'wa, razón por la cual la Sala hará por separado la descripción de ambos procedimientos.

2.1. Asociación de Cabildos y Autoridades Tradicionales Indígenas del departamento de Arauca, Ascatidar, Comunidades U'wa del departamento del Arauca.

- Con fundamento en las disposiciones normativas mencionadas en el punto 1 de este capítulo, la Dirección de Etnias elaboró una propuesta de consulta que presentó y concertó con los U'wa de Arauca, según consta en el Anexo N° 1, A y B del documento enviado a la Presidencia de la República; convocó a las comunidades, a sus autoridades propias y a su organización, para desarrollar el proceso bajo los principios de buena fe y transparencia. Ascatidar acordó adelantar la consulta de manera independiente del resto de las comunidades U'wa de otros departamentos.
- La Dirección de Etnias estructuró una metodología dirigida a garantizar los derechos fundamentales de los U'wa, sobre la base del debido proceso, de acuerdo

- con lo dispuesto por el Convenio 169 OIT, la Constitución Política, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en especial la Sentencia SU-039/97, emitida para el caso U'wa-OXI, como también las recomendaciones de la Comisión OEA-Harvard, con el fin de generar igualdad de condiciones entre el Estado, la empresa Ecopetrol y la comunidad.
- Dentro de este orden de ideas el proceso se desarrolló con base en los siguientes principios constitucionales y legales: **Buena fe** (la Dirección de Etnias asume que el proyecto de sísmica a desarrollar y los mecanismos, procedimientos y actividades para su ejecución son los que Ecopetrol ha notificado en el marco de la solicitud formulada a esa Dirección, y presentado a las comunidades dentro del proceso de consulta). **Debido proceso** (se garantiza que los documentos de posición de los U'wa hacen parte del proceso y serán considerados en el estudio final). **Legitimidad, comunicación intercultural, bilingüismo, información suficiente y adecuada, oportunidad y pluralismo jurídico** (dice la Dirección de Etnias que de la aplicación de estos principios pueden dar fe los organismos de control: Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo, del nivel nacional y regional).
 - Para garantizar el debido proceso la Sentencia SU-039 de 1997 de la Corte Constitucional dispuso que la consulta se debía adelantar bajo las siguientes bases: “(...). A) *Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en su territorio; B) Que la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos pueden afectarlos social, ambiental, cultural, económica y políticamente; C) Que la comunidad y sus representantes libremente y sin interferencias puedan analizar y valorar las ventajas y desventajas del proyecto; garantizándoseles que sean oídas sus inquietudes y pretensiones respecto del proyecto, buscando que la decisión que se tome en lo posible sea acordada o concertada y que finalmente la decisión de la autoridad esté desprovista de arbitrariedad o autoritarismo, es decir, sea objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana*”.
 - Para atender el mandato de la Corte, la consulta se desarrolló con base en la metodología del desdoblamiento o réplica, que incluye los siguientes elementos: “a) *traducción y bilingüismo; b) respeto por las prácticas y tiempos culturales propios (ayuno); c) respeto por sus formas de aprendizaje (espacios autónomos de reflexión y decisión, visitas de campo, apoyo a las actividades educativas con materiales audiovisuales: rotafolios, maquetas, videos, casetes de audio, cartillas, apertura de diálogo intercultural); d) Apoyo económico representado en bonificaciones para los once indígenas delegados por las comunidades y sus autoridades propias que conformaron el equipo indígena de Consulta, contratación de dos asesores profesionales escogidos por los U'wa para apoyarlos en aspectos lingüísticos, jurídicos y sociales, dotación de oficina a Ascatidar para el apoyo de actividades propias del proceso, recursos económicos representados en gastos de viaje, alimentación y materiales, principalmente, para actividades internas en las comunidades como reuniones y recorridos*”.

- El proceso de consulta se diseña y desarrolla en cuatro etapas: Etapa de acercamiento (abril-diciembre 2004), etapa de capacitación e identificación de impactos y medidas (enero, febrero, marzo y primera semana de abril de 2005), etapa de evaluación del proceso, elaboración de estudios y seguimiento (7 de abril y 30 de junio de 2005).
- Bajo estos parámetros se surtió una primera fase de información a través de 7 talleres en los que se trataron temas como el marco jurídico y metodológico de la consulta, la industria petrolera con énfasis en el proceso exploratorio, conocimiento mutuo, resolución de conflictos y formación de líderes facilitadores (febrero a septiembre de 2004).
- Reunión fallida de instalación de consulta previa (septiembre 10 de 2004).
- Dos reuniones para conformar el equipo indígena coordinador de la consulta con participación del Ministerio del Interior y de Justicia, la organización, gobernadores y autoridades tradicionales (octubre de 2004) instalación de la consulta previa (noviembre 10 de 2004).
- Concertación de la inversión social preliminar y recursos para el funcionamiento del equipo indígena coordinador y fecha de protocolización con participación de Ascatidar y Comité Interinstitucional (diciembre 16 de 2004).
- Primer taller: Socialización del convenio para el apoyo al Ministerio del Interior y de Justicia en el desarrollo de la consulta previa. Participantes: Ecopetrol, Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia; comunidades indígenas y Ascatidar (enero 10 de 2005).
- Segundo taller: Presentación general de los proyectos exploratorios, concertación y aprobación del cronograma de actividades y metodología del mismo. Participantes: Ascatidar, delegados de comunidades indígenas, Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia; Personería Municipal de Saravena, Alcaldía de Saravena, Organización Nacional Indígena de Colombia, ONIC y Ecopetrol (enero 26 y 27 de 2005).
- Tercer taller sobre validación de información secundaria, para elaboración de Estudio de Impacto Ambiental, EIA, y Plan de Manejo Ambiental, PMA. Participantes: Ministerio del Interior y de Justicia, equipo indígena, Ecopetrol (febrero 14 y 15 de 2005).
- Cuarto taller: Análisis del Proceso. Participantes: Ministerio del Interior y de Justicia, equipo indígena y Ecopetrol (marzo 14 y 15 de 2005).
- Quinto taller: Concertación de impactos y medidas ambientales (abril 1-4 de 2005).
- Protocolización de la consulta previa correspondiente al proyecto de exploración sísmica en el territorio U'wa, Bloque Catleya (abril 7 de 2005 en Saravena, Arauca); contiene inicialmente la sustentación y argumentación política, sociocultural y ambiental de la visión y el pensamiento U'wa sobre los impactos y medidas del proyecto de todas las comunidades y autoridades indígenas de Arauca (Ascatidar), en el que se explica cómo participaron las comunidades

indígenas, el Gobierno y Ecopetrol; se presenta la argumentación histórica, la lógica y el pensamiento ancestral U'wa; los principios del ser indígena U'wa (integridad, reciprocidad, solidaridad, respeto y espiritualidad). También se declara la concepción que se tiene del mundo y del territorio desde su creación resaltando que el territorio es sagrado y que debe existir el equilibrio del mundo (desarrollo sostenible) y termina con una “Declaración final de las autoridades tradicionales indígenas y comunidades U'wa de Arauca” rechazando el proyecto petrolero.

2.2. Asociación de Cabildos y Autoridades Tradicionales U'wa, Asou'wa, Comunidades U'wa de Norte de Santander y Cubará, Boyacá

- Información sobre los proyectos en Bogotá y Cubará (Boyacá) (febrero de 2003).
- Invitación a construir la metodología de la consulta previa (marzo de 2003).
- Encuentros formales e informales (abril 2003, septiembre 2004).
- Comunicaciones escritas de Ecopetrol y Gobierno Nacional al pueblo U'wa (febrero 2003 a la fecha).
- Reunión Asou'wa - Ministerio del Interior y de Justicia (Cubará, junio de 2004).
- Mediante comunicación del 29 de septiembre de 2004 enviada a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, la Asociación de Autoridades Tradicionales y Cabildos U'wa, en representación de las 17 comunidades indígenas U'wa asentadas en los departamentos de Boyacá, Santander y Norte de Santander, afirma que considera necesario iniciar el proceso de consulta previa o de “*relacionamiento institucional*” teniendo en cuenta los argumentos jurídicos y políticos que se exponen en dicho documento.
- Acta de acuerdo Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, Asou'wa (octubre 13 de 2004).
- Verificación del área de resguardo indígena frente al programa sísmico Sarare 2D 2004, debido a denuncia de Asou'wa de que el programa violaba su territorio. El Incoder y las personerías municipales de Toledo (Norte de Santander) y Cubará (Boyacá) confirman que Ecopetrol no intervino áreas del resguardo unido U'wa.
- Reunión de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia con Asou'wa (enero 20 de 2005) para concertar el primer taller fijado para el 18 y 19 de febrero de 2005.
- Reunión de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia con Asou'wa para explicar a profundidad qué es la consulta previa y cuál es su marco jurídico (Cubará, marzo 28 de 2005).
- Reuniones de socialización en las comunidades por parte de Asou'wa (abril de 2005).
- Se programó instalación de la consulta previa, mayo 2 y 3 en el Chuscal (municipio de Cubará, Boyacá), pero no se pudo llevar a cabo por razones de seguridad. De todas maneras, mediante comunicado del 2 de mayo de 2005,

suscrito por Roberto Berito Afanador Cobaría, Presidente del Cabildo Mayor Asociación U'wa, Asou'wa, se determina que el pueblo U'wa rechaza la consulta previa, pues para ellos no es un instrumento garantista de sus derechos y de su autonomía. Sin embargo, a través de comunicación del 5 de mayo de 2005 suscrita por el mismo señor Roberto Afanador Cobaría, se informa que *“el pueblo U'wa ha llegado a un acuerdo de aplazar la próxima reunión para la consulta, en la última semana del mes de septiembre de 2005...”*.

- El 10 de mayo de 2005 la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia convoca nuevamente a las autoridades U'wa y Asou'wa para el acto de instalación de la consulta a realizarse el 27 de mayo en el casco urbano de Cubará, Boyacá; fecha y acto al cual asisten los representantes de Ecopetrol, del Gobierno Nacional, de los entes de control, de la Alcaldía de Cubará, de Asociaciones de Juntas y Juntas de Acción Comunal de Cubará y Toledo; mas no asiste ningún representante del pueblo U'wa agremiado en Asou'wa. En el acta que se levanta se deja constancia de que el proceso se desarrolla de conformidad con el Convenio 169 de la OIT, la Constitución Política, la sentencia de la Corte Constitucional SU-039 de 1997, las recomendaciones de los expertos de la OIT y las recomendaciones OEA/Harvard, enfatizando que las actuaciones del Gobierno en el proceso se rigen por los principios de la buena fe y transparencia, buscando garantizar la integridad étnica y cultural del pueblo U'wa.
- Entre junio y septiembre de 2005 se adelantan acercamientos con el Pueblo U'wa y el 2 de septiembre de 2005 mediante comunicación suscrita por el presidente Cabildo Mayor U'wa, Asou'wa, se acepta la reunión de instalación de la consulta previa (Diálogo Gobierno - U'wa) para el 28 de septiembre de 2005.
- El 28 de septiembre de 2005 en San Luis del Chuscal (Cubará, Boyacá) se realiza la reunión para el inicio de la consulta previa a las comunidades U'wa de los departamentos de Boyacá, Santander y Norte de Santander, en relación con el proyecto de exploración sísmica en los bloques Sirirí y Catleya, con presencia de autoridades U'wa, miembros de la comunidad, funcionarios del Gobierno, representantes de los órganos de control y el Director de la OIT para América Latina y el Caribe. En el acta, firmada por todos los presentes, *“los representantes del pueblo U'wa (comunidades de los departamentos de Boyacá, Santander y Norte de Santander asociadas en Asou'wa) de modo expreso manifiestan su voluntad de no participar en la consulta previa convocada por el MIJ”*. En la misma acta se deja constancia de que se ha citado en tres oportunidades a las comunidades U'wa de los departamentos citados, y la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia manifiesta su preocupación por la posición asumida por el Pueblo U'wa, pues ella desconoce los artículos 6º, 7º y 15 de la Ley 21 de 1991; asimismo, el Gobierno Nacional deja constancia ante los líderes U'wa asistentes, los órganos de control, el Director de la Oficina Regional de la OIT y demás asistentes, de su constante voluntad de diálogo y búsqueda de posibilidades de entendimiento. En síntesis, el pueblo U'wa se limita a decir NO a la Consulta Previa y NO al proyecto petrolero.

3. Evaluación de los Alcances del Procedimiento de Consulta Previa Adelantado con las Comunidades U'wa

Teniendo en cuenta la presentación de la consulta que se formula y la documentación allegada al expediente, la Sala considera que existen dos situaciones diferentes que deben ser objeto de análisis, de acuerdo con las disposiciones normativas y los aportes jurisprudenciales pertinentes.

La consulta previa a la Asociación de Cabildos y Autoridades Tradicionales Indígenas del departamento de Arauca (Ascatidar) Comunidades U'wa del departamento del Arauca, correspondiente al proyecto de exploración sísmica en el territorio U'wa, Bloque Catleya, se adelantó en todas sus etapas y concluyó con la protocolización de la misma (abril 7 de 2005, en Saravena, Arauca).

El proceso de consulta previa a la Asociación de Cabildos y autoridades tradicionales U'wa, Asou'wa, Comunidades U'wa de Norte de Santander y Cubará, Boyacá, en relación con el proyecto de exploración sísmica en los bloques Sirirí y Catleya, “concluyó” con la manifestación expresa de “los representantes del pueblo U'wa (comunidades de los departamentos de Boyacá, Santander y Norte de Santander asociadas en Asou'wa) de no participar en la consulta previa convocada por el Ministerio del Interior y de Justicia”.

Corresponde por tanto a esta Sala determinar los alcances jurídicos, en primer lugar, del rechazo por parte de la Asociación de Cabildos y Autoridades Tradicionales Indígenas del departamento de Arauca (Ascatidar) Comunidades U'wa del departamento de Arauca, al proyecto de exploración sísmica en el territorio U'wa, Bloque Catleya, y luego evaluar el significado jurídico de la decisión del pueblo U'wa (comunidades de los departamentos de Boyacá, Santander y Norte de Santander, asociadas en Asou'wa) de no participar en la consulta previa convocada por el Ministerio del Interior y de Justicia, en relación con el proyecto de exploración sísmica en los bloques Sirirí y Catleya.

Como ya se anotó, sobre los alcances de la consulta previa, la Corte Constitucional en Sentencia SU-039/97 advirtió que ella tiene por objeto buscar que la comunidad tenga conocimiento pleno sobre los proyectos, que sea enterada sobre la manera como estos pueden afectar o menoscabar los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política, para que a través de sus integrantes o representantes, valoren conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad, que será oída en relación con sus inquietudes, para que pueda pronunciarse sobre su viabilidad y, en fin, que la comunidad tenga participación activa y efectiva, pero anota expresamente que la decisión corresponde a la autoridad y agrega 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”*.

Esta posición de la Corte coincide con la sostenida por el Consejo de Estado en sentencia de 8 de octubre de 1998, expediente 4373, cuyo aparte pertinente dice:

“... Como no aparece que al momento de expedirse el acto acusado (3 de febrero de 1995) las normas legales mencionadas hubieran sido reglamentadas en los aspectos precisos indicados, los conceptos de ‘consulta previa’, ‘procedimientos adecuados’; ‘buena fe’ y ‘finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas’ deben entenderse en ‘su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras’, como lo ordena el artículo 28 del Código Civil. En este sentido, la Sala observa principalmente que la ‘finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas’ no puede entenderse, como lo pretende el actor como la exigencia absoluta de ese acuerdo o consentimiento, pues como lo expresó la Sección Primera de esta Corporación en el auto admisorio de la demanda, en sustento de su decisión denegatoria de la solicitud de suspensión provisional del acto acusado y lo prohíja la Sala en esta oportunidad... no solo porque de la misma disposición (artículo 6° de la Ley 21 de 1991) puede inferirse... que se trata simplemente de una finalidad, objetivo o logro que debe buscarse en las consultas, y no necesariamente que ellas entrañen un acuerdo o consentimiento de las comunidades sino porque el entendimiento de esas expresiones en términos absolutos iría en contra de uno de los principios básicos del Estado democrático, como es el de que las autoridades legítimas están facultadas para adoptar por sí mismas las decisiones que emanan de sus respectivas competencias, como es en el presente caso la atribuida al Ministerio del Medio Ambiente en el numeral 1 del artículo 52 de la Ley 99 de 1993, para otorgar ‘de manera privativa’ la licencia ambiental en los casos de ‘ejecución de obras y actividades de exploración, explotación, transportes, conducción y depósito de hidrocarburos y construcción de refinerías’, que fue la norma utilizada como fundamento para la expedición del acto demandado”.

En igual sentido vuelve a pronunciarse el Consejo de Estado en la ya mencionada sentencia del 20 de mayo de 1999, cuya parte esencial retoma el concepto contenido en la providencia de 1998 inmediatamente mencionada, esta última a su vez apoyada en anterior providencia de la Corte Constitucional.

Dice el Consejo de Estado:

“... la consulta previa ... no se opone al principio de dirección general de la economía a cargo del Estado (artículo 334 C. N.), ni impide que el Gobierno y los demás organismos públicos, cada uno dentro de la órbita constitucional de sus atribuciones, ejerzan el poder que les corresponde, sino que complementa la acción estatal mediante la mayor información sobre la realidad económica, en intercambio de criterios y propuestas y las posibilidades de acuerdo entre los sectores público y privado. (Gaceta de la Corte Constitucional, noviembre de 1994, Tomo II, págs. 45 y ss.) (Consejo de Estado sentencia de 8 de octubre de 1998, expediente 4373)”.

Así las cosas, es menester afirmar que la consulta previa a que se refiere la Ley 21 de 1991, de acuerdo con la reglamentación contenida en el Decreto 1320 de 1998, no desplaza el ámbito de decisión de las autoridades estatales competentes, sino que su finalidad es que bajo parámetros de transparencia se otorgue la debida participación a las comunidades involucradas, con el fin de que estas suministren la información complementaria, y participen en los estudios y análisis ambientales correspondientes, de conformidad con la ley; de manera que al momento de expedirse los actos

administrativos pertinentes, sus observaciones y objeciones sean tenidas en cuenta razonadamente, so pena de que de no ser así, dichos actos y decisiones administrativas puedan ser tildados de “*arbitrarios y autoritarios*”, y como tal ser objeto de acciones judiciales y demás controles de legalidad.

La consulta previa se considerará como procedimiento debidamente agotado, siempre que se cumplan con los requerimientos sustanciales y procedimentales exigidos para su realización efectiva. Es decir, que se determine el territorio, que se identifique la comunidad afectada, que se cumplan con las condiciones y términos de convocatorias y reuniones, y en síntesis que se garantice por parte de las autoridades competentes la real participación de la comunidad afectada en la elaboración de los estudios ambientales para licencias ambientales o establecimiento de planes de manejo ambiental, así como para acceder al uso, aprovechamiento o afectación de recursos naturales renovables, con el fin de que se cumpla con el objeto que determina el artículo 1° del Decreto 1320 de 1998, que a la letra dice:

“Decreto número 1320 de 1998

Artículo 1°. Objeto. La consulta previa tiene por objeto analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad, indígena o negra, por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio, conforme a la definición del artículo 2° del presente decreto, y las medidas propuestas para proteger su integridad”.

De acuerdo con la información y documentación que reposa en el expediente, incluyendo el análisis del CD suministrado por el Consultante, para la Sala es claro que el proceso de consulta previa se desarrolló a cabalidad en el caso de la Asociación de Cabildos y Autoridades Tradicionales Indígenas del departamento de Arauca, Ascatar, Comunidades U’wa del departamento del Arauca con respecto al proyecto de exploración sísmica en el territorio U’wa, Bloque Catleya, y por tanto debe darse por agotado, debiendo de todas maneras las autoridades tener en cuenta, en lo posible, las circunstancias técnicas y de desarrollo las observaciones y objeciones formuladas por la comunidad.

Con respecto a la negativa de la Asociación de Cabildos y Autoridades Tradicionales U’wa, Asou’wa, Comunidades U’wa de Norte de Santander y Cubará (Boyacá) a participar en la consulta previa relacionada con el proyecto de exploración sísmica en los bloques Sirirí y Catleya, la Sala considera que, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 12, 13 y concordantes del Decreto 1320 de 1998, corresponde al Ministerio de Interior y de Justicia evaluar si las razones de rechazo a la reunión de consulta, expresadas por Asou’wa, según consta en el expediente y en el CD puesto a disposición del Despacho, son de recibo, o si por el contrario no son justificadas. En el primer caso, debe procederse a citar a una nueva reunión, así haya transcurrido el término de 15 días señalado por el literal g) del artículo 13 del Decreto 1320 de 1998. De no ser de recibo, ni existir razones que justifiquen tal decisión, cumplido el procedimiento que trae el Decreto 1320, se entiende que la comunidad se encuentra de acuerdo con las medidas de prevención, corrección, mitigación, control o compensación de los impactos que se le puedan ocasionar.

4. Posición de las Comunidades U'wa

Corresponde a la Sala explicar los alcances de la posición asumida por las Comunidades U'wa agrupadas en Ascaticar para oponerse al proyecto petrolero de interés nacional a adelantarse en su resguardo; así como las razones por las cuales las comunidades agrupadas en Asou'wa se oponen a participar en la consulta previa.

La posición, sostenida por las comunidades de Ascaticar, para negarse a aceptar el proyecto se puede resumir en las siguientes descripciones de su declaración final, contenidas en el documento de protocolización de la consulta previa del 7 de abril de 2005:

- *“Los u'was tenemos una historia, con conocimientos científicos, de saber espiritual...”.*
- *“El origen del universo y nuestro mundo nos dio las leyes, hay dos mundos extremos divinos o espirituales, que no se puede destruir, el mundo blanco es el mundo de arriba y el mundo rojo que es el de abajo, estos dos mundos chocan y generan el otro mundo que es el mundo del medio, es azul y amarillo y es el mundo de la vida y de la muerte, donde estamos los mortales. Nuestro pensamiento es integral, es como un mundo que amarra todos los elementos y seres de la Madre Tierra en sus tres mundos”.*
- *“Para nosotros el territorio es sagrado, la tierra es nuestra madre, sin ella no hay vida, el petróleo es sangre de la tierra, sin el petróleo la tierra no tiene vida, la tierra da vida a los animales, a las plantas y a toda la humanidad, por eso a los U'wa nos toca cuidar el territorio sagrado, nosotros los tradicionales caciques y werijayas nuestro dios nos dejó esta ley ‘mantener el equilibrio de la Madre Tierra ...’”.*
- *“Antes de la llegada de estos españoles, esta tierra es de nosotros, siempre hemos tenido nuestra ley de gobierno propio, nuestra riqueza que nos da la Madre Tierra, por eso la estamos cuidando porque es nuestra vida”.*
- *“Tenemos una cultura que puede curar enfermedades propias que siempre hemos conocido, por eso no queremos que nos traigan otras enfermedades, cuando vienen otras personas a nuestro territorio, por causa de la sísmica, trabajo del petrolero”.*
- *“Nuestro conocimiento tradicional, dejado por nuestros dioses nos dio el poder espiritual para controlar la naturaleza en sus desequilibrios, los terremotos, los temblores, volcanes, lluvias, tinieblas o la oscuridad, por eso queremos seguir manteniendo nuestra cultura y tradición, con el trabajo del petróleo en territorio sagrado acaba nuestra cultura ... por eso no queremos una segunda invasión y colonización de nuestro territorio”.*

La posición del pueblo U'wa agrupado en Asou'wa se expresa en el comunicado del 2 de mayo de 2005 que contiene los siguientes argumentos para oponerse a participar en el proceso de consulta previa:

- *“Los U’wa somos un pueblo con tradición cultural histórica y milenaria, por lo tanto tenemos plena autonomía para tomar decisiones políticas y administrativas en asuntos de administración y control de actividades de extracción de recursos naturales renovables o no renovables que se pretendan realizar al interior de nuestro territorio”.*
- *“La Constitución Política de Colombia en el artículo 1° establece que Colombia es un Estado Social de Derecho; el artículo 2° establece que dentro de los fines esenciales del Estado está garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; el artículo 6° señala claramente que las autoridades son responsables por infringir la Constitución y las leyes preexistentes... Seguidamente el artículo 7° confirma que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana terminando este primer bloque de derechos y obligaciones con el artículo 8° que señala que es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”. Más adelante el documento en estos apartes sobre normas dice que el artículo 63 de la Constitución dispone que las tierras comunales de grupos étnicos son inalienables, imprescriptibles e inembargables, en igual sentido el artículo 72 dice que el patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son también inalienables, inembargables e imprescriptibles, y finalmente agrega, que de conformidad con el artículo 286 de la Carta, los territorios indígenas son entidades territoriales con jurisdicción y competencia para decidir autónomamente sobre la administración y control de los recursos naturales y culturales que se encuentran en sus territorios.*
- *“Con este señalamiento normativo ratificamos ante ustedes que los U’wa somos un pueblo indígena con asentamiento histórico y milenario, que somos la única raza cultural viva del departamento de Boyacá, que somos patrimonio de la Nación colombiana porque nuestras raíces ancestrales y los derechos patrimoniales así lo confirman y todas estas características nos dan la legitimidad para ejercer el pleno derecho de la autoridad indígena en la administración del territorio sagrado Kerachikara, el cual no es negociable, y finalmente que todos los derechos individuales y colectivos tienen protección constitucional y legal en el ámbito nacional e internacional”.*

En un segundo capítulo del mismo documento, titulado ¿por qué el pueblo U’wa rechaza la consulta previa? El documento describe las razones por las cuales Asou’wa no quiere consulta:

- a) *Porque nuestro territorio no está en venta ni será objeto de negociación;*
- b) *Porque las experiencias de consulta previa realizadas en otras regiones, territorios y naciones indígenas han demostrado que esta se realiza para informar la ejecución del proyecto petrolero, legitimar la presencia del gobierno en el territorio indígena y no para que sean respetadas las decisiones autónomas de los pueblos indígenas en el momento de decidir si aceptan o no el desarrollo de estos proyectos;*

- c) *Porque en los procesos anteriores no se ha garantizado la transparencia, imparcialidad y legitimidad con que se ejecutan los procesos de consulta previa y siempre se busca imponer, previamente, la decisión de ejecutar el proyecto independientemente si los pueblos indígenas aceptan o no su ejecución; asimismo, hay que recordar que en el caso U'wá el gobierno colombiano generó dos espacios de consulta previa, lo cual choca directamente con los principios y fundamentos culturales de la unidad territorial y cultural que siempre hemos exigido;*
- d) *Porque aceptar la consulta previa es aceptar previamente la ejecución del proyecto, es consentir, es admitir y es desmayar en nuestras pretensiones, lo que chocaría directamente con el posicionamiento que entregamos oficialmente al Gobierno Nacional, y a la comunidad nacional e internacional el 10 de enero de 1995 en la ciudad de Arauca”.*

5. Acciones del Estado colombiano y de Ecopetrol para garantizar la efectiva participación de los pueblos de la Comunidad U'wa

Con el fin de constatar si el Estado colombiano adelantó actividades orientadas a lograr la real participación de la Comunidad U'wa en el proyecto de exploración petrolera, desde sus primeras etapas, es menester determinar las competencias nacionales para adelantar el proceso, con el fin de identificar posteriormente si las actividades ejecutadas se ajustan a las exigencias normativas.

De acuerdo con la documentación que consta en el expediente, además de los procesos de acercamiento y diálogo descritos en el punto tres de este concepto, la Sala pudo constatar que para efectos del procedimiento de consulta previa, el Estado colombiano constituyó un equipo interinstitucional liderado por la Dirección Nacional de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, cuya actuación debía regirse por las siguientes directrices:

- Identificar los derechos de los pueblos indígenas.
- Respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras, o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación (artículo 13.1 Convenio 169).
- Proteger la tendencia tradicional de sus territorios (artículo 14.1 Convenio 169).
- Adoptar las medidas necesarias para determinar las tierras que los pueblos indígenas ocupan tradicionalmente, y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión e instituir los procedimientos adecuados para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados (artículo 14.2, 3 Convenio 169).
- Proteger de modo especial los recursos naturales existentes en sus tierras, incluyendo la participación en la utilización y conservación de esos recursos (artículo 15.1 Convenio 169).
- En el caso de los recursos petroleros, los cuales constitucionalmente pertenecen al Estado colombiano, mantener procedimientos para consultar a esos pueblos

con el fin de determinar si sus intereses serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de exploración o explotación (artículo 15.2 Convenio 169).

- Prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos indígenas o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos (artículo 18 Convenio 169).

El 19 de julio de 2005 el Estado colombiano nombró una misión para que visitara la Secretaría Interamericana de Derechos Humanos, a fin de dar a conocer la situación que se presentaba entre las gestiones adelantadas por el Estado por intermedio de la Dirección Nacional de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, la Empresa Ecopetrol y algunos pueblos indígenas de Colombia, con respecto a la exploración de petróleo en sus territorios, teniendo en cuenta que los recursos del subsuelo pertenecen al Estado.

En esa visita se presentó la documentación necesaria para desarrollar tres planteamientos:

- I. El inicio del inminente desabastecimiento de petróleo en Colombia a partir del año 2010 que representa un bien nacional de interés público en términos de desarrollo y el futuro del país.
- II. El proceso de relacionamiento implementado a esa fecha con autoridades de los pueblos indígenas.
- III. Los antecedentes del caso U'wa al que le fue garantizado el derecho a la participación en consulta, con base en un precedente de la Corte Constitucional de Colombia que recomendó la realización de una consulta previa más integral y los esfuerzos correctivos del Estado para sanear adecuadamente esa consulta previa, conforme a la instrumentalización del plan de vida de este pueblo, en tanto derecho humano a un mejoramiento en lo social y lo económico.

Frente a los esfuerzos desplegados por el Estado, de acuerdo con lo anexado al expediente, puede afirmarse lo siguiente:

- I. En el caso de las comunidades agrupadas en Ascatidar, el proceso de consulta se desarrolló con participación de sus representantes, y culminó con la negativa del pueblo a la exploración petrolera. Al no haber concertación la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia emitió un concepto técnico en el sentido de que la ejecución del proyecto sísmico trazado no vulneraba la integridad étnica y cultural de las comunidades pertenecientes a este pueblo y además Ecopetrol otorgó recursos económicos a las comunidades U'wa y demás pueblos indígenas del Arauca, destinados al estudio de su propia realidad sociocultural y económica en función a determinar, desde ellos mismos el “Plan de Vida” como derrotero de cambios necesarios para sus miembros en calidad de individuos, pero ante todo, como pueblo y unidad cultural colectiva.
- II. De acuerdo con un trabajo de campo y de acompañamiento al proceso de consulta previa para el pueblo U'wa aglutinado en Asou'wa, estos fueron convocados a no menos de 10 reuniones, teniendo en cuenta y respetando su calendario

religioso y económico. El cambio permanente de fechas y aplazamiento de reuniones hizo que este proceso durara más de tres años, hasta la última reunión convocada para el 28 de septiembre de 2005, en la cual participaron altos representantes del Estado, entidades veedoras nacionales e internacionales como la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación y el Director de la Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe. En esa reunión el pueblo U'wa de Boyacá y Santander, representado por el señor Roberto Berito Afanador Cobaría, Presidente del Cabildo Mayor Asociación U'wa, Asou'wa, y otros representantes de la comunidad, confirmó su NO rotundo a la consulta y al proyecto, por las razones ya transcritas en este concepto.

6. Conflicto entre los derechos de las comunidades indígenas y la obligación del Estado colombiano de atender el interés general

De acuerdo con informes del Ministerio de Minas y Energía, el Estado colombiano tiene la imperiosa necesidad de adicionar nuevas reservas para satisfacer el consumo nacional y contribuir en forma determinante a la estabilidad económica del país, pues como lo afirma Ecopetrol, *“con las reservas actualmente probadas el petróleo sería suficiente para cubrir la demanda de productos nacionales hasta el año 2010, y cómo Ecopetrol S. A. se vería abocada como empresa a comprar crudo a sus socios para cubrir sus ventas netas y a importar a partir del año 2008”*.

La consulta sometida a consideración de la Sala confronta esa urgencia del Estado de atender una necesidad nacional, con los derechos que reclaman los pueblos indígenas U'wa a que se respeten los principios y derechos constitucionales a la integridad étnica, cultural, social y económica.

La Corte Constitucional ha señalado los derroteros a tener en cuenta para resolver el conflicto que se presenta entre los valores propios de una comunidad indígena y los cometidos o tareas que corresponden al Estado en una sociedad moderna, pues a través de sus pronunciamientos judiciales, a la vez que reconoce la protección constitucional debida a las minorías étnicas y a su unidad cultural, económica y social, también establece límites racionales a estos conceptos, con el fin de garantizar la realización del interés general, ínsito en las actividades que deben adelantar las autoridades.

Los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el deber del Estado de garantizar la identidad e integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas, así como sobre los límites y parámetros de esta protección, se encuentran contenidos y desarrollados fundamentalmente en las Sentencias T-380/93, C-489/94, T-007/95 y SU-039/97, cuyos apartes principales se transcriben en el documento de consulta y se retoman en lo pertinente en la primera parte de este concepto. Es de anotar que la posición de la Corte coincide con la expresada por esta Corporación en sentencia del 20 de mayo de 1999 correspondiente al Radicado 5091 por medio de la cual se declaró la legalidad del Decreto 1320; providencia a la cual también se hace referencia en la parte inicial de este concepto.

Pero además de las providencias mencionadas en el propio texto de la consulta, vale la pena relacionar un fallo de tutela proferido por la Corte Constitucional, cuyo tenor literal pertinente se transcribe a continuación:

Sentencia T-405/93, Acción de Tutela de las comunidades indígenas del Medio Amazonas contra el Ministerio de Defensa Nacional y la Misión Aérea de los Estados Unidos:

“... materialmente, se trata de un conflicto entre el interés general del Estado colombiano, con relación al control del narcotráfico y el interés de la comunidad indígena en relación con sus derechos de propiedad y culturales. No se pudo constatar que el radar vulnera y desconoce los derechos culturales y étnicos de la comunidad indígena, ni que ponga en peligro sus condiciones de subsistencia, ni la integridad, ni la vida misma de sus miembros (...). Si bien se trata de dos intereses colectivos es evidente que desde el punto de vista del derecho en que se funda cada interés, las pretensiones del Estado colombiano poseen un mayor peso que las de las comunidades indígenas del medio Amazonas, sin desconocer en ningún momento la importancia de sus intereses (...) no obstante tratarse de terrenos de las comunidades indígenas respecto de los cuales tienen plena autonomía y están respaldados por convenios internacionales, no se puede decir que se trate de derechos absolutos, pues ningún derecho es absoluto ...”.

De conformidad con la anterior reseña jurisprudencial, es claro que aunque la negativa expresada por las comunidades indígenas a un determinado proyecto o su reiterada voluntad de no participar en un proceso de consulta previa no constituye elemento suficiente para impedir el desarrollo de un proyecto de exploración sísmica u otros similares, necesarios para atender el interés general y el progreso de la sociedad, ello no obsta para que en los estudios y autorizaciones ambientales, sociales y culturales se adopten medidas necesarias para la mitigación de los efectos sobre su integridad étnica, social, cultural y económica, debiendo acoger las observaciones y objeciones como las expresadas por Ascaticdar en el documento de protocolización final de la consulta, cuyos apartes principales dicen:

“CONSIDERACIONES GENERALES Y RECOMENDACIONES:

1. *Exigimos que los resultados de esta consulta se cumplan, este proceso arrojó unos insumos técnicos sobre impactos, que merecen ser analizados y estudiados con sentido común, para no tomar decisiones que estén en detrimento de la integridad cultural del pueblo U'wa.*
2. (...)
3. (...)
4. (...)
5. (...)
6. *El pueblo U'wa de Arauca hemos surtido un proceso de consulta y concertación sobre la actividad sísmica 2D se ha informado y conocido alguna parte y de hecho esto ha permitido tener un consentimiento y decisión sobre el proyecto, que afecta su integridad cultural que se hace manifiesta en su declaración final por parte de las autoridades tradicionales, en su acto de protocolización.*

7. *El beneficio de las actividades petroleras solo enmarca en la compensación de proyectos puntuales y no de gran dimensión que ha generado conflictos y divisiones internas. Además no hay política clara de hidrocarburos para el desarrollo del país.*
8. *Se garantice la seguridad de las vidas de los dirigentes indígenas, de las comunidades, que no se convierta en escenarios de guerra, en territorios privados de compañías multinacionales.*
9. *Ciencias sociales y ambientales deben aproximarse técnicamente a la visión integral de los pueblos indígenas ...*
10. *La política económica del desarrollo sostenible y de la erradicación de la pobreza debe tener en cuenta los derechos de los pueblos indígenas, diversidad cultural y el derecho mayor.*
11. *Los proyectos y programas de desarrollo deben proyectarse con el enfoque de desarrollo propio de los pueblos indígenas, sus planes y proyectos de vida.*
12. *En los estudios es importante y fundamental priorizar y profundizar el estudio del impacto sociocultural articulado a lo ambiental, qué piensan ellos, sus preocupaciones desde su situación y realidades (territorial, sociocultural, político, económico, ambiental y espiritual) debe ser abordado en todo el proceso en forma integral a largo plazo, no solo la fase exploración sino también la fase de explotación, porque no vemos los efectos fragmentados.*
13. *Como todo está articulado en el pensamiento U'wa es importante analizar los impactos socioeconómicos, desde la visión económica del pueblo U'wa, para poder plantear los mecanismos de mitigación de los impactos. Recordemos que los U'wa somos tradicionales en nuestra autonomía alimentaria no dependemos de lo externo, somos de economía de subsistencia de la oferta ambiental que demanda nuestro territorio entorno ambiental.*
14. *El estudio debe tener en cuenta un análisis comparativo con la economía de la cultura occidental, su oferta y su demanda sí es compatible con la vivencia del pueblo U'wa, la calidad de vida en un futuro de acuerdo con los planes de vida y su desarrollo propio, teniendo en cuenta que la economía nacional es de origen occidental, es monetaria, de acumulación de capital, pago de servicios y bienes.*
15. (...)
16. *Para la continuidad del proceso es necesario contar con una veeduría internacional y tener unas igualdades de condiciones, en coordinación con las organizaciones de nivel nacional y Ascatidar”.*

La Sala responde

1. De acuerdo con la documentación e información allegada al expediente salvo que el Ministerio del Interior y de Justicia considere justificada la inasistencia de Asou'wa a la reunión de consulta previa, en cuyo caso debería convocar a

una nueva reunión para tal fin, tanto en el caso de Ascatidar como en el de Asou'wa, el Estado colombiano ha surtido los trámites legales para el proceso de consulta previa al Pueblo U'wa, dando plenas garantías a su participación y, por tanto, en relación con el procedimiento en sí mismo, no es necesario ningún trámite adicional para dar inicio al proyecto petrolero de exploración sísmica de interés general en las áreas de los resguardos indígenas cuya participación se provocó, siempre y cuando se cumpla con los estudios, planes, licencias y permisos ambientales que exijan las normas legales pertinentes, en cuya realización debe razonablemente tenerse en cuenta las objeciones y observaciones formuladas por pueblos indígenas; en defensa de sus derechos constitucionales a la integridad étnica, social, cultural y económica.

2. La no existencia de acuerdo entre el Gobierno y las comunidades afectadas o la renuencia injustificada de estas a participar en el proceso de consulta previa no afectan la legalidad de la iniciación del proyecto petrolero, siempre y cuando, como ya se dijo, su análisis ambiental se ajuste teniendo en cuenta, en cuanto sean razonables, las observaciones y objeciones formuladas por las comunidades afectadas.

Transcríbase al señor Ministro del Interior y de Justicia. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO
Presidente de la Sala

GUSTAVO E. APONTE SANTOS

FLAVIO A. RODRÍGUEZ ARCE

LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO

LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Secretaria de la Sala.

2. CONCEPTO DE CONSEJO DE ESTADO (Rad. No. 1817 de 2007) (“Caso Puerto Multipropósito Brisa”)

CONSEJO DE ESTADO - SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Bogotá, D. C., 17 de mayo de dos mil siete (2007)

Radicación: No. 1.817

Referencia: Proyecto CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN DE LA FASE 1 DEL PUERTO MULTIPROPÓSITO DE BRISA S.A. Proceso de Concertación con las Comunidades Indígenas.

El señor Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, consulta a la Sala acerca de las decisiones que el Gobierno Nacional debe adoptar en relación con el proyecto “*Construcción y Operación de la Fase 1 del Puerto Multipropósito de Brisa*”, cuya licencia ambiental fue otorgada por el Despacho a su cargo mediante Resolución No. 1298 del 30 de junio de 2006.

Después de hacer una relación sucinta de los hechos que han rodeado el caso, concluye que las actividades relacionadas con la construcción del Puerto Multipropósito Brisa fueron suspendidas, hasta tanto se surta por parte de la empresa BRISA S.A., el proceso de concertación con las comunidades indígenas ordenado por ese Ministerio mediante Resolución No. 1298 de 2006; solicita concepto de la Sala en relación con dicho proceso, así:

1. *¿Cuál debe entenderse como el término razonable para adelantar el proceso de concertación y cuáles son los requisitos para que el mismo pueda declararse culminado por parte del Gobierno Nacional?*
2. *¿En el evento en que el proceso de concertación se prolongue por encima del término razonable y las partes involucradas no logren llegar a un acuerdo, debe el Gobierno Nacional decidir unilateralmente sobre la culminación del mismo y bajo qué presupuestos?*
3. *¿Qué efecto produce la decisión de dar por terminado el proceso de concertación respecto de la licencia ambiental y desarrollo del proyecto?”.*

CONSIDERACIONES GENERALES

1. Antecedentes

Mediante escrito del 7 de noviembre de 2001, la empresa Brisa S.A. solicitó ante el Ministerio del Medio Ambiente (hoy Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo

Territorial) licencia ambiental para la construcción y operación de un puerto multipropósito en el área del Municipio de Dibulla, corregimiento de Mingueo, Departamento de la Guajira. A dicha solicitud se anexaron, entre otros, los oficios expedidos por el Ministerio del Interior y de Justicia radicados con los números 3435 y 3820 del 3 y 23 de octubre de 2001, respectivamente, en los cuales se señala en lo pertinente:

OFICIO 3435: “(...) *de acuerdo con las coordenadas del proyecto, concluimos que en el área no existe presencia regular y permanente de comunidades indígenas.*”

Sin embargo, si al realizar el respectivo estudio de impacto ambiental, se encuentran dentro del área del proyecto algún punto de pago, se deberá permitir a los Mamos y a los indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, el acceso a estos lugares para cumplir sus prácticas mágico-religiosas, y en caso de verse afectado dicho punto, deberá procederse a realizar la consulta previa”. (Negrillas de la Sala).

OFICIO 3820. “ (...) *Por lo anterior certificamos que en el área de interés del proyecto no existe presencia de comunidades indígenas y que no se superpone con los lugares sagrados o de ‘Pago’ que se establecen en las resoluciones Nos. 0002 del 4 de enero de 1973 y 837 del 28 de agosto de 1995”. (Negrillas de la Sala).*

Es decir, según los anteriores documentos en el área del proyecto no existía presencia de comunidades indígenas y la misma no se superponía con los “*lugares sagrados o de pago*”, como lo reitera la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia en oficio 5532 del 26 de agosto de 2004, enviado al Grupo Técnico de licencias ambientales y trámites del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, radicado en este último el 31 de agosto de 2004 bajo el No. 4120-E1-66327.

Posteriormente, con oficio 2400-E2-88804 del 27 de septiembre de 2005 la Directora de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial se dirigió a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, para poner en conocimiento de esa dependencia algunos antecedentes relacionados con el proyecto Puerto Multipropósito Brisa, en especial la existencia de actos administrativos por medio de los cuales se había negado la licencia ambiental solicitada para proyectos similares a desarrollarse en la misma zona, actos en los cuales se determinaba que por adelantarse los mismos en territorio ancestral de comunidades indígenas y zonas de pago, se hacía necesario agotar el procedimiento de Consulta Previa señalado por las normas vigentes, el cual se adelantó con respuesta negativa por parte de las comunidades indígenas. Dichos actos administrativos serán objeto de análisis más adelante.

El oficio antes mencionado permite entender que desde tiempo atrás el área donde se proyecta construir el Puerto Multipropósito Brisa había sido objeto de reuniones y consultas previas con las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, quienes siempre insistieron en que allí existe un *sitio sagrado o zona de*

pagamento en la misma, situación que dio lugar a que el entonces Ministerio del Medio Ambiente negara las licencias ambientales solicitadas por las sociedades PRODECO S.A., en el año de 1998 y Puerto Cerrejón S.A. y Carbones del Cerrejón S.A. en el año de 1999.

No obstante lo afirmado por la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales, en respuesta al anterior oficio -2400-E2-88804 del 27 de septiembre de 2005-, la Directora de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia mediante escrito radicado en el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial el 30 de noviembre de 2005 con el No. 4120-EA-111306, ratifica lo manifestado en el oficio radicado el 31 de agosto de 2004 en el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial bajo el No. 4120-E1-66327, en el sentido de que en el área del proyecto no existe la presencia de comunidades indígenas y que el mismo no se superpone con los lugares sagrados o de pago establecidos en las Resoluciones Nos. 002 de 1973 y 837 de 1995. Finalmente afirma:

“En este sentido, y si existen discrepancias en torno a la identificación del área de influencia del proyecto, se deberá dar aplicación a lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 3 del Decreto 1320 de 1998”¹.

Con fundamento en los anteriores antecedentes y con el fin de clarificar la situación, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial expidió el **auto No. 80 del 20 de enero de 2006**, por medio del cual ordenó a la empresa BRISA S.A. que adelantara un proceso de **consulta previa** para el proyecto, de acuerdo con lo dispuesto por el decreto 1320 de 1998, para cuyo efecto debería verificar con la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia los nombres de los representantes legítimos de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta con los cuales se surtiría dicha consulta. Al respecto, en la parte considerativa del referido Auto 80 se dijo:

“Si bien es cierto, el Ministerio del Interior –Dirección de Etnias– en sus certificaciones mencionadas anteriormente, ha manifestado que en el área del proyecto ‘Puerto Multipropósito Brisa’ no hay presencia de comunidades indígenas, ni sitios de pago de los reconocidos en las Resoluciones de Línea Negra, pero que sin embargo si se llegaren a encontrar y se estableciera que serían afectados con el proyecto, deberá adelantarse un proceso de consulta previa con las comunidades indígenas involucradas, este Ministerio, en atención a los antecedentes anteriores y teniendo en cuenta que el Ministerio del Interior ordenó consulta previa con las comunidades indígenas, a propósito de proyectos a desarrollarse en el mismo sitio en el que se pretende desarrollar el proyecto objeto del presente acto administrativo, y en cumplimiento a lo establecido en el artículo cuarto del Decreto 1320 de 1998, ordenará a la empresa BRISA S.A., adelantar el proceso de consulta previa con dichas

¹ DECRETO 1320 DE 1998, “ARTÍCULO 3o. ... Parágrafo 2o. En caso de existir discrepancia en torno a la identificación del área de influencia directa del proyecto, obra o actividad, serán las autoridades ambientales competentes quienes lo determinen”.

comunidades, lo cual se dispondrá en la parte dispositiva del presente auto”.
(Negrillas de la Sala).

Contra el referido Auto 80 de 2006, la empresa BRISA S.A. interpuso recurso de reposición, aduciendo, entre otros:

“3. Violación del principio constitucional del debido proceso: La facultad de citar a Consulta Previa es reglada y no discrecional.

El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial no puede citar a consulta previa de las comunidades indígenas cuando discrecionalmente lo decida o lo considere conveniente, sino únicamente en los casos en que la ley lo determine y cumpliendo los requisitos que señala la misma ley. Considera que la condición sine qua non para que se pueda citar a Consulta Previa es que el Ministerio del Interior y ninguna otra autoridad distinta, haya certificado la presencia de las comunidades indígenas en el área de influencia del proyecto”².

Antes de entrar a decidir el recurso, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial mediante Auto No. 431 del 9 de marzo de 2006, decretó y ordenó la práctica de unas pruebas en consideración a:

“Que el parágrafo primero del artículo 3o. del Decreto 1320 de 1998 establece: ‘No obstante, si durante la realización del estudio el interesado verifica la presencia de tales comunidades indígenas o negras dentro del área de influencia directa de su proyecto, obra o actividad, deberá integrarlas a los estudios correspondientes, en la forma y para los efectos previstos en este Decreto e informará al Ministerio del Interior para garantizar la participación de tales comunidades en la elaboración de los respectivos estudios”.

***Que en atención a lo anterior, y teniendo en cuenta que la empresa identificó en el estudio complementario sitios de interés cultural de las comunidades indígenas, este Ministerio dará aplicación a lo establecido en la norma anteriormente transcrita, ordenando una visita conjunta con la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de la Justicia al área del proyecto, para así resolver el recurso de reposición interpuesto”.** (Negrillas de la Sala).*

La visita se realizó durante los días 14 y 15 de marzo de 2006, y como resultado de la misma el Ministerio del Interior y de Justicia se pronunció mediante oficio radicado en el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial el 15 de mayo de 2006 con el No. 4120-E1-42365, en el cual expresó:

“Bajo estas consideraciones, reiteramos que en el área de interés del proyecto no existe presencia de comunidades indígenas y esta no se superpone con los lugares sagrados o de ‘pagamento’ que se establecen en las Resoluciones Nos. 02 del 4 de enero de 1973 y 837 del 28 de agosto de 1995, lo que ha venido siendo ratificado mediante oficios Nos. 5532 del 26 de agosto de 2004 y OFI-19538 del 21 de noviembre de 2005, expedidos por este despacho.

² AUTO 983 DEL 22 DE MAYO DE 2006, Por el cual se resuelve el recurso de reposición contra el Auto 80 de 2006, pág. 6.

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

Con base en lo manifestado por el Ministerio del Interior y de Justicia en el oficio antes citado, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial expidió el **Auto No. 983 del 22 de mayo de 2006**, por medio del cual resolvió el recurso impetrado por la empresa BRISA S.A. contra el Auto No. 80 del mismo año, y en consecuencia dispuso modificar el artículo primero de este, en el sentido de ordenar que la citada empresa y las comunidades indígenas establecieran de manera concertada un mecanismo que les permitiera a estas últimas continuar visitando el lugar del proyecto con el fin de adelantar sus prácticas culturales, para lo cual la empresa BRISA S.A. debería dirigirse al Ministerio del Interior y de Justicia para efectos de establecer el mecanismo, acompañamiento y validación de dicho proceso.

Bajo estos términos, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial otorgó, mediante **Resolución No. 1298 del 30 de junio de 2006**, licencia ambiental a la empresa BRISA S.A. para el proyecto denominado “*Construcción y Operación de la Fase 1 del ‘Puerto Multipropósito de Brisa’, localizado en jurisdicción del municipio de Dibulla, Corregimiento de Mingueo, Departamento de la Guajira*”. En el artículo segundo de la Resolución se dispuso:

“ARTÍCULO SEGUNDO.- Previo al inicio de la Construcción del proyecto autorizado en el artículo anterior, la empresa BRISA S.A., debe adelantar un proceso de concertación con las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, de acuerdo con los criterios y mecanismos que dichas comunidades tienen definidos como legítimos para estos efectos, con el propósito de acordar los mecanismos que garanticen a dichas comunidades, que pueden continuar con las prácticas culturales que realizan tradicionalmente en el sitio donde se va a construir el proyecto.

PARÁGRAFO PRIMERO. La empresa deberá coordinar con la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, lo concerniente a la identificación de los interlocutores legítimos de las comunidades indígenas, el procedimiento a seguir y los criterios de legitimación de dicho proceso.

PARÁGRAFO SEGUNDO. La concertación que realicen las comunidades con la empresa, debe estar avalada por el Ministerio del Interior y de Justicia como garante del proceso, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente Resolución”.

Después de otorgada la licencia, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, conjuntamente con el Ministerio del Interior y de Justicia, en ejercicio de sus facultades legales realizó una visita de inspección al lugar del proyecto, visita que dio lugar a la expedición por parte del Ministerio del Interior y de Justicia del

concepto técnico No. 1797 del 3 de octubre de 2006 que evidenció el inicio de obras por parte de la empresa BRISA S.A. sin dar cumplimiento a lo establecido en la Resolución 1298 del mismo año. A partir de este concepto el Ministerio consultante expidió las siguientes resoluciones:

“Resolución No. 1969 del 4 de octubre de 2006, por la cual se ordenó la suspensión inmediata de las actividades relacionadas con la construcción del Puerto Multipropósito Brisa y se ordenó el retiro inmediato de las obras construidas e iniciar un programa de restauración de la vegetación intervenida utilizando especies nativas, para la recuperación de la dinámica hídrica, biológica y ecológica del humedal, medida que se mantendrá hasta tanto la empresa BRISA S.A. cumpla lo ordenado en el Artículo Segundo de la Resolución No. 1298 del 30 de junio de 2006, y

- Resolución No. 1975 del 5 de octubre de 2006, conforme a la cual se abrió investigación administrativa de carácter ambiental contra la empresa BRISA S.A., por el presunto incumplimiento a la obligación establecida en los artículos segundo y parágrafos, artículo tercero numeral 6, artículo cuarto numerales, 1,3,4 y 6, artículos noveno y décimo segundo de la Resolución No. 1298 de 2006 y formuló pliego de cargos”.(Negrillas de la Sala).

2. El caso objeto de consulta

2.1. Consideraciones preliminares

Por guardar relación directa con el asunto materia de consulta, la Sala se referirá inicialmente a la obligación contenida en el artículo 2° de la Resolución 1298 de 2006 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, que ordena a la empresa BRISA S.A. adelantar, previamente al inicio de la construcción del proyecto denominado “*Construcción y operación de la Fase 1 del ‘Puerto Multipropósito de Brisa’*”, **un proceso de concertación** con las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, que les permita continuar con las prácticas culturales que estas tradicionalmente realizan en el sector donde se va a construir el proyecto en cuestión.

Adicionalmente, es de anotar que los parágrafos primero y segundo del artículo en cita, disponen que la referida empresa deberá coordinar con la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, los nombres de los interlocutores de dichas comunidades, así como “**el procedimiento a seguir y los criterios de legitimación de dicho proceso**”, por cuanto el mismo debe ser avalado por ese Ministerio.

El anterior mandato encuentra sustento en dos circunstancias: de una parte, el hecho de que fuera el Ministerio del Interior y de Justicia el que una vez realizada la visita al área del proyecto -ordenada por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en Auto 431 del 9 de marzo de 2006- conceptuara “... que teniendo en cuenta que en el área del proyecto se adelantan ceremonias de carácter cultural, la empresa BRISA S.A. debe establecer de **manera concertada** un mecanismo mediante el cual las autoridades indígenas puedan continuar visitando este lugar para

adelantar dichas prácticas”³, concepto este que según lo manifestado por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en la parte considerativa de la Resolución No. 1298 de 2006, le sirvió de fundamento para expedir el auto 983 del 22 de mayo de 2006, por el cual ordenó “*la realización de una concertación con las comunidades indígenas*”; y de otra, que no existe, según se desprende de las preguntas formuladas en la consulta, normatividad que reglamente un proceso de concertación, como sí existe para la *Consulta Previa*⁴.

En este orden de ideas, resulta procedente determinar, en primer término, la naturaleza y alcances constitucionales y legales de la figura denominada “*Consulta Previa*” para poder evaluar si la misma equivale a la “*Concertación*” ordenada en la Resolución 1298 de 30 de junio de 2006 por medio de la cual el referido Ministerio otorgó a la empresa BRISA S.A. licencia ambiental para la construcción del Proyecto “*Puerto Multipropósito de Brisa*”; y en segundo lugar, si de acuerdo con los antecedentes de la consulta, dicho procedimiento ya se agotó, teniendo en cuenta la existencia de actos administrativos que así lo manifiestan en relación con proyectos similares en la misma zona objeto del presente análisis.

2.2 Consulta Previa y Concertación

Sobre este tema la Sala en la Radicación 1708 del 2 de febrero de 2006, correspondiente a la explotación de recursos en territorios indígenas, con afectación de la integridad cultural, social y económica de estos, dijo:

“Dispone el parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política:

‘Artículo 330.

(...)

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

Dentro de este orden de ideas, la ley 21 de 1991 por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª reunión de la Conferencia General de la OIT, dispone que los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger sus derechos y a garantizar el respeto a su integridad (Art. 2º), asimismo consagra que los pueblos indígenas deben gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales (Art. 3º), tienen derecho al reconocimiento y protección de sus valores y

³ Oficio No. 4120-E1-42365 del 15 de mayo de 2006 Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, citado en la Resolución No. 1298 del 30 de junio de 2006, hoja No. 5.

⁴ DECRETO 1320 DE 1998, reglamenta la **consulta previa** con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio.

prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales (Art. 5°), y establece que los gobiernos al aplicar las disposiciones del Convenio, tienen la obligación de “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”, teniendo en cuenta que ‘las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas’ (ART. 6°). (...)

Con respecto al uso de tierras, el Art.13 del Convenio dispone que los gobiernos deben respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, así como los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras, los cuales serán objeto de especial protección, lo que significa que esos pueblos tienen derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

La ley 21 de 1991, en especial sus artículos 6-1 literal a) y 15, si bien dispone sobre el deber de consultar a los pueblos interesados, cada vez que se prevean medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarlos directamente, como cuando se trata de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras, en realidad no especifica las circunstancias de tiempo y modo para efectuar la referida consulta, ni señala reglas mínimas para el cumplimiento de la misma, razón por la cual el Gobierno Nacional debió expedir el Decreto Número 1320 de 1998 ‘por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio’.

El texto normativo del decreto tiene por finalidad, buscar la aplicación reglamentaria de los artículos 7° y parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política, en desarrollo de lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 7° y numeral 2° del artículo 15 de la ley 21 de 1991, en los artículos 17 y 44 de la ley 70 de 1993 y en el artículo 76 de la ley 99 de 1993 y en el artículo 35 del decreto 1745 de 1995⁵.

⁵ Dispone el Artículo 7° de la Constitución Política que: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana:

El parágrafo del Artículo 330 de la Constitución Política establece: “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”.

El numeral 3° del Artículo 7° de la Ley 21 de 1991, por la cual se aprueba el Convenio N° 169 de 1987 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, dispone que: “Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades

Inicialmente el decreto en cuestión establece una serie de disposiciones generales sobre el objeto de la consulta, la determinación del territorio y la identificación de las comunidades, para ocuparse posteriormente del concepto y procedimiento correspondientes a la consulta previa en materia de licencias ambientales o establecimiento de planes de manejo ambiental, así como la consulta previa frente al documento de evaluación y manejo ambiental, los permisos de uso y el aprovechamiento o afectación de recursos naturales renovables.

Este decreto fue objeto de acción de nulidad ante el Consejo de Estado, organismo que por sentencia de mayo 20 de 1999, Radicado 5091, al declarar su legalidad, estableció importantes reglas de interpretación con respecto a su alcance, algunas de ellas tomadas o basadas en anteriores providencias propias y de la Corte Constitucional.

(...)

*Con respecto a una posible violación del artículo 76 de la ley 99 de 1993, según el cual **la explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, el Consejo de Estado afirma:***

de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”.

El numeral 2 del Artículo 15 de la Ley 21 de 1991 establece que: “En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o 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...”.

El Artículo 17 de la Ley 70 de 1993 preceptúa que “a partir de su vigencia y hasta tanto no se haya adjudicado en debida forma la propiedad colectiva a una comunidad negra que ocupe un terreno en los términos que la misma establece, no se adjudicarán las tierras ocupadas por dicha comunidad ni se otorgarán autorizaciones para explotar en ella recursos naturales, sin concepto previo de la Comisión conformada por el Instituto Colombiano para la Reforma Agraria, Incora, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, y el Ministerio del Medio Ambiente”.

El Artículo 44 de la Ley 70 de 1993 establece: “Como un mecanismo de protección de la identidad cultural, las comunidades negras participarán en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impactos ambiental, socioeconómico y cultural, que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere esta ley”.

El Artículo 76 de la Ley 99 de 1993 estipula que: “La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades”.

Dispone el Artículo 35 del Decreto 1745 de 1995 sobre elementos básicos para el concepto previo por parte de la Comisión Técnica, en su numeral 1º establece que esta Comisión verificará “si el proyecto objeto de la solicitud de otorgamiento de licencia ambiental, concesión, permiso, autorización o de celebración de contratos de aprovechamiento y explotación de los recursos naturales y genéticos (sic), se encuentra en zonas susceptibles de ser tituladas como tierras de comunidades negras, a fin de hacer efectivo el derecho de prelación de que trata la ley”.

*‘La Sala no observa que el Decreto 1320 de 1998, en su conjunto, presuponga el desmedro de la integridad étnica, social, cultural y económica de las comunidades indígenas, ni que sea un instrumento que no permita garantizar dicha integridad. Visto de manera global, es un mecanismo que facilita hacer efectiva la preservación de las mismas, cuando de la explotación de recursos en sus territorios se trata, al permitirles participar, a través de sus representantes, tanto en la elaboración de los estudios ambientales (artículo 5°), **como en acuerdos** sobre la identificación de impactos y las medidas propuestas dentro del plan de manejo ambiental, y las demás que sean necesarias para su preservación’.*

Con respecto a una posible violación del artículo 2° de la Carta, que establece como uno de los fines esenciales del Estado, el de ‘facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan’, por el hecho de que el decreto no prevea expresamente que la participación se haga para lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas, el Consejo de Estado sostiene lo siguiente:

“En materia ambiental ha de tenerse en cuenta que:1) son muchas las formas que se pueden adoptar para hacer efectiva la participación referida, de modo que no todas deben darse en el mismo sentido o forma, y de hecho ya existen (...).”.

Por su parte la Corte Constitucional en sentencia SU-039/97 al referirse a los derechos fundamentales de las comunidades indígenas y a la explotación de los recursos naturales en sus territorios, dijo:

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

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

(...)

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

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

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

a) Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

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

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

(...)

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 arbitrase 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 esta 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’.(Negrillas de la Sala).

Esta posición de la Corte coincide con la planteada por el Consejo de Estado en sentencia de 8 de octubre de 1998, dentro del expediente No. 4373, cuyo aparte pertinente dice:

“...Al punto, cabe decir, como lo precisó la Sala, con base en la sentencia C-489 de 3 de noviembre de 1994, a propósito de la concertación con las comunidades indígenas, que la consulta previa ‘...no se opone al principio de dirección general de la economía a cargo del Estado (artículo 334 C.N.), ni impide que el Gobierno y los demás organismos públicos, cada uno dentro de la órbita constitucional de sus atribuciones, ejerzan el poder que les corresponde, sino que complementa la acción estatal mediante la mayor información sobre la realidad económica, en intercambio de criterios y propuestas y las posibilidades de acuerdo entre los sectores público y privado’”.

En síntesis de las disposiciones normativas y las piezas jurisprudenciales reseñadas, la Sala concluye, el procedimiento de concertación a que se hace referencia en la resolución que concede la licencia ambiental, corresponde al de la Consulta Previa consagrado por las normas internacionales e internas vigentes en materia de defensa de la integridad territorial, cultural y religiosa de los pueblos indígenas.

2.3. Agotamiento de procedimientos previos de concertación

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

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

*ambiental presentada por las sociedades Puerto Cerrejón S.A. y Carbones del Cerrejón S.A., para la Construcción de una Unidad de Abastecimiento Flotante del Puerto Carbonífero del Río Cañas, ubicado en el corregimiento de Mingueo, municipio de Dibulla, este Ministerio expidió la Resolución 0201 de 18 de marzo de 1999 del MMA, cuya copia se anexa, negando dicha solicitud, entre otras razones porque **las comunidades indígenas, durante el proceso de consulta previa que se adelantó, concluyeron que todas las autoridades indígenas (Mamos) de los pueblos indígenas de la Sierra se oponen a la construcción del proyecto y la infraestructura asociada y solicitan respetar las áreas de pago y en especial la colina** lugar de emplazamiento de los tanques de almacenamiento”. Y agrega “Cabe anotar que **la colina a que se refieren las comunidades en el caso de la Unidad de Abastecimiento Flotante del Puerto Carbonífero del Río Cañas, es la misma que tiene contemplado intervenir el proyecto Puerto Multipropósito Brisa, para la construcción de la infraestructura asociada al puerto. Como se deduce de los antecedentes anteriormente expuestos, es claro que el proyecto va a afectar un lugar de pago que estaba identificado desde 1995, que hizo necesario adelantar consulta previa como parte del proceso de evaluación de diferentes proyectos localizados en la misma área del Puerto Multipropósito Brisa.** (Negrillas de la Sala).*

De los textos del Auto N° 80 del 20 de enero de 2006 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; del Oficio del Ministerio del Interior que recoge los resultados de la visita de inspección realizada en asocio con el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en el área donde se adelanta el proyecto; del artículo 2° de la Resolución N° 1298 del 30 de junio de 2006 por medio de la cual el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial otorgó la licencia ambiental para el proyecto; entre otras piezas del expediente, la Sala concluye que para las autoridades competentes no hay duda de que el proyecto denominado “*Construcción y Operación de la Fase 1 del Puerto Multipropósito de Brisa, localizado en jurisdicción del municipio de Dibulla, Corregimiento de Mingueo, Departamento de la Guajira*”, se encuentra en áreas de pago de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, a lo que hay que agregar como expresamente lo manifiesta la Directora de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial mediante oficio 2400-E2-88804 del 27 de septiembre de 2005 dirigido a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, que “**la colina a que se refieren las comunidades en el caso de la Unidad de Abastecimiento Flotante del Puerto Carbonífero del Río Cañas, es la misma que tiene contemplado intervenir el proyecto Puerto Multipropósito Brisa...**”.

De lo anterior se infiere que desde tiempo atrás el área donde se proyecta construir el Puerto Multipropósito Brisa ha sido objeto de reuniones y consultas previas con las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, las cuales siempre han insistido en la existencia de un *sitio sagrado o zona de pago* en la misma, situación que dio lugar a que el entonces Ministerio del Medio Ambiente negara las licencias ambientales solicitadas por las sociedades PRODECO S.A., en el año de 1998 y Puerto Cerrejón S.A. y Carbones del Cerrejón S.A. en el año de 1999.

Así las cosas, la Sala se pregunta sobre la fuerza vinculante que para las partes involucradas en el asunto objeto de consulta tienen las decisiones administrativas adoptadas, en especial si como lo afirma la Corte Constitucional en estos casos lo que está en juego es ***“el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad (que) se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones.(...)”***. Y más adelante insiste la Corte Constitucional en el mismo fallo: ***“El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 C.P.), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos”***. (Corte Constitucional, sentencia SU-039/97).

El análisis de las mencionadas resoluciones, permite establecer lo siguiente:

La Resolución 0621 del 9 de julio de 1998 al negar la licencia ambiental ordinaria solicitada por la Sociedad Puerto Cerrejón S.A. con el objeto de construir un Puerto Carbonífero, el cual se ubicaría entre el arroyo El Pantano y el arroyo El Lagarto, en jurisdicción del Municipio de Dibulla, Departamento de la Guajira, tuvo en cuenta, entre otras razones, (1) ***“que mediante oficio de fecha 20 de diciembre de 1995, la Directora General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, manifestó que el área del proyecto es territorio indígena y por lo tanto se hacía necesario realizar un proceso de consulta previa”*** (2) que en reunión efectuada con las comunidades habitantes del resguardo Indígena Kogui Malayo Arhuaco de la Sierra Nevada de Santa Marta se concluyó que ***“en la zona de influencia del proyecto no existen asentamientos indígenas de las etnias Kogui, Armarios y Arhuacos. Sin embargo, en la zona existen sitios de interés cultural que forman parte de su territorio tradicional.*** (3) que ***“la empresa C.I. Prodeco deberá garantizar la libre circulación de los indígenas por la playa y la colina ubicada al frente del proyecto, y comprometerse a cuidar y proteger esta colina por ser considerada sitio de importancia para las comunidades indígenas y para la empresa”*** (4) que ***“finalmente la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior consideró que se hacía necesario llevar a cabo el proceso de consulta previa a las autoridades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta sobre el proyecto de construcción del puerto marítimo antes de ser expedida la licencia ambiental”*** (5) Que en la reunión de consulta previa llevada a cabo los días 19 y 20 de julio de 1996 en el sector de Bongá corregimiento de Mingueo, ***“las comunidades indígenas asentadas en la Sierra Nevada de Santa Marta, manifestaron no estar de acuerdo con la realización del proyecto de construcción y operación de un puerto carbonífero, por cuanto el sitio escogido para tal fin era considerado por ellos como un sitio sagrado, como una zona de pagamento, el cual hace parte de su territorio ancestral, motivo por el cual no estaba sujeto de intervención alguna*** (6) ***“Que la zona donde está proyectada la construcción del puerto, evidentemente es parte integral del territorio tradicional de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada, más no del territorio del resguardo Kogui-Malayo-Arhuaco”***. (7) ***“Que a pesar de no existir asentamiento***

en lo material, en el plano espiritual dicho lugar es habitado por pueblos indígenas y por sus padres ancestrales, con los cuales se guarda el equilibrio de la Sierra y del mundo en general” (8) “Que en este lugar existen varios sitios sagrados ubicados en la línea negra. Lugar de permanente comunicación entre las lagunas sagradas ubicadas en las partes altas de la Sierra, comunicación que permite por medio de interconexión de las partes bajas y las partes altas sostener el equilibrio de los ciclos naturales del agua” (9) “Que en el plan de manejo ambiental se presentaron programas de gestión social para las comunidades indígenas, los cuales se pudo determinar que no responden a la magnitud del impacto cultural que puede generar el proyecto”.

Por su parte la Resolución 0201 del 18 de marzo de 1999 al negar la licencia ambiental solicitada por las Sociedades Puerto Cerrejón S.A. y Carbones del Cerrejón S.A. para la construcción de una Unidad de Abastecimiento Flotante del Puerto Carbonífero de Río Cañas, ubicado en el corregimiento de Mingueo, Departamento de la Guajira, tuvo en cuenta, entre otras razones, las siguientes: (1) Que *“la zona donde está proyectada la construcción del puerto y por consiguiente la Unidad de Almacenamiento de Combustible, evidentemente es parte integral del territorio tradicional de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada* (2) *“que el puerto estará localizado a una distancia aproximada de dos kilómetros de la desembocadura del río Cañas, y aproximadamente a 6 kilómetros de la desembocadura del río Jerez, sitios sagrados para las comunidades indígenas, por lo tanto el proyecto y las acciones derivadas del mismo, pueden modificar la dinámica cultural”* (3) *“que las comunidades indígenas solicitan respetar las zonas de pagamento y en especial la colina lugar de emplazamiento de los tanques de almacenamiento”* (4) El Ministerio consideró que teniendo en cuenta que las construcciones de ambos Puertos se encuentran directamente relacionadas y en la misma área, las consideraciones de índole técnica, jurídica, etnocultural y ambiental esbozadas en la Resolución N° 0621 de 1998 para negar la licencia ambiental en aquel primer proyecto, deben ser tenidas en cuenta para proceder a la misma negativa en este segundo proyecto. Específicamente se resalta que así como en el trámite del primer proyecto *“se hizo necesario efectuar un proceso de consulta previa con los indígenas que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta y en el cual se concluyó que dichas comunidades indígenas se oponían a la construcción de dicho puerto y de cualquier otro proyecto dentro de la línea negra”* (negrilla del texto original) (5) Que de acuerdo con las normas vigentes *“ninguna obra, exploración, explotación o inversión podrá realizarse en Territorio Indígena sin la previa concertación con las autoridades indígenas y sus organizaciones”* (negrillas del texto original).

El estudio de los Actos Administrativos descritos, permite las siguientes observaciones:

1. En ambos casos se trató de proyectos que afectaban zonas, que si bien podían no ser parte de territorios de resguardo, sí fueron consideradas como *“un sitio sagrado, como una zona de pagamento, la cual hace parte de su territorio ancestral...”*.
2. En ambos casos se dejó en claro que *“los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta han delimitado de manera ancestral su territorio mediante una*

serie de líneas virtuales radiales denominadas “negras” de “origen” que unen accidentes geográficos o hitos considerados por ellos como sagrados , con el cerro Gonowindúa –Pico Bolívar-, de tal manera que sus pagamentos en estos hitos garantizan el flujo de fuerzas espirituales entre ellos y el centro de la tierra, trabajo espiritual que a su vez garantiza el equilibrio de la Sierra Nevada y del mundo en general”

3. En ambos casos se tuvo en cuenta que la zona de influencia de los proyectos, son recorridas por los indígenas para la recolección de conchas necesarias para las ceremonias privadas (pagamentos), de manera que el área donde están los proyectos, evidentemente es **“parte integral del territorio tradicional de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada, mas no del territorio del resguardo Kogui-Malayo-Arhuaco”** (Las negrillas son del texto original).
4. Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, en ambos casos el entonces Ministerio del Medio Ambiente consideró que los mencionados proyectos afectaban en sentido amplio el concepto ancestral de territorio indígena, razón por la cual, de acuerdo con la normatividad vigente, no se podían adelantar sin la previa consulta con las autoridades indígenas y sus organizaciones.

CONCLUSIONES

De conformidad con lo expuesto, observa la Sala que aunque aparentemente existe controversia sobre la naturaleza del área donde se proyecta construir el Puerto Multipropósito de Brisa, la documentación allegada al expediente y los antecedentes relacionados por el propio Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial permiten concluir que efectivamente allí existen *sitios sagrados o zonas de pago*, que hacen parte del territorio ancestral de las comunidades indígenas de la zona, lo que llevó a que en dos ocasiones anteriores, para dos proyectos similares, en la misma área, se hubiese ordenado la realización de la Consulta Previa y posteriormente se hubiesen negado las respectivas licencias ambientales, entre otras razones, en atención a los argumentos expuestos por las comunidades indígenas para oponerse a la realización de dichos proyectos.

Aunque el Ministerio del Interior y de Justicia ha sostenido últimamente que esa área no se superpone con lugares de pago sino con lugares donde se adelantan *ceremonias de carácter cultural* por parte de las comunidades indígenas, razón por la cual en su concepto no procede la consulta previa sino un proceso de concertación con el fin de que dichas comunidades puedan continuar visitando el lugar, la Sala considera que si la zona de influencia del proyecto se encuentra dentro de los límites del territorio ancestral indígena marcado por los mamos antiguos y enmarcado dentro del límite virtual conocido como la línea negra, como lo han afirmado las propias autoridades ambientales, debe adelantarse previamente el Proceso de Consulta Previa denominado de manera inexacta por el Ministerio del Interior *“procedimiento de concertación”*, como ya se explicó.

En este caso, analizado el ordenamiento jurídico que regula la materia, encuentra la Sala que la ley 21 de 1991 *–aprobatoria del Convenio 169 sobre pueblos indígenas*

y tribales en países independientes- dispone que el gobierno debe asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de las comunidades interesadas, una acción coordinada que permita, entre otros, el reconocimiento y la protección de sus valores y prácticas culturales, religiosas y espirituales, por la cual deben consultarlas con el fin de llegar a un acuerdo o lograr su consentimiento acerca de los planes y programas de desarrollo nacional y regional que puedan afectarlos, con miras a preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

Como quiera que la ley en cita no especificó las circunstancias de tiempo y modo para llevar a cabo la referida consulta, ni señaló las reglas mínimas para el desarrollo de la misma, el Gobierno Nacional expidió el decreto 1320 de 1998 con el fin de reglamentar *“la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio”*, y en él estableció que *“la consulta previa tiene como fin analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que pueda ocasionarse a una comunidad indígena o negra con la explotación de recursos naturales dentro de su territorio”*. (Art. 1o.). (Negrillas de la Sala).

Finalmente, frente a las resoluciones por medio de las cuales se negaron licencias ambientales para proyectos similares, la Sala considera que no puede olvidarse que dichas decisiones quedaron en firme y por tanto adquirieron el carácter ejecutivo y ejecutorio que la ley predica para los actos administrativos y en tal circunstancia constituyen una defensa del derecho fundamental de las comunidades indígenas a su integridad vital, sociocultural y religiosa, de manera que en cuanto las circunstancias de protección y preservación no hayan cambiado, si bien no puede hablarse de que constituyan derechos adquiridos, sí deben tenerse como punto de referencia por la Administración, para las decisiones a adoptar en el futuro.

LA SALA RESPONDE:

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

El término razonable para adelantar el proceso de concertación es el que corresponda al procedimiento que de acuerdo con lo estipulado por el decreto 1320 de 1998 adelante el Ministerio del Interior y de Justicia a través de la Dirección de Etnias, de manera que puede declararse culminado cuando se cumplan las etapas de concertación o consulta allí señaladas.

2. *¿En el evento en que el proceso de concertación se prolongue por encima del término razonable y las partes involucradas no logren llegar a un acuerdo, debe el Gobierno Nacional decidir unilateralmente sobre la culminación del mismo y bajo qué presupuestos?*
3. *¿Qué efecto produce la decisión de dar por terminado el proceso de concertación respecto de la licencia ambiental y desarrollo del proyecto?”*

2 y 3. La concertación o consulta previa no supe la competencia de las autoridades para determinar los límites de los procedimientos y adoptar las decisiones que sean razonables para el caso, teniendo en cuenta la defensa del derecho fundamental de las comunidades indígenas a su integridad vital, sociocultural y religiosa, sin que sea necesario un acuerdo pleno de carácter positivo con ellas; siempre que previamente se agote el procedimiento de consulta en los términos *de la Constitución Política, de la ley 21 de 1991 por medio de la cual se aprobó el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª reunión de la Conferencia General de la OIT y del Decreto Número 1320 de 1998 por el cual el Gobierno Nacional reglamentó el procedimiento de la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio.*

Transcribese al señor Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ A.
Presidente de la Sala

GUSTAVO APONTE SANTOS
LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO
ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA P.

LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Secretaria de la Sala

3. TUTELA PDVSA VS. COMUNIDAD YOSURU

ACCIÓN DE TUTELA - Improcedente cuando existe otro medio de defensa judicial / ACCIÓN DE TUTELA - Carácter subsidiario / ACCIÓN DE TUTELA - Procedencia en forma transitoria cuando existe un perjuicio irremediable / ACCIÓN DE TUTELA - Improcedente para controvertir la resolución que autoriza la cesión de una licencia ambiental, por existir otro medio de defensa judicial

La acción de tutela no es el medio judicial procedente para obtener la satisfacción de una pretensión que bien puede lograrse a través del ejercicio de las acciones ordinarias consagradas en la legislación vigente. De ahí que la doctrina y la jurisprudencia constitucional hayan establecido que la subsidiariedad es una de las principales características de este mecanismo de protección de los derechos fundamentales, por lo que si una persona cuyos derechos se encuentran presuntamente vulnerados o amenazados tiene a su alcance la posibilidad de acudir a la justicia ordinaria e invocar su protección, la acción de tutela deviene en improcedente. Cabe señalar que en el único evento en el cual procede dicha acción, a pesar de que el interesado cuente con otros mecanismos de defensa judicial, es cuando se ejerce en forma transitoria, en aras de evitar un perjuicio irremediable, pero ello no quiere decir que la tutela entre a reemplazar los mecanismos ordinarios, sino que simplemente suspende un acto o una omisión que viole o amenace sus derechos, hasta tanto no haya un pronunciamiento de fondo por parte de los jueces ordinarios. En el caso concreto, ante la existencia de otro medio de defensa judicial para controvertir la legalidad de la Resolución número 1999 de 9 de octubre de 2006, por medio de la cual se autoriza la cesión de una licencia ambiental otorgada mediante Resolución número 1133 de 15 de junio de 2006, para la construcción del Gasoducto Binacional entre Colombia y Venezuela, en la jurisdicción del Departamento de la Guajira, la acción de tutela resulta improcedente, máxime si no concurren en el sub lite los presupuestos para que proceda la misma como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

NOTA DE RELATORIA: Sentencia, CE, S1, AC-00825, 2009/01/29, M.P. María Claudia Rojas Lasso

COMUNIDADES INDÍGENAS - Es deber del estado proteger su integridad cultural, social y económica / COMUNIDADES INDÍGENAS - Su entorno vital es condición necesaria para asegurar su subsistencia, sin embargo no imposibilita la explotación de sus recursos naturales / COMUNIDADES

INDIGENAS - Deben participar en las decisiones sobre explotación de los recursos existentes en sus tierras, a través de una consulta / EXPLOTACIÓN DE TIERRAS INDÍGENAS - Las comunidades deben participar, a través de la consulta, en las decisiones sobre la explotación de los recursos existentes en sus tierras

Es deber del Estado proteger la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y afrocolombianas a través de la guarda de su entorno vital, como condición necesaria para asegurar su subsistencia como grupo humano. Sin embargo, la preservación de su entorno no comporta la imposibilidad de explotar sus recursos naturales, cuando quiera que el desarrollo económico del país así lo exija. Por tal razón, la Constitución en el párrafo del artículo 330, dispuso que, en el evento de que el Estado o los particulares emprendan programas de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras, los representantes de dichas comunidades deberán participar en las decisiones que se tomen al respecto. Dicha participación se hace a través de la consulta, que es un instrumento que permite a los pueblos indígenas valorar la viabilidad o inconveniencia de adelantar en su territorio, bien por parte del Estado o de los particulares, proyectos de exploración o explotación de los recursos naturales, con miras a concluir un acuerdo o lograr el consentimiento con las medidas propuestas, cuyo procedimiento se encuentra establecido en la Ley 21 de 1991 y el Decreto 1320 de 1996. En el caso concreto, la Comunidad YOSURU no fue incluida en la reunión de consulta previa para el otorgamiento de la Licencia Ambiental, ni en las convocatorias posteriores efectuadas como respuesta a la verificación de la Dirección del Ministerio del Interior y de Justicia sobre la presencia de nuevas comunidades, por cuanto no fue reconocida como comunidad del área de influencia directa del proyecto, situación que no desvirtuó la actora.

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Radicación número: 44001-23-31-000-2008-00167-01(AC)

Actor: COMUNIDAD INDÍGENA YOSURU

Demandado: EMPRESA PDVSA GAS S.A. SUCURSAL COLOMBIA

Referencia: IMPUGNACIÓN SENTENCIA. ACCIÓN DE TUTELA

Bogotá, D.C., nueve (9) de julio de dos mil nueve (2009)

Se decide la impugnación, oportunamente interpuesta por la actora contra el fallo de 14 de enero de 2009, proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira, que negó el amparo de tutela solicitado.

I. LA SOLICITUD DE TUTELA

I.1. ARISTIDES RAMÍREZ, en calidad de autoridad tradicional de la Comunidad Indígena Wayuu «YOSURU», en escrito presentado ante la Oficina Judicial de Riohacha (Guajira), instauró acción de tutela, contra la Empresa PDVSA Gas S.A. Sucursal Colombia, Ministerio del Interior –Dirección de Etnias- y Ministerio del Medio Ambiente –Dirección de Licencias–, con el fin de que se le protejan los derechos constitucionales al debido proceso, de petición, a la igualdad y a la consulta previa de las comunidades indígenas.

I.2. Las violaciones antes enunciadas las infiere la actora, en síntesis, de lo siguiente:

1º: Señala que el 7 de abril de 2007, las comunidades indígenas impidieron los trabajos de los técnicos de la petrolera de Venezuela PDVSA, por cuanto, a su juicio, se le han desconocido los derechos de servidumbre e indemnizaciones a los miembros de dicha comunidad indígena, al no haber sido llamada a la consulta previa prevista en el Convenio 169 de la OIT, ratificado por la Ley 21 de 1991 y en la Sentencia SU-039 DE 1997.

2º: Menciona que como quiera que dicha Comunidad no fue incluida dentro de los procesos de visita de verificación adelantados por el Ministerio del Interior a través de la Dirección de Etnias, pese a que su territorio se encuentra dentro del área de afectación directa del proyecto del gasoducto binacional transcaribeño de PDVSA Gas, el 9 de septiembre de 2008 presentó derecho de petición ante la Empresa PDVSA Gas y el Ministerio del Interior, con copia a la Procuraduría Regional de la Guajira, solicitando la inclusión de la comunidad dentro de dicho proceso, sin que se le haya dado respuesta por parte de la Multinacional.

3º: Sostiene que si bien la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior y Justicia, contestó tal petición, no está adelantando proceso de verificación de existencia de comunidades en el área de afectación del gasoducto binacional tramo Antonio Ricaurte.

4º: Afirma que en reciente fallo, proferido por el Tribunal Administrativo de la Guajira, fueron tutelados los derechos de algunas comunidades indígenas de Manaure – Guajira, tales como a la consulta previa, a la igualdad, al debido proceso, entre otros, y además declaró surtir efecto inter pares para las demás comunidades indígenas que fueron objeto de verificación estatal que se encuentren en la misma situación jurídica y fáctica de los accionantes, para que de esta manera se beneficien con los efectos jurídicos del mismo.

5º: Agrega que el Ministerio del Medio Ambiente, en cumplimiento del mencionado fallo, convocó a consulta previa, pero no incluyó a la Comunidad YOSURU; y que el Ministerio del Interior y de Justicia, no realizó la visita de verificación de la existencia de la mencionada comunidad dentro del área de afectación directa del proyecto del gasoducto.

6º: Asegura que en actas de compromiso suscritas por la dicha comunidad con representantes del consorcio GH-GL (Geoingeniería), de autoridades municipales y departamentales de la Guajira y de PDVSA Gas, se reconoció que la comunidad

YOSURU se encuentra dentro del área de los 2.5 km. del gasoducto transcaribeño, por lo que sería tenida en cuenta dentro de los programas de inversión social a través de proyectos de beneficio comunitario, lo que a la fecha tampoco se ha cumplido.

En consecuencia, solicita que se le protejan los derechos invocados, ordenando la suspensión provisional de la licencia ambiental otorgada mediante la Resolución número 1999 de 9 de octubre de 2006, por medio de la cual se autoriza la cesión de una licencia ambiental concedida mediante Resolución número 1133 de 15 de junio de 2006 y, en consecuencia, se realice una convocatoria de las comunidades afectadas dentro de la consulta previa.

1.3. La Empresa PDVSA Gas S.A. Sucursal Colombia, al contestar la demanda de tutela se opuso a la pretensiones, alegando, en síntesis, que con el fin de obtener la licencia ambiental otorgada mediante Resolución número 1133 de 15 de junio de 2006, modificada a través de la Resolución número 1999 de 9 de octubre del mismo año, adelantó el trámite de Consulta Previa con las 62 comunidades indígenas identificadas por la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, dentro de las cuales no figuraba la Comunidad Yosuru.

Explica que mediante Oficio OF107-37300-DET-1000 de 9 de diciembre de 2007, la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, le comunicó que durante los meses de septiembre y octubre de ese año se efectuaron diversas visitas de verificación en la zona, con el fin de identificar nuevas comunidades que no hubiesen sido receptoras del derecho de consulta previa dentro del trámite de obtención de la licencia ambiental, y allí tampoco se encontraba la comunidad actora.

Respecto del derecho de petición a que alude la actora, señala que mediante comunicación de 9 de diciembre de 2008 lo respondió, siendo remitido el mismo día por correo especial «DEPRISA», conforme consta en la colilla de envío número 000004558030.

Aclara que en el caso eventual de existir una vulneración al derecho del debido proceso, no es ni puede ser imputado a la empresa, ya que su naturaleza es netamente mercantil y, por tanto, no adelanta ninguna actuación contenciosa administrativa ni judicial.

De otra parte, señaló que la acción de tutela es improcedente no solo por falta del requisito de subsidiaridad, sino por cuanto no concurre el requisito de inmediatez.

Reitera que la exclusión de la consulta previa de la Comunidad Yosuru no fue un acto derivado de su voluntad, ya que la empresa solo actúa bajo las certificaciones y lineamientos elaborados por la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia.

Finalmente, manifiesta que la inversión social voluntaria, al ser una mera liberalidad, no se encuentra dentro de los mecanismos de protección a la diversidad étnica y cultural; y que su apropiación y ejecución devienen de un proceso de consulta previa, por lo que no puede predicarse de ella, que su ocurrencia tenga causalidad en un derecho fundamental, o su inejecución lo vulnere.

1.4. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, al contestar la demanda de tutela, adujo, en síntesis, que la inclusión de comunidades en la consulta previa se hace a través de unos mecanismos de participación en los estudios de impacto ambiental y a través del reconocimiento de su presencia, mediante certificación de la Dirección de Indígenas, Minorías y Rom, en la que se precisa cuáles son las comunidades que se encuentran en el área de influencia directa del proyecto y pueden llegar a verse afectadas por la realización de las actividades del mismo. Tal procedimiento está reglado por el artículo 3° del Decreto 1320 de 1998.

Agrega que de acuerdo con dicho Decreto, la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, adelantó la verificación de la presencia de nuevas comunidades dentro del área de influencia, para que en caso de ser así, se puedan incluir en un proceso análogo de Consulta, reglamentada por el Decreto 1320 de 1998 y por la Ley 21 de 1991, que establecen que la Consulta debe ser previa a la decisión ambiental.

Asevera que la Comunidad YOSURU no fue incluida en la reunión de consulta previa para el otorgamiento de la Licencia Ambiental, ni en las convocatorias posteriores efectuadas como respuesta a la verificación de la Dirección del Ministerio del Interior y de Justicia sobre la presencia de nuevas comunidades, por cuanto no ha sido reconocida por ese Ministerio como comunidad del área de influencia directa del proyecto.

Estima que no existe vulneración del derecho a la consulta previa por parte de dicha cartera, ya que se ha atendido a información y certificación de afectación de comunidades indígenas en la zona de influencia del proyecto de acuerdo con lo señalado en la Ley 21 de 1991 y en el Decreto 1320 de 1998, remitidas por el Ministerio del Interior y de Justicia – Dirección de Etnias, sin que allí se haga referencia a la comunidad YOSURU.

Anota que el Ministerio no solo se rige por las disposiciones establecidas en materia ambiental por el Decreto Ley 2811 de 1974, Ley 99 de 1993, Ley 21 de 1991 y Decreto 1320 de 1998, sino que también enfoca su accionar administrativo con el fin de garantizar los derechos fundamentales de consulta previa, participación, diversidad étnica, social, cultural y religiosa de las comunidades indígenas afectadas por la construcción del citado proyecto; en otras palabras, fundamenta sus actuaciones en la Carta Política, protegiendo las riquezas culturales y naturales de la Nación, organizando, dirigiendo y reglamentando la prestación de servicios de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Finalmente, propone la improcedencia de la tutela, por cuanto considera que en tratándose de la controversia de actos administrativos, se debe acudir a las acciones contenciosas administrativas, esto es, a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 del C.C.A., revestida de idoneidad para buscar la inaplicación provisional de la Resolución número 1133 de 15 de junio de 2006, mediante la cual el Ministerio de Ambiente otorgó licencia ambiental al proyecto multimencionado.

1.5. El Ministerio del Interior y de Justicia, para oponerse a las pretensiones de la demanda, manifestó, en síntesis, que la Comunidad Yosuru no se encuentra dentro

del área de influencia directa del proyecto, aunque sí dentro del área que PDVSA Gas definió para la inversión social voluntaria.

Señala que en la segunda verificación, se visitaron todas las comunidades que en varios espacios preliminares solicitaron ser incluidas y, de acuerdo a los registros levantados, la actora no elevó petición alguna pese a la publicidad y oportunidades dadas, razón por la que no fue objeto de visitas técnicas realizadas con la Comisión Interinstitucional creada para tales fines.

Afirma que en la primera verificación previa al proyecto, se encontró que la comunidad actora está por fuera del área de influencia en lo que respecta a la consulta previa, aunque si está dentro del área de inversión social.

Anota que la acción de tutela es un mecanismo para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales que han sido violados, que están siendo afectados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares, siempre que no exista otro mecanismo de defensa, circunstancia que no concurre en el sub lite, en la medida en que la comunidad no se encuentra dentro de área determinada para realizar la consulta previa.

II. EL FALLO IMPUGNADO

El juzgador de primer grado, para negar el amparo de tutela solicitado, argumentó, en síntesis, que las acciones contenciosas administrativas no resultan idóneas, teniendo en cuenta que de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT y los artículos 13 y 330, parágrafo, de la Constitución Política, establecen como mecanismo de igualdad real y efectiva, la protección especial de las comunidades indígenas para la defensa de su integridad cultural, social y económica.

Al encontrar procedente la acción de tutela, y estudiar de fondo el asunto bajo examen, el a quo concluyó que dentro del trámite para expedir la licencia ambiental, que la Comunidad actora pretende suspender a través de la acción constitucional que ahora ocupa la atención de la Sala, no existió vulneración de derecho alguno.

En efecto, afirmó que el procedimiento aplicable para el caso concreto, está contemplado en la Ley 21 de 1991 y el Decreto 1320 de 1998, disposiciones que señalan los requisitos que se deben presentar en el momento en que una persona natural o jurídica desea obtener una licencia ambiental para proyectos de explotación de recursos naturales en territorios indígenas, entre ellos, que para que surja la obligación estatal y el derecho particular de una comunidad indígena de ser convocada a las reuniones de consulta previa, debe existir coincidencia entre el territorio de su asentamiento y el área de influencia de la zona de explotación o tránsito de los recursos naturales, presupuesto que no concurre en el sub lite, pues, de acuerdo con la descripción de los hechos, el territorio de la Comunidad Yosuru no se encuentra dentro del área de afectación en mención correspondiente a 15 metros por lado y lado del eje central del tubo de gasoducto, sino dentro de un área proximal de 2.5 km, dentro de los cuales la sociedad accionada informa estar desarrollando planes de inversión social de carácter voluntario, y que, precisamente, por esa naturaleza, no pueden confundirse con los derechos de consulta previa en mención, puesto que

el debido proceso aplicable a tal circunstancia la excluye de dichas negociaciones, al no hacer parte de las comunidades asentadas en el área de influencia.

Afirmó que no hubo desconocimiento alguno del derecho a la igualdad frente a otras comunidades a las que, contrario a la actora, sí se les reconoció el derecho de servidumbre y demás derechos patrimoniales, por cuanto no probó tal circunstancia; y que por el mismo hecho de no pertenecer a las comunidades que se encuentran en el área de influencia directa de la obra en construcción, fáctica y legalmente no se halla en la misma situación de aquellas beneficiarias de los compromisos de carácter patrimonial y que hicieron parte de la consulta previa, por lo que no puede pretender las mismas prerrogativas que la ley concede a las comunidades del área de afectación.

III. FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACIÓN

La actora al impugnar el fallo de tutela, insiste en que si bien se reconoció que la dicha comunidad está establecida dentro del área proximal de los 2.5 Km de gasoducto por lo cual sería incluida dentro de los programas de inversión social, también es cierto que dicha distancia hace relación al área dentro del cual se encuentran sus viviendas.

Considera que el Tribunal desconoció que su territorio no solo está compuesto por la situación meramente física, sino que su territorialidad trasciende el nivel empírico y lleva a que las técnicas y estrategias del medio ambiente no se puedan entender sin los aspectos simbólicos a los que están asociadas.

Explica cómo su territorio se encuentra atravesado por el tubo de conducción del gasoducto transcaribeño que ejecuta la empresa PDVSA Gas S.A., lo que significa que se encuentra dentro del área de influencia directa de los 15 metros al lado y lado del tubo en conducción ya mencionado.

Por lo anterior, solicita revocar el fallo impugnado y conceder la acción de tutela.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción de tutela está encaminada a que se suspenda de manera provisional la licencia ambiental otorgada mediante la Resolución número 1999 de 9 de octubre de 2006, por medio de la cual se autoriza la cesión de una licencia ambiental concedida a través de la Resolución número 1133 de 15 de junio de 2006 y, en consecuencia, se realice una convocatoria de las comunidades afectadas dentro de la consulta previa.

Advierte la Sala que la Constitución Política de 1991, al consagrar en su artículo 86 la acción de tutela, previó en su inciso tercero:

«Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable».

En igual sentido, el artículo 6° del Decreto Ley 2591 de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela, señala las causales de improcedencia de ésta, disponiendo en el numeral 1, lo siguiente:

«Artículo 6°. Causales de improcedencia de la acción de tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante».

Esta Corporación ha sostenido en forma reiterada que la acción de tutela no es el medio judicial procedente para obtener la satisfacción de una pretensión que bien puede lograrse a través del ejercicio de las acciones ordinarias consagradas en la legislación vigente. De ahí que la doctrina y la jurisprudencia constitucional hayan establecido que la subsidiariedad es una de las principales características de este mecanismo de protección de los derechos fundamentales, por lo que si una persona cuyos derechos se encuentran presuntamente vulnerados o amenazados tiene a su alcance la posibilidad de acudir a la justicia ordinaria e invocar su protección, la acción de tutela deviene en improcedente.

Cabe señalar que en el único evento en el cual procede dicha acción, a pesar de que el interesado cuente con otros mecanismos de defensa judicial, es cuando se ejerce en forma transitoria, en aras de evitar un perjuicio irremediable, pero ello no quiere decir que la tutela entre a reemplazar los mecanismos ordinarios, sino que simplemente suspende un acto o una omisión que viole o amenace sus derechos, hasta tanto no haya un pronunciamiento de fondo por parte de los jueces ordinarios.

Ante la existencia de otro medio de defensa judicial para controvertir la legalidad de la Resolución número 1999 de 9 de octubre de 2006, por medio de la cual se autoriza la cesión de una licencia ambiental otorgada mediante Resolución número 1133 de 15 de junio de 2006, para la construcción del Gasoducto Binacional entre Colombia y Venezuela, en la jurisdicción del Departamento de La Guajira, la acción de tutela resulta improcedente, máxime si no concurren en el sub lite los presupuestos para que proceda la misma como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En efecto, de acuerdo con el artículo 7° de la Constitución Política, es deber del Estado proteger la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y afrocolombianas a través de la guarda de su entorno vital, como condición necesaria para asegurar su subsistencia como grupo humano.

Sin embargo, la preservación de su entorno no comporta la imposibilidad de explotar sus recursos naturales, cuando quiera que el desarrollo económico del país así lo exija. Por tal razón, la Constitución en el párrafo del artículo 330, dispuso que en el evento de que el Estado o los particulares emprendan programas de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras, los representantes de dichas comunidades deberán participar en las decisiones que se tomen al respecto.

Dicha participación se hace a través de la consulta, que es un instrumento que permite a los pueblos indígenas valorar la viabilidad o inconveniencia de adelantar en su territorio, bien por parte del Estado o de los particulares, proyectos de exploración o

explotación de los recursos naturales, con miras a concluir un acuerdo o lograr el consentimiento con las medidas propuestas, cuyo procedimiento se encuentra establecido en la Ley 21 de 1991 y el Decreto 1320 de 1996.

El artículo 3° del Decreto 1320 de 1998, prevé:

«IDENTIFICACIÓN DE COMUNIDADES INDÍGENAS Y NEGRAS.

Cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda realizar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por comunidades indígenas o negras susceptibles de ser afectadas con el proyecto, le corresponde al Ministerio del Interior certificar la presencia de dichas comunidades, el pueblo al que pertenecen, su representación y ubicación geográfica. El Instituto Colombiano para la Reforma Agraria - Incora, certificará sobre la existencia de territorio legalmente constituido.

Las anteriores entidades, expedirán dicha certificación dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud que para el efecto haga el interesado en el proyecto, obra o actividad, la cual contendrá:

A Identificación del interesado:

- a) Fecha de la solicitud;
- b) Breve descripción del proyecto, obra o actividad;
- c) Identificación del área de influencia directa del proyecto, obra o actividad, acompañada de un mapa que precise su localización con coordenadas geográficas o con sistemas Gauss.

PARÁGRAFO 1o. De no expedirse las certificaciones por parte de la entidades previstas en este artículo, en el término señalado, podrán iniciarse los estudios respectivos. No obstante, si durante la realización del estudio el interesado verifica la presencia de tales comunidades indígenas o negras dentro del área de influencia directa de su proyecto, obra o actividad, deberá integrarlas a los estudios correspondientes, en la forma y para los efectos previstos en este decreto e informará al Ministerio del Interior para garantizar la participación de tales comunidades en la elaboración de los respectivos estudios.

PARÁGRAFO 2o. En caso de existir discrepancia en torno a la identificación del área de influencia directa del proyecto, obra o actividad, serán las autoridades ambientales competentes quienes lo determinen.

PARÁGRAFO 3o. Las certificaciones de que trata el presente artículo se expedirán transitoriamente, mientras el Ministerio del Interior en coordinación con el Instituto Geográfico Agustín Codazzi-IGAC y el Instituto Colombiano para la Reforma Agraria Incora, elaboran una cartografía georreferenciada a escala apropiada respecto de las áreas donde existan comunidades indígenas o negras de las que trata la Ley 70 de 1993, en los términos de ocupación territorial de que tratan los artículos 2o. y 3o. del presente Decreto. Para este efecto, dichas entidades dispondrán de un término

de seis (6) meses contados a partir de la expedición del presente decreto. La cartografía de que trata este parágrafo deberá ser actualizada cada seis (6) meses».

El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, al contestar la demanda, señaló que en el estudio de impacto ambiental, la empresa PDVSA GAS determinó que la influencia directa del proyecto es de 15 metros a lado y lado del eje del tubo, es decir un corredor de 30 metros, en el que se identificaron 63 comunidades Wayuu a las que, en el marco de la evaluación ambiental y en cumplimiento de lo señalado en el artículo 12 del Decreto 1320 de 1998, dicha cartera convocó para los días 16 al 24 de mayo de 2006, las reuniones de Consulta Previa con la participación del Ministerio del Interior y de Justicia y otros entes regionales en cumplimiento de sus funciones.

Adujo que los acuerdos celebrados entre la Empresa PDVSA GAS y dichas comunidades, fueron acogidos en la licencia ambiental que se otorgó al proyecto, mediante Resolución número 1133 de 15 de junio de 2006, a los cuales ha venido realizando el seguimiento respectivo para verificar su cumplimiento; y que las comunidades identificadas y que participaron en los estudios ambientales y en la Consulta Previa, se encuentran ubicadas en el corredor de los 30 metros.

Sostuvo que luego de haberse otorgado la licencia ambiental, y durante la etapa de construcción del gasoducto, se evidenciaron reclamaciones por parte de representantes de un grupo de comunidades, en cuanto a que no fueron incluidas en la Consulta Previa, por lo que el Ministerio del Interior y de Justicia, como entidad competente, y en cumplimiento del artículo del Decreto 1320 de 1998, a través de la Dirección de Etnias, realizó la verificación correspondiente a cada uno de los casos y emitió el concepto respectivo el 14 de diciembre de 2007 y el 3 de enero de 2008, en los que se indican las nuevas comunidades que debían ser incluidas en la Consulta Previa, pero en tal verificación no se incluyó a la Comunidad Indígena de YOSURU.

Indicó que en cuanto a los acuerdos realizados entre la Empresa PDVSA GAS y la actora, se reconoce que la Comunidad Yosuru se encuentra ubicada en el área de 2.5 km, y que aunque no conoce el acta a que hace mención la actora, el derecho de vía de 30 metros se consideró como el criterio para determinar el área de influencia directa del proyecto y, por tanto, las comunidades ubicadas en esta zona son las que han sido convocadas a las reuniones de consulta previa adelantadas; y respecto del fallo de tutela a que alude la aquí demandante, adujo que el mismo fue revocado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado el 1o. de agosto de 2008 (Expediente número 2008-00075).

Por su parte, el Ministerio del Interior y de Justicia, en el informe rendido ante el a quo, manifestó, lo siguiente:

«... a la luz de las evidencias recopiladas en la primera verificación, realizada antes de iniciar la ejecución del proyecto, y en la segunda verificación, realizada de forma excepcional para atender diferentes bloques, la comunidad de YOSURU no se encuentra dentro del área de influencia directa del proyecto, aunque sí dentro del área que PDVSA GAS definió para la

inversión social voluntaria. En el caso particular de la segunda verificación, se visitaron todas las comunidades que en varios espacios preliminares demandaron ser incluidas y, de acuerdo a los registros levantados durante este procedimiento, la Comunidad de YOSURU ni siquiera elevó petición alguna pese a la publicidad y oportunidades dadas; razón por la cual no fue objeto de las visitas técnicas realizadas con la comisión interinstitucional creada para estos fines. En la primera verificación (en la previa al proyecto) se encontró que esta comunidad se encuentra por fuera del área de influencia de lo que respecta a la CONSULTA PREVIA, aunque sí dentro del área de la inversión social, antes referida, como se denota en parte de la copia del mapa anexo, que se remite...».

De lo antes expuesto, forzoso es concluir que al expedir la licencia ambiental en comento, se observó el procedimiento previsto en la ley, lo que descarta la vulneración de derecho alguno.

En efecto, como lo indicaron las entidades demandadas en el informe rendido ante el a quo, la Comunidad YOSURU no fue incluida en la reunión de consulta previa para el otorgamiento de la Licencia Ambiental, ni en las convocatorias posteriores efectuadas como respuesta a la verificación de la Dirección del Ministerio del Interior y de Justicia sobre la presencia de nuevas comunidades, por cuanto no fue reconocida como comunidad del área de influencia directa del proyecto, situación que no desvirtuó la actora.

Las consideraciones precedentes conducen a la Sala a confirmar el fallo impugnado, como en efecto se dispondrá en parte resolutive de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE el fallo impugnado.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y REMÍTASE COPIA AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 9 de julio de 2009.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidenta

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA
MARTHA SOFIA SANZ TOBÓN
MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

4. SÚPLICA 673 DE 1997 OXY U U'WAS

CONSEJO DE ESTADO SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Radicación número: S-673

Actor: DEFENSOR DEL PUEBLO

Demandado: MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE

Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro de marzo de mil novecientos noventa y siete

Procede la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado lugar al proceso de la referencia, instaurada por el Defensor del Pueblo, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en los artículos 84 del C.C.A. y 73 de la Ley 99 de 1993, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución número 110 de 3 de febrero de 1995, «por la cual se otorga una Licencia Ambiental» a la Sociedad Occidental de Colombia Inc., expedida por el Ministerio del Medio Ambiente.

I. ANTECEDENTES

a) El acto acusado

Mediante el acto demandado, la Ministra del Medio Ambiente, «en ejercicio de sus facultades legales, conferidas por el Artículo 52 numeral 1 de la Ley 99 del 22 de diciembre de 1993», previa una serie de consideraciones contenidas en la parte motiva del acto, adopta las siguientes decisiones: «Otorgar Licencia Ambiental a la Sociedad Occidental Inc., para la realización de las actividades de prospección sísmica del Bloque Samoré, ubicado en jurisdicción de los municipios de Saravena, Tame, Fortul, en el departamento de Arauca; Cubará, en el departamento de Boyacá; y Toledo en el departamento de Norte de Santander» (art. 1o.); establece que el término de la licencia será el mismo de la duración del proyecto (art. 2o.); detalla en 35 numerales las obligaciones a las cuales queda sujeto el beneficiario de la licencia (art. 3o.); advierte que el beneficiario deberá tramitar y obtener de las autoridades competentes, los permisos y autorizaciones que se requieran para el desarrollo del proyecto (art. 4o.); expresa que el Ministerio inspeccionará la ejecución del proyecto

(art. 5o.); determina que el beneficiario deberá suspender los trabajos en caso de detectarse efectos ambientales no previstos y adoptar las medidas correctivas necesarias (art. 6o.); aclara que la licencia no ampara el aprovechamiento comercial de ningún recurso natural renovable existente en la zona, ni la captación o extracción de especímenes de la fauna o flora silvestre (art. 7o.); advierte que la licencia tampoco ampara ningún tipo de obra o actividad diferente a la descrita en forma general en los documentos aportados por el peticionario (art. 8o.); ordena remitir copia de la resolución a diversas autoridades y a la comunidad U'wa (art. 9o.); y expresa que contra ella procede el recurso de reposición (art. 10).

b) Los hechos de la demanda

El demandante considera que los hechos y omisiones que describe bajo los cuatro (4) numerales que se sintetizan a continuación, sirven de fundamento a la acción ejercida (fls. 194 a 203) :

1. ANTECEDENTES

El acto acusado fue la culminación de los trámites que, en desarrollo de un contrato de asociación celebrado con Ecopetrol para la exploración y explotación de hidrocarburos en el país, inició desde mediados del año de 1992 la Sociedad Occidental de Colombia Inc. ante el INDERENA para obtener la licencia ambiental correspondiente, a fin de adelantar exploraciones sísmicas que le permitieran constatar la existencia de pozos o yacimientos petroleros en una zona situada en la margen nor-oriental de Colombia, que comprende los Departamentos de Boyacá, Norte de Santander, Santander, Arauca y Casanare.

El mencionado proyecto, conocido como EXPLORACIÓN SÍSMICA BLOQUE SAMORE, comprende los municipios de Saravena, Tame y Fortul en el Departamento de Arauca, Cubará en el Departamento de Boyacá, y Toledo en el Departamento de Norte de Santander. Compromete una extensión aproximada de 208.934 hectáreas, en las que se encuentran resguardos indígenas y parques naturales.

De los considerandos del acto acusado se desprenden, en criterio del demandante, los siguientes aspectos:

a.- Que los conceptos técnicos emitidos en los meses de febrero y mayo de 1994 por el INDERENA, consideran viable la ejecución del programa sísmico del Bloque Samoré, con la excepción de que quedaban excluidas de toda actividad de prospección sísmica las áreas de los Parques Nacionales Naturales de Tamá y el Cocuy.

b.- Que asumido por competencia el conocimiento del asunto por el Ministerio del Medio Ambiente, la Subdirección de Ordenamiento y Evaluación Ambiental Sectorial emitió el concepto técnico número 090 de julio 19 de 1994, el cual acoge en su totalidad los del Inderena y considera viable la ejecución del programa sísmico del Bloque de Exploración Samoré, sujeto al cumplimiento de medidas de orden técnico y ambiental que se especifican en la parte resolutive del acto acusado.

Sin embargo, sólo en ese momento el «... Ministerio del Medio Ambiente llamó la atención en términos de la participación comunitaria y ciudadana y en lo que tiene

que ver particularmente con la etnia «Uwa asentada en el área de influencia puntual y local del proyecto, ... (...) ... específicamente en lo que hace referencia a la ‘Consulta Previa’ ...».

«En efecto, se consideró que hasta ese momento –después de un proceso superior a dos (2) años–, la Sociedad Occidental de Colombia INC., no había implementado ni garantizado ningún trámite relativo a la participación comunitaria, ni mucho menos a la consulta previa de que trata la normatividad vigente para este tipo de proyectos».

c.- Que para los efectos de expedición de la Licencia Ambiental, se tuvo como consulta previa la reunión que sostuvieron en la ciudad de Arauca los días 10 y 11 de enero de 1995 algunos miembros de la comunidad U’wa con participación de representantes de los Ministerios de Gobierno, Minas y Energía y Medio Ambiente, Ecopetrol y Occidental de Colombia Inc.

2. MEDIDAS AMBIENTALES MÍNIMAS PARA LA ACTIVIDAD DE PROSPECCION SÍSMICA DE HIDROCARBUROS EN COLOMBIA

Para la época en que la Sociedad Occidental de Colombia INC. inició los trámites ante el INDERENA para la obtención de la Licencia Ambiental, mediante concepto técnico número 094 de 21 de septiembre de 1992 dicha entidad definió las medidas ambientales mínimas para el manejo de la problemática ambiental de la actividad de la prospección sísmica, correspondiente a la Primera Fase de Exploración, cuyos destinatarios fueron las empresas del sector petrolero del país, en general.

Dentro de las medidas ambientales mínimas definidas en dicho concepto técnico, el demandante se refiere a las siguientes, en los términos que se transcriben a continuación:

«a. Areas excluidas por su importancia ecológica y ambiental de la realización de proyectos de sísmica.

- ‘Areas del Sistema de Parques Nacionales Naturales
- Humedades (Ciénagas, lagunas, pantanos, esteros, páramos, manglares)
- Areas de reserva y protección de los ríos nacedores de agua.
- Reservas municipales o regionales de carácter ecológico.
- Reservas y resguardos indígenas’.

«b. Inviabilidad ambiental

‘En la Región de los Llanos Orientales no se podrá intervenir los bosques de galería y/o los morichales’.

‘En los resguardos y territorios indígenas solamente se considerará la viabilidad ambiental, si previamente la empresa obtiene la autorización respectiva de la autoridad y/o comunidad indígena correspondientes según los procedimientos que para tal efecto establezca la ONIC y el Ministerio de Gobierno -Asuntos Indígenas-’ (Aspecto éste que fue modificado por el concepto técnico número 006/93 –enero 26– del Inderena, según el cual ‘en lo que respecta a las zonas indígenas, el concepto favorable a que se refiere

el C.T.094/92, debe ser aquél que emita la División de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno'. Posteriormente este aspecto fue nuevamente modificado por el concepto técnico No.008/94 del INDERENA, según el cual,

'13. En los resguardos y territorios indígenas sólo se considerará la viabilidad ambiental concepto (sic) si previamente la empresa obtiene la autorización respectiva de la autoridad elegida por la comunidad indígena correspondiente.

Al respecto, se pretende cumplir con el mandato constitucional contemplado en el Parágrafo del Artículo 330 de la Constitución Nacional y demás disposiciones legales sobre el particular, tal como fue estipulado en la providencia emitida por el INDERENA el 30 de junio de 1993.

14. Para el desarrollo del proyecto en las áreas ocupadas por comunidades indígenas, antes de iniciar los trabajos de campo, se deberá entrar en contacto directo con las autoridades que las gobiernan'».

3. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL PROYECTO EXPLORACIÓN SÍSMICA BLOQUE SAMORE

Dentro del área del proyecto se involucra una porción territorial de la parte sur-oriental del Parque Nacional Natural de Tamá, Jurisdicción del Departamento del Norte de Santander, y un sector de la parte oriental del Parque Nacional Natural del Cocuy, en jurisdicción de los Departamentos de Arauca y Boyacá.

De acuerdo con el Concepto Técnico del INDERENA No. 0025/94, Programa Sísmico Bloque Samoré, dentro del área del Proyecto existen los siguientes resguardos y territorios indígenas:

«a. Dentro del área municipal de Saravena, con una posesión de territorio tradicional, las comunidades de : Chivaraquia, San Miguel, Uncancia, Calafitas 1, Calafitas 2, Playas de Bojabá y Satoca.

«b. Dentro del área municipal de Cubará, con una posesión de resguardo indígena, las comunidades de: Tauretes, Agua Blanca, Cobaría, Bócota y Tegría.

«c. Dentro del área municipal de Tame, con una posesión ancestral, las comunidades de : Angosturas y Curipaó'».

En el Concepto Técnico de Inderena No. 008/94, Programa Sísmico Bloque Samoré, se señala que dentro del área del Proyecto «existen varios resguardos y comunidades indígenas del grupo étnico de los Tunebos, a saber :

'- Resguardo Indígena de Cobaría. Creado por la Resolución No. 081 del 10 de agosto de 1974 del INCORA; localizado en jurisdicción del municipio de Cubará, Departamento de Boyacá, con una extensión de 51.155 hectáreas.

'- Resguardo Indígena Tunebo de Angostura. Creado por la Resolución No. 40 de julio 3 de 1986 del INCORA; localizado en jurisdicción del municipio de Tame, Departamento de Arauca, con una extensión de 3.282 hectáreas.

‘- Reserva Indígena Tauretes - Aguablanca. Creada por la Resolución No. 0138 del 14 de diciembre de 1979 del INCORA; localizada en jurisdicción del municipio de Cubará, Departamento de Boyacá, con una extensión de 8.000 Hectáreas.

‘- Comunidades Indígenas de Chivaraquía, San Miguel, Satocá, Playa Bojaba, Calafritas I y II y Unacacias’».

El Programa Sísmico Samoré contempla la realización de 18 líneas sísmicas, 8 de las cuales hacen parte del programa definitivo, y las 10 restantes del programa adicional opcional. Además, el Programa contempla otras 7 líneas tentativas. Según los referidos Conceptos Técnicos del INDERENA, «... las líneas 5, 6, 7, 8, 9, 16, 17, 22, 23 y 24 atraviesan algunos sectores áreas (sic) de resguardos y territorios indígenas. Las líneas 2 y 11, se encuentran cercanas a los Parques Nacionales Naturales de Tamá y el Cocuy».

4. CONSULTA PREVIA DEL PROYECTO CON LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

Manifiesta el actor que el 1o. de noviembre de 1994 las Comunidades Indígenas del Pueblo U’wa, por intermedio de la Asociación de Cabildos Oriwoc –Organización Regional Indígena U’wa del Oriente Colombiano–, dirigieron una comunicación al titular de la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno, en la cual empezaron a dar a conocer su posición sobre el Proyecto Sísmico Bloque Samoré. El texto de dicha comunicación se transcribe en la demanda y puede resumirse así :

En ella le informaron a dicho funcionario la decisión que habían venido sosteniendo desde tiempo atrás, en el sentido de no permitir ningún tipo de estudio de exploración sísmica o explotación de los recursos naturales dentro de sus territorios, y que cualquier decisión al respecto debía ser tomada por todas las comunidades U’wa que habitan en los Departamentos de Boyacá, Santander, Norte de Santander, Arauca y Casanare y no en uno sólo de ellos, pues cualquier exploración que se hiciera en una comunidad, afectaría a las demás, como un sólo Pueblo Indígena que son. Se le informó, además, que «... las comunidades han manifestado que mientras no se decida definitivamente sobre la constitución del RESGUARDO ÚNICO U’wa, una vez se haya efectuado el Estudio Socioeconómico Ambiental y de Tenencia dentro del Territorio U’wa no tomaremos la decisión de conversar con las autoridades y compañías que quieren hacer explotaciones en nuestro territorio». También puntualizaron que en razón del conocimiento que tenían acerca de que las compañías petroleras querían hacer una reunión en Samoré e invitar solamente a las comunidades de Boyacá y dado que dicha población es un corregimiento del Municipio de Toledo, Departamento de Norte de Santander, «si alguna vez se realiza esa reunión, deberá ser dentro de nuestro territorio, preferentemente en Tamaría - Chuscal - Cubará - Boyacá, Centro de Asociación de Cabildos Orwoc».

Agrega el demandante que a pesar de lo anterior, los días 10 y 11 de enero de 1995 se reunieron en la ciudad de Arauca algunos miembros del pueblo U’wa con representantes de los Ministerios de Gobierno, Minas y Energía y del Medio Ambiente

al igual que de ECOPETROL y de Occidental de Colombia Inc., con el objeto de realizar la consulta establecida en los artículos 6o. y 15 de la Ley 21 de 1994 y en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993 para la ejecución del Proyecto, y haciendo referencia a algunos apartes de lo consignado en el acta que de dicha reunión se levantó, arriba a algunas conclusiones cuyo resumen se omite por no constituir en estricto sentido hechos u omisiones que sirven de fundamento a la acción ejercida, sino más bien deducciones del demandante. Sin embargo, en caso de requerirse, a ellas hará alusión la Sala en el estudio de los cargos que se formulan contra el acto acusado.

c) Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

El actor considera que el acto acusado viola las siguientes normas, por las razones que, expresadas en su demanda, se sintetizan a continuación bajo la forma de cargos (fls. 203 a 212) :

Primer cargo. El acto acusado viola el artículo 8o. de la Carta Política, que consagra como obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación, y es incompatible con el reconocimiento que el artículo 7o. ibídem hace de la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana y la obligación del Estado de protegerla, puesto que de tal reconocimiento surgen los siguientes derechos de las minorías étnicas indígenas colombianas, que resultan desconocidos por dicho acto :

a. «Derecho al territorio». Sobre la base del reconocimiento de las comunidades indígenas a su territorialidad o a su autonomía, la Carta Política consagra tres tipos de organizaciones dentro del andamiaje político-administrativo del país : los territorios indígenas como entidades territoriales (art. 286), los resguardos indígenas ordinarios como forma de organización de propiedad colectiva y no enajenable (art. 329), y los resguardos con rango de municipios para efectos fiscales (art. 357).

b. «Derecho a la autodeterminación». Los territorios indígenas anteriormente señalados constituyen un cuarto tipo de entidad territorial, que a pesar de estar sujetos a la ley orgánica de ordenamiento territorial, su administración está a cargo de los Consejos Indígenas, conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades, con las funciones señaladas en el artículo 330 constitucional. Además dichas entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses (art. 287 ibídem), que se refleja en el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos (art. 246 ibídem).

c. «Derecho a la lengua.» Aún cuando el artículo 10o. de la Carta Política dispone que el castellano es el idioma oficial de Colombia, la misma norma establece que las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios, y que la enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe.

d. «Derecho a la cultura étnica». Conforme al artículo 70 de la Carta Política, el Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país, y en la medida en que el rescate de los usos y costumbres de las culturas de los

pueblos indígenas constituye un derecho de estas minorías étnicas (art. 95-8 *ibídem*), corresponde al Estado proteger ese patrimonio cultural en sus diferentes manifestaciones (art. 72 *ibídem*).

e. «Derecho a los recursos naturales y a los beneficios de su explotación». Si bien la Constitución determina que el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables (art. 332), en relación con estos últimos el mismo ordenamiento asigna a los consejos indígenas la función de velar por su preservación (art. 330-5) y determina como condición de viabilidad de la explotación de los recursos naturales en los territorios que ocupen las poblaciones indígenas el que ella se haga sin desmedro de su integridad cultural, social y económica (art. 330 *ibídem*). Por ello, «las comunidades indígenas asentadas en un territorio determinado, donde se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, de conformidad con el artículo 360 de la Carta Política, deben ser titulares al igual que los departamentos y municipios del derecho a participar en las regalías y compensaciones que su explotación genere».

f. «Derecho a seguir viviendo». Las comunidades indígenas «... tienen derecho a que se les aplique un régimen especial en materia político-administrativa, régimen que tome en cuenta sus peculiaridades ecológicas, socio-culturales y socio-demográficas particulares. Solamente en esa medida pueden seguir existiendo, a través de su autodeterminación, asegurando al mismo tiempo la articulación al sistema político administrativo general de la Nación, a través de la concertación y asociación».

Segundo cargo. Violación del párrafo del artículo 330 y del artículo 80 de la Carta Política, en cuanto se refieren a la explotación de los recursos naturales en territorios indígenas, pues con la expedición del acto acusado el Ministerio del Medio Ambiente se sustrajo a la obligación de aplicar tales normas, que le imponen la carga estatal y social de proteger la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, como requisito para la explotación de esos recursos naturales en los territorios que ocupan. Además, como responsable de la planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, el Estado no puede con respecto a una zona territorial de especial protección «... conceder una licencia sin que se tengan en cuenta medidas de corrección y compensación dirigidas a recuperar las condiciones del medio ambiente afectado o resarcir a las comunidades allí asentadas los perjuicios recibidos».

Tercer cargo. Violación de los artículos 79, 330 párrafo de la Carta Política y 76 de la Ley 99 de 1993, pues si dichas normas garantizan la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectar el medio ambiente, y condicionan la explotación de los recursos naturales no renovables en los territorios indígenas al mantenimiento de la integridad cultural, social y económica de las comunidades que los habitan y a la previa consulta de sus representantes en las decisiones que se adopten respecto de tal explotación, no puede pretenderse que la reunión llevada a cabo los días 10 y 11 de enero de 1995 en el municipio de Arauca constituye la consulta que debió formularse a las comunidades indígenas en este tipo de proyectos, «... sino como una simple diligencia que en esencia buscaba llenar una formalidad, necesaria e indispensable para respaldar el contenido favorable de una licencia

ambiental, que por las características del proyecto y el lugar donde habrá de desarrollarse, requería la intervención de la comunidad indígena».

Cuarto cargo. Violación de los artículos 6o. y 15 de la Ley 21 de 1991 y 76 de la Ley 99 de 1993, pues en la medida en que dichas normas desarrollan el principio consagrado en el párrafo del artículo 330 de la Carta Política, según el cual la explotación de los recursos naturales debe hacerse sin desmedro de la integridad social, económica y cultural de los pueblos indígenas, el Estado, como titular de esos recursos, está en la obligación de concertar con estas comunidades en las diversas etapas del proceso todas y cada una de las variables que determinan su desarrollo y ejecución.

Considera el demandante que si el artículo 6o. de la Ley 21 de 1991 establece que las consultas a los pueblos interesados, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente, «deberán efectuarse de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias...», en el caso concreto «... creemos que el proceso de la consulta al que se afirma fue sometida la comunidad indígena U'wa, estuvo muy lejos de la aplicación de dicho principio», pues si se analiza el contenido de la Licencia Ambiental concedida a la Sociedad Occidental de Colombia INC. y los antecedentes que condujeron al Ministerio del Medio Ambiente «... a considerar que esa población indígena fue consultada, no dudaríamos en concluir que, o bien esta última entidad fue asaltada en su buena fe por quien resultó beneficiaria de ella o simplemente omitió hacer un análisis serio y ponderado del que se llamó proceso de consulta plasmado en un documento suscrito por dignatarios estatales y por algunos miembros de la comunidad afectada».

Añade el accionante que si la indicada norma en su numeral 2 señala que la finalidad de la consulta es la de «llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas», no es difícil concluir «... que este elemento integrador de la consulta también fue desconocido no solamente por el beneficiario de la licencia ambiental, sino también por quien la autorizó», pues no hubo acercamiento alguno con la comunidad U'wa en tal sentido, ya que desde un principio fijó su posición «... sobre el proyecto, indicando que éste era violatorio de su integridad territorial, social y cultural, encaminado a su desintegración y aniquilamiento como etnia».

Agrega el actor que cuando el artículo 15-2 de la Ley 21 de 1991 establece que «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», ello significa, en su criterio, «... que dentro del proceso de concertación que constituye la consulta con los pueblos indígenas toda obra o actividad que pueda afectar este tipo de comunidades debe contener además un elemento patrimonial o económico que les permita participar de las utilidades que reporte el proyecto o el reconocimiento de los perjuicios que les reporte», y que en el acto acusado ni siquiera se considera este aspecto.

Quinto cargo. La resolución acusada está viciada de nulidad por haberse expedido en forma irregular y con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, pues se profirió sin el cumplimiento de las reglas o el procedimiento señalados en la ley

como condición para su validez, como lo es la consulta previa con las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con el Proyecto de Prospección Sísmica del Bloque Samore, ya que si bien aparentemente dicha consulta se dió, ella debe descartarse como tal, por ausencia de los elementos que la integran. Añade el actor, que a pesar de que en estricto sentido los actos que preceden la expedición de una licencia ambiental no están sujetos a ningún tipo de audiencias, para el caso concreto estima que la consulta previa que señala la Constitución y la ley, «... aparte de ser obligatoria se debe asimilar por su naturaleza y efectos a una audiencia».

Sexto cargo.- «Violación del derecho al medio ambiente humano por la aplicación de un acto administrativo que contiene una licencia ambiental», pues si por medio ambiente cabe entender «... todas aquellas condiciones que rodean la vida del hombre que le permiten su supervivencia biológica e individual, además de su desarrollo integral en el medio social...», en el caso concreto el acto demandado «... no solamente afecta el entorno natural de la comunidad U'wa, sino también su propia supervivencia, hecho que nos permite determinar que aquél es violatorio del medio ambiente humano».

d) Las razones de la defensa

En la contestación de la demanda y en el alegato de conclusión, la apoderada judicial de la parte demandada, la Nación - Ministerio del Medio Ambiente, expresa los argumentos que se resumen a continuación en defensa de la legalidad del acto acusado (fls. 249 a 259 y 579 a 580) :

En primer término puntualiza lo siguiente en relación con los hechos de la demanda:

No es cierto que Occidental de Colombia Inc. no hubiese realizado los trámites necesarios para garantizar la participación comunitaria, pues el Ministerio del Medio Ambiente pudo constatar el desarrollo de un largo proceso de acercamiento entre la Compañía, los Indígenas y la comunidad en general, que permitieron la consulta al pueblo U'wa los días 10 y 11 de enero.

Tampoco es cierto cuando se afirma que la mencionada reunión de consulta sólo contó con la asistencia de algunos miembros de la Comunidad U'wa, pues con el Oficio No. 3956 de 8 de septiembre de 1995, remitido por la Directora de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior al Ministro de Minas y Energía, y con las actas de dicha reunión, se demuestra que a la misma concurrió el Representante Legal del Cabildo Mayor de la Asociación de Cabildos y Autoridades Tradicionales U'wa, y otros miembros representativos de la Comunidad.

En relación con los cargos formulados por el demandante, se expresa que el acto acusado no viola ninguna de las normas invocadas en sustento de las pretensiones anulatorias, y que, por el contrario, se ajustan a ellas, pues el análisis de los antecedentes administrativos que le dieron origen comprueban que se expidió previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 30 del Decreto 1753 de 1994, reglamentario de la Ley 99 de 1993, tendiente a garantizar y proteger los recursos naturales y culturales. Además, por tratarse de un proyecto que involucra territorio indígena, se dió cumplimiento a lo establecido en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, tal como se consigna en los considerandos del acto demandado y como

lo demuestran las actas de las reuniones llevadas a cabo entre las diferentes entidades gubernamentales y el pueblo U'wa, por lo cual no es válido el argumento del demandante, en el sentido de que el acto acusado se expidió sin consultar previamente a dicha comunidad indígena.

Luego de lo anterior, la apoderada de la Nación -Ministerio del Medio Ambiente se refiere a los antecedentes de la reunión que se llevó a cabo en la ciudad de Arauca durante los días 10 y 11 de enero de 1995 entre representantes de los Ministerios de Gobierno, de Minas y Energía y del Medio Ambiente, de Ecopetrol, de Occidental de Colombia Inc. y de la comunidad indígena U'wa con el fin de realizar la consulta previa para la ejecución del proyecto de prospección sísmica del Bloque Samoré, y manifiesta que en desarrollo de la misma se destacaron los siguientes aspectos :

a.- Se informó a los representantes del pueblo U'wa sobre sus derechos constitucionales y legales, y sobre el contenido y alcance del artículo 76 de la Ley 99 de 1993.

b.- Se presentaron por parte de Occidental de Colombia los estudios del proyecto y se explicaron los impactos positivos y negativos de su ejecución dentro de la zona de resguardo y la manera de mitigar sus posibles fallas, «...ello con el objeto de armonizar el proyecto con las prácticas tradicionales de la comunidad, respetando su cultura; planteando las modificaciones al proyecto en el momento en que fuere necesario, dada la existencia de sitios sagrados, casas, hacenderos, ríos, etc. y comprometiéndose - la Empresa - a no 'Abrir ninguna trocha hasta que no se hayan determinado estos sitios, con el fin de no tocarlos y desviar, si fuere necesario, las líneas sísmicas propuestas'».

c.- Se precisó que la consulta previa no era «... para decir sí o no a un proyecto, sino para que la comunidad entienda como se pueden ver afectados por los trabajos que se van a realizar en su resguardo, y estudiar cuáles serían las incidencias socioculturales del proyecto y formular soluciones, así como los beneficios a que debe acceder la comunidad'».

d.- Se constató la representación legal del pueblo U'wa en cabeza de las autoridades tradicionales asistentes -Werjayas- y el Cabildo Mayor de la Asociación de Cabildos y Autoridades Tradicionales U'wa.

e.- Hubo libertad de tiempo para que los delegados del pueblo U'wa deliberaran entre sí, y expusieran sus puntos de vista sobre los cambios a que estarían expuestos con la intervención de personas o cosas en su territorio.

f.- Hubo unanimidad en estudiar con la participación de las autoridades U'wa, las modificaciones al proyecto sísmico de Samoré, si hubiese lugar a ellas, teniendo dos criterios centrales: la preservación de la integridad étnica, social, cultural y económica del pueblo U'wa, y los requerimientos técnicos y científicos indispensables para realizar las actividades sísmicas.

g.- Se acordó celebrar una segunda reunión de interlocución en la ciudad de Arauca, con el fin de presentar y discutir las modificaciones propuestas por el pueblo U'wa.

h.- Se acordó constituir una comisión intercultural conformada por el Cabildo Mayor del Pueblo U'wa, por la Dirección de Asuntos Indígenas, y por la Empresa Occidental

de Colombia Inc., para desarrollar un trabajo de campo conjunto y reconocer los terrenos del resguardo afectado con el proyecto.

A continuación se narran pormenores de la reunión de verificación de la consulta al pueblo U'wa, celebrada en la ciudad de Arauca el 21 de febrero de 1995, a las cuales se omite hacer referencia por cuanto no constituyen antecedentes administrativos del acto acusado. Sin embargo, de estimarse necesario, a ellas hará referencia la Sala en el estudio de las acusaciones formuladas en la demanda.

Por último se proponen las siguientes excepciones:

1o.- «El demandante extralimita su derecho de acción al adelantar una acción de nulidad total contra un acto administrativo cuyo alcalde (sic) territorial excede las áreas indígenas, las cuales, según la demanda ante la vía contenciosa y la de tutela son la razón de ser de la solicitud de anulación. Lo anterior por cuanto solamente algunas de las líneas sísmicas, correspondientes a aproximadamente el 35% de la totalidad de los trabajos a ejecutarse, comprenden resguardos indígenas»

2o.- «La Resolución 110 de 1995 expedida por el Ministerio del Medio Ambiente fue expedida ajustada a la ley».

e.- Los argumentos de la Sociedad Occidental de Colombia Inc.

Al proceso fue citada a comparecer la Sociedad Occidental de Colombia Inc. como tercera interesada en sus results, quien por intermedio de apoderado contestó la demanda y alegó de conclusión en defensa de la legalidad del acto acusado, con fundamento en las razones que se sintetizan a continuación (fls. 265 a 285 y 563 a 578) :

En cuanto a los hechos de la demanda, no es cierto, como allí se asevera, que de los considerandos de la resolución acusada se desprenda lo afirmado por el actor, y por lo que respecta a la afirmación de que para los efectos de la expedición de la Licencia Ambiental se tuvo como consulta previa con el Pueblo U'wa la reunión que se llevó a cabo en Arauca los días 10 y 11 de enero de 1995, «... se trata de una caracterización falsa alejada de la realidad de los hechos», pues Occidental de Colombia Inc. no sólo siguió los criterios y el espíritu de concertación y consulta para el propósito de adelantar un estudio sísmico, sino que incorporó el objetivo del bienestar indígena como concomitante a la sana relación que debe existir entre la empresa y la comunidad, y «fue así como, sin contar las dos reuniones de Arauca convocadas por la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio de Interior, en las cuales se concretó la Consulta Previa con el Pueblo U'wa, se llevaron a cabo 33 reuniones con indígenas, entidades públicas y otras comunidades indígenas para conocer experiencias exitosas que pudieran ser útiles para la Comunidad U'wa, así como con organizaciones no gubernamentales y los departamentos técnicos de Occidental de Colombia». Dicho ejercicio de comunicación que se extendió durante 20 meses, se llevó a cabo a través de presentaciones, talleres, reuniones de discusión y concertación, visita a entidades, viajes de reconocimiento al campo petrolero de Caño Limón, conocimiento directo de la actividad sísmica en el Departamento de Boyacá y explicaciones y suministro de documentación sobre la legislación y los aspectos técnicos, sociales y ambientales de la prospección sísmica.

En la serie de reuniones que se relacionan en la demanda han participado 68 indígenas, incluidos aquéllos que han llevado la representación de la Comunidad U'wa, lo que demuestra que el proceso de consulta verificado con dicha comunidad no obedeció al cumplimiento de un simple requisito de forma, y evidencia que la opinión de la comunidad, la explicación de los efectos positivos y negativos del proyecto, la solicitud de participación de los U'wa en los trabajos a desarrollarse, las metodologías de trabajo y los mecanismos de resolución de conflictos entre otros, fueron aspectos que se tuvieron en cuenta dentro de ese largo proceso, y desvirtúa las afirmaciones del actor en su demanda respecto de este punto.

De otra parte, los seis testimonios rendidos durante el curso del proceso son plenamente coincidentes en sus descripciones de lo ocurrido en las sesiones que durante los días 10 y 11 de enero de 1995 integraron la consulta a la comunidad U'wa, y para todos los testigos fue claro que dicha consulta se verificó y cumplió plenamente. Además, de la lectura de los acuerdos y conclusiones a que llegaron los partícipes de la consulta, consignados en la respectiva Acta que obra en el proceso, «... se desprende que como resultado de la consulta celebrada, de ser ello necesario, se estudiarán modificaciones al proyecto sísmico teniendo en cuenta dos criterios centrales: a) La preservación de la integridad étnica, social, cultural y económica del Pueblo U'wa; y, b) Los requerimientos técnicos y científicos indispensables para la realización de las actividades sísmicas».

Respecto del aparte 2 de los hechos de la demanda, se manifiesta que no es cierto lo allí afirmado por el actor en el sentido de que Occidental de Colombia no cumplió con los términos de referencia exigidos por la autoridad ambiental, y se aclara que el Concepto Técnico 094 de octubre 26 de 1992 fue la guía con base en la cual se prepararon los diferentes estudios y declaratorias que sirvieron de sustento para la expedición de la Licencia Ambiental. «En lo concerniente específicamente a los resguardos indígenas, el concepto técnico señaló en términos generales la necesidad de efectuar una consulta con fundamento en lo previsto en el parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política, consulta que, como se explica en este escrito, se realizó de manera idónea y suficiente, en cumplimiento estricto de todas las disposiciones constitucionales y legales. Como consecuencia de lo anterior, el concepto técnico que sirvió de fundamento para la preparación del estudio de impacto ambiental, no requería de una autorización de la comunidad indígena, y mal podría hacerlo, por cuanto el alcance del proceso de consulta que prevé la Constitución y la ley no llega hasta el extremo de que sean las comunidades indígenas, de manera autónoma y soberana, quienes determinen la viabilidad de realizar actividades exploratorias en una determinada área del territorio nacional. Es evidente que esa es una prerrogativa privativa del Estado, como quiera que conforme a la Constitución el subsuelo pertenece a la Nación».

En relación con el aparte 3 de los hechos de la demanda, manifiesta atenerse a lo que se pruebe en el proceso y se pone de presente que por iniciativa propia Occidental de Colombia adelantó la investigación «ESTUDIO EVALUATIVO DE LAS CONDICIONES SOCIOCULTURALES DE LA COMUNIDAD U'WA», para cuya realización la Dirección General de Asuntos Indígenas entregó los términos de

referencia para que la investigación antropológica permitiera confrontar los rasgos culturales de los U'wa frente a la actividad sísmica y así especificar riesgos concretos y medidas preventivas específicas. A continuación, el apoderado judicial de Occidental de Colombia consigna en su escrito de contestación de la demanda las conclusiones de dicho estudio.

Respecto del aparte 4 de los hechos de la demanda, manifiesta atenerse a lo que se pruebe en el proceso, y que de la transcripción de los documentos que hace el actor «... no se deduce que el Ministerio del Medio Ambiente o mi representada haya violado norma legal o procedimiento o derecho alguno a la Comunidad U'wa».

Luego de lo anterior, el apoderado judicial de Occidental de Colombia se refiere a los cargos de la demanda bajo los acápites cuyo contenido se resume a continuación:

1o. Los cargos de la demanda y el resultado probatorio del proceso

Los hechos probados en el expediente muestran que desde 1993 Occidental de Colombia adelantó un proceso serio y responsable de información a la Comunidad U'wa sobre la actividad exploratoria en el Bloque Samoré. Dentro de dicho proceso, la reunión de consulta fue un paso más en el estricto cumplimiento del derecho de audiencia y defensa, por lo cual son infundadas las afirmaciones contenidas en la demanda sobre presunta carencia de buena fe en el proceso de consulta.

Además, el Defensor del Pueblo estuvo mal asesorado cuando presentó una demanda contra un acto que concede una licencia ambiental para adelantar actividades de prospección sísmica en un área muy superior a la del territorio indígena, pues está probado que dicho proyecto de prospección sísmica comprende en su mayoría actividades fuera del resguardo indígena, y que solamente algunas de las líneas sísmicas, correspondientes aproximadamente al 35% de los trabajos a ejecutarse, comprometen territorio de resguardo indígena.

2o. Los cargos de la demanda sobre presunta violación a los principios de la diversidad étnica

Dichas acusaciones hacen necesario analizar el derecho a la identidad étnica y cultural como presupuesto del Estado consagrado en la Carta Política.

Sobre los derechos fundamentales de la diversidad étnica y cultural y la autodeterminación, debe tenerse en cuenta que ellos no constituyen un principio absoluto, frente al cual cualquier otro derecho individual o colectivo deban ceder. Es sostenido por la Corte Constitucional (Sentencia T-405 de 1993), que el interés de todo el pueblo colombiano en el derecho a la soberanía nacional y la necesaria conservación del orden público, debe prevalecer frente a los derechos de propiedad colectiva de las Comunidades Indígenas e, inclusive, frente al principio de la diversidad étnica y cultural.

En relación con la supuesta violación del derecho fundamental a la integridad étnica y cultural, también debe tenerse en cuenta que la misma Constitución establece la posibilidad de que los resguardos indígenas se beneficien económicamente de la explotación de los recursos naturales existentes en sus territorios. Esta es la forma como la Constitución integra ambos principios con la economía nacional, de tal

manera que armonizan su derecho a conservar su etnia y su cultura, sin que se suponga la imposibilidad de explotar recursos naturales existentes en el subsuelo de su territorio, hasta el punto de beneficiarse económicamente de dicha explotación.

Los recursos naturales que puedan existir en el subsuelo del país, pertenecientes a la Nación, son fundamentales para el desarrollo de la comunidad en general y elemento de máxima importancia para la consecución de los fines de bienestar social general que competen al Estado. Por ello, también se requiere observar el principio de la identidad étnica y cultural con la necesaria adecuación a los fines constitucionales del Estado, sin encontrar en ello factores contrapuestos o excluyentes a la interpretación integral de la Constitución frente al presente caso. Esta necesidad de armonización se ve también al estudiar el derecho a la identidad y a la autonomía de los pueblos indígenas, con el beneficio de la colectividad y el carácter de República Unitaria de la Nación Colombiana.

Atendiendo el derecho de las comunidades indígenas a optar por elegir autónomamente lo que a su juicio se considere más conveniente para su subsistencia y realización personal, en claro respeto a su libertad y capacidad de autodeterminación, en el presente caso se han realizado reuniones de intercambio de información y concertación sobre la mejor forma de satisfacer los intereses del pueblo indígena y el Gobierno Nacional, interesado este último en lograr el beneficio general de todos los colombianos mediante la explotación de los recursos naturales de la Nación.

3o. La Resolución 110 de 1995 del Ministerio del Medio Ambiente se ajusta a la ley y no viola las disposiciones argumentadas por el actor

El acto acusado reconoce de manera expresa la diversidad étnica existente en la zona del proyecto y establece medidas que garantizan la adecuada protección de los derechos de la Comunidad U'wa, y de la lectura de las obligaciones impuestas a la beneficiaria de la licencia ambiental cabe concluir que el Ministerio del Medio Ambiente dio estricto cumplimiento a su obligación de proteger a dicha comunidad, no sólo ordenando el cumplimiento de estrictas normas de protección al medio ambiente, cuyos beneficiarios directos e inmediatos son los indígenas U'wa y su hábitat, y la adopción de precisas medidas que garanticen el respeto a la Comunidad U'wa en todos los aspectos del proyecto, sino prohibiendo las acciones u omisiones que pudieran afectar a esa etnia.

De consiguiente, no es posible sostener que las obligaciones impuestas por la entidad pública competente, teniendo en cuenta los intereses del pueblo U'wa conforme a los principios de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación violen la Constitución o la ley. «Por el contrario, las obligaciones impuestas por la Autoridad Ambiental en la Resolución están dando realidad al propósito constitucional de explotar los recursos naturales en territorios indígenas sin desmedro de su identidad cultural, social y económica con participación de los representantes de las respectivas comunidades (C.N. artículo 330 Parágrafo) «.

4o. La Resolución 110 de 1995 del Ministerio del Medio Ambiente no fue expedida irregularmente y con desconocimientos del derecho de audiencia y de defensa como lo afirma el actor

Las pruebas que se decretaron y practicaron en el proceso, muestran cómo el Ministerio del Medio Ambiente expidió el acto acusado con el cumplimiento estricto de todas las normas procedimentales aplicables, y dando plena cabida a la participación comunitaria y en particular a la consulta con la Comunidad Indígena U'wa.

5o. La Consulta

Además de las observaciones que atrás se consignaron en relación con los hechos de la demanda, y habida cuenta que alrededor del tema de la consulta han surgido discrepancias sobre su naturaleza, contenido y alcance, se puntualiza lo siguiente en relación con dicho tema:

Como quiera que en ninguna de las normas relacionadas con el tema de la consulta, como lo son el párrafo del artículo 330 de la Carta Política, el artículo 6o. de la Ley 21 de 1991 y el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, se define el término consulta ni existe tampoco reglamentación que determine el procedimiento para que una consulta se verifique legalmente, es necesario acudir a los principios de interpretación de la ley consagrados en los artículos 25 y siguientes del Código Civil.

En dicho orden de ideas, atendiendo las voces de los artículos 28 y 29 del Código Civil, y teniendo en cuenta que el término consulta no tiene una definición legal y que no es una palabra técnica para darle el sentido de los que profesan una ciencia o arte, éste debe interpretarse y entenderse en su sentido natural y obvio.

Para dilucidar cuál es ese sentido, el Diccionario de la Lengua Española define el verbo consultar como «Examinar, tratar un asunto con una o varias personas. Pedir parecer, dictamen o consejo», de lo que resulta claro que para que el proceso de consulta con la Comunidad U'wa se perfeccionara, no era necesario obtener un consentimiento expreso, entendido como permiso, frente al proyecto de exploración sísmica de que trata la licencia ambiental.

Si bien es cierto que la lectura del artículo 330 de la Carta Política evidencia el grado de autonomía que el Constituyente de 1991 quiso darle a las comunidades indígenas, también lo es que la misma norma señala como limitante de esa autonomía el que el gobierno de sus territorios por parte de los Consejos debe hacerse de conformidad con la Constitución y las leyes, lo cual es obvio que así sea, pues lo contrario conduciría a una desmembración de nuestra nacionalidad y a la admisión de que pudieren existir estados dentro del Estado.

Otra limitación que contiene la norma en comento es la contenida en su párrafo, de acuerdo con el cual, en tratándose de explotación de recursos naturales en territorios indígenas, el mandato constitucional señala que ésta se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. Aparte del sentido obvio de la norma, en cuanto a que se respete la integridad de las comunidades, se destacan dos aspectos: «de una parte, la norma se refiere a la explotación : en el caso que nos ocupa y como ha quedado claramente explicado, la Licencia Ambiental otorgada por el Ministerio del Medio Ambiente a mi representada, se refiere a la realización de estudios de prospección sísmica que corresponden a la etapa exploratoria dentro de la actividad de los hidrocarburos... (...) El otro aspecto

pertinente de destacar de esta norma se refiere al hecho de que el Constituyente, de una manera clara e imperativa, determinó que la explotación de los recursos naturales se hará sin detrimento...; no dijo que ‘podrá hacerse’ o ‘se hará eventualmente’, y esta manera de concebir la norma no obedece a un simple capricho semántico, sino que es perfectamente consistente con otras disposiciones constitucionales, como la contenida en el artículo 332 de la Carta, que dispone la propiedad del Estado sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables».

Por último, el apoderado judicial de Occidental de Colombia Inc. propone las siguientes excepciones :

1o. «Cumplimiento del Ministerio del Medio Ambiente de los requisitos legales a su cargo para expedir la Resolución acusada».

2o. «Cumplimiento de Occidental de Colombia Inc., titular de la Licencia Ambiental de los requisitos legales a su cargo para la expedición de la Resolución acusada».

3o. «La Resolución 110 de 1995 del Ministerio del Medio Ambiente se ajusta a la ley y no viola las disposiciones argumentadas por el actor».

4o. «El actor extralimita su derecho de acción al adelantar un acción de nulidad contra un acto administrativo cuyo alcance territorial excede los resguardos indígenas, los cuales según la demanda, son la razón de ser de la solicitud de anulación. Al respecto señala que el proyecto de prospección sísmica comprende en su gran mayoría actividades fuera de los resguardos indígenas. En efecto, tal como aparece en el mapa que se adjunta (Anexo 3), solamente algunas de las líneas sísmicas, correspondientes aproximadamente al 35% de los trabajos a ejecutarse, comprometen resguardos indígenas. En consecuencia, la solicitud de anulación planteada por el actor desborda su derecho de acción ya que los supuestos de hecho y los motivos de su inconformidad se refieren específicamente a resguardos indígenas».

f) La actuación surtida

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., a la demanda se le dió el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 14 de septiembre de 1995 se dispuso la admisión de la demanda, se denegó la solicitud de decretar la suspensión provisional del acto acusado y se ordenó el trámite de rigor.

Mediante providencia de 19 de diciembre de 1995 se abrió el proceso a pruebas y se decretaron como tales las solicitadas por las partes.

Dentro del término de traslado a las partes para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público para emitir su concepto, la parte demandada, la Sociedad Occidental de Colombia Inc. y el mencionado funcionario hicieron uso de sus derechos.

II. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En el escrito que lo contiene (fls. 556 a 562), el señor Procurador Primero Delegado ante esta Corporación, previa referencia a los antecedentes que dieron origen al acto

acusado y a su motivación, de destacar que dicho acto se expidió con el fin de hacer una exploración y no una explotación de recursos naturales en territorios indígenas, y de transcribir el parágrafo del artículo 330 de la Carta Política, el artículo 76 de la Ley 99 de 1993 y los artículos 6o. y 15-2 de la Ley 21 de 1991, expresa lo siguiente:

«De la confrontación de las normas transcritas con la resolución acusada no resulta para esta agencia del Ministerio Público violación alguna, puesto que en primer lugar ellas hacen referencia fundamentalmente a la protección de la comunidad frente a la explotación de los recursos naturales, a través de la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarla, por medio del mecanismo de la consulta. No existe un procedimiento que reglamente la consulta, la cual en el evento objeto de estudio se verificó a través de reuniones con los representantes de la comunidad U'wa como consta en la misma resolución acusada, así como en los documentos aportados no sólo por el actor, e incluso también por la compañía Occidental de Colombia Inc., la cual participó en las dos reuniones citadas, y además efectuó reuniones e hizo un estudio de la cultura de la comunidad indígena para precisar las normas de comportamiento durante el desarrollo del proyecto, el cual, como se explicó, aún no es de explotación, sino apenas de exploración, y sin embargo, se procedió por el Ministerio del Medio Ambiente a propiciar la consulta en aras de garantizar a la comunidad indígena su integridad cultural, social y económica.

«Dicha consulta se efectuó antes de expedir la licencia ambiental, sin el desconocimiento de las normas constitucionales y legales invocadas por el actor.

«Otra situación diferente sería que por incumplimiento de las obligaciones del beneficiario de la licencia, se solicitara su revocatoria o suspensión, evento en el cual debe procederse ante la autoridad ambiental respectiva, pues se sale del ámbito de la jurisdicción administrativa».

En los anteriores términos concluye que las pretensiones del actor no están llamadas a prosperar.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A. COMPETENCIA DE LA SALA PLENA

Es competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo decidir el presente asunto por haberle sido remitido por la Sección Primera en razón de su importancia jurídica y trascendencia social, de conformidad con el artículo 37-5 de la Ley 270 de 1996, y haber asumido competencia en su sesión de fecha 18 de diciembre de 1996.

B. PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION EJERCIDA

En el presente caso se controvierte la legalidad de un acto de contenido particular mediante el ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84

del Código Contencioso Administrativo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 99 de 1993, que consagra la conduencia de dicha acción «... contra los actos administrativos mediante los cuales se expide, modifica o cancela un permiso, autorización o licencia ambiental de una actividad que afecte o pueda afectar el medio ambiente».

C. ESTUDIO Y DEFINICION DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS

En cuanto a las excepciones consistentes en que el acto acusado se expidió ajustado a la ley y no viola las normas invocadas por el actor, que el Ministerio del Medio Ambiente cumplió con los requisitos legales para expedir el acto acusado y que la Sociedad Occidental de Colombia también hizo lo propio para lograr dicho fin, propuestas por la parte demandada y por la Sociedad Occidental de Colombia Inc., la Sala considera que no están llamadas a prosperar, ya que no constituyen excepciones propiamente dichas por cuanto no contienen aspectos modificativos, impeditivos o extintivos de la pretensión, sino que se refieren realmente al fondo de la controversia en cuanto engloban en sí mismas las razones de la defensa.

En lo que respecta a las excepciones según las cuales el demandante extralimita su derecho de acción al ejercer la acción de nulidad contra un acto administrativo cuyo alcance territorial excede las áreas o resguardos indígenas, que constituyen la razón de ser de la solicitud de anulación, debido a que sólo algunas de las líneas sísmicas, correspondientes aproximadamente al 35% de los trabajos a ejecutarse, comprometen resguardos indígenas, propuestas por la parte demandada y por la Sociedad Occidental de Colombia Inc., la Sala considera que no tienen vocación de prosperidad, pues si bien es cierto que se impetra la declaratoria de nulidad íntegra del acto acusado, también lo es que interpretando la demanda, como es un deber del juez para garantizar la prevalencia del derecho sustancial en las decisiones judiciales, se llega a la indefectible conclusión de que al circunscribirse y enfocarse los planteamientos del demandante a discutir la legalidad de dicho acto en cuanto a que la licencia ambiental otorgada a la Sociedad Occidental de Colombia Inc. para realizar actividades de prospección sísmica compromete algunos territorios ocupados por comunidades indígenas, necesariamente debe entenderse que lo que exclusivamente se pretende mediante la acción ejercida es la declaratoria de nulidad parcial del mencionado acto en lo que hace relación a la autorización concedida para realizar dichas actividades en los aludidos territorios, más no así en las restantes áreas que integran el proyecto.

No encontrando probadas las excepciones propuestas, como así se declarará en la parte dispositiva de esta providencia, entra entonces esta Corporación al estudio de fondo del asunto controvertido.

D. EL FONDO DE LA CONTROVERSIA

La Sala considera que la controversia planteada por el actor gira fundamentalmente alrededor del derecho de participación de las comunidades indígenas en relación con las medidas que puedan afectar el medio ambiente y la explotación de los recursos naturales en su territorio, aspecto al cual se refieren los cargos tercero, cuarto y quinto de la demanda.

Además, encuentra la Sala que el segundo aspecto concreto planteado en la demanda se refiere a la obligación del Estado de proteger la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas como requisito para la explotación de los recursos naturales en su territorio, a lo cual se refieren algunos planteamientos contenidos en el cargo primero y especialmente el cargo segundo de la demanda.

Finalmente, la Sala considera que los demás aspectos planteados en el cargo primero y en el cargo sexto están condicionados a los dos puntos principales ya citados.

1. La participación de la comunidad U'wa frente a la licencia ambiental demandada.

En relación con este punto, los cargos tercero, cuarto y quinto de la demanda se concretan en los siguientes aspectos :

a) Que mientras los artículos 79 y 330 parágrafo de la Constitución, 6o. de la Ley 21 de 1991 y 76 de la Ley 99 de 1993 garantizan la participación de la comunidad en general y específicamente de las comunidades indígenas en las decisiones que puedan afectar el medio ambiente y las que se adopten respecto de la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, el Ministerio del Medio Ambiente otorgó la licencia demandada sobre la base de una consulta que no reúne los requisitos exigidos en esas normas.

b) Que la consulta realizada está viciada de nulidad por haberse adelantado en forma irregular y con desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, consagrado en el inciso 2o. del artículo 84 del C.C.A.

Las normas que se consideran violadas en este punto, en los apartes relacionados con los cargos que son objeto de análisis en este momento, son del siguiente tenor :

CONSTITUCION POLITICA:

«ARTICULO 79.- Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.

«Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines».

«ARTICULO 330...

«**PARAGRAFO.** 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»

LEY 21 DE 1991, «por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., GINEBRA 1989»:

«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 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)...

«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»

LEY 99 de 1993, «por la cual se crea el Ministerio de Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones»:

«ARTICULO 76.- De las Comunidades Indígenas y negras. La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades».

(Nota : La Ley 70 de 1993 desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política, reconociendo a ciertas comunidades negras el derecho a la propiedad colectiva sobre las tierras que en ellas se demarcan, y estableciendo mecanismos para la protección de su identidad y de sus derechos, por lo cual no es aplicable en la presente controversia).

El análisis sistemático de las normas citadas lleva a la Sala a precisar las siguientes consideraciones:

a) La Constitución Política consagra el derecho de las personas en general a gozar de un ambiente sano y a participar en las decisiones que puedan afectarlo, de conformidad con las garantías que precise la ley (art. 79).

b) En relación con la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, la Constitución ordena «propiciar» la participación de los representantes de las respectivas comunidades (art. 330, parágrafo):

c) Específicamente en relación con las comunidades indígenas, la ley ha desarrollado los principios anteriores en el sentido de establecer como deber del gobierno el de «consultar previamente» a los representantes de las comunidades, «mediante procedimientos adecuados», «de buena fe» y «con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas», cuando se pretenda

tomar medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlas directamente y especialmente en materia de explotación de los recursos naturales (arts. 6o. de la Ley 21 de 1991 y 76 de la Ley 99 de 1993).

d) Como no aparece que al momento de expedirse el acto acusado (3 de febrero de 1995) las normas legales mencionadas hubieran sido reglamentadas en los aspectos precisos indicados, los conceptos de «consulta previa», «procedimientos adecuados», «buena fe» y «finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas», deben entenderse en «su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras», como lo ordena el artículo 28 del Código Civil. En este sentido, la Sala observa principalmente que la «finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas» no puede entenderse, como lo pretende el actor, como la exigencia absoluta de ese acuerdo o consentimiento, pues como lo expresó la Sección Primera de esta Corporación en el auto admisorio de la demanda, en sustento de su decisión denegatoria de la solicitud de suspensión provisional del acto acusado y lo prohija la Sala en esta oportunidad, «... no sólo porque de la misma disposición (artículo 6o. de la Ley 21 de 1991) puede inferirse... que se trata simplemente de una finalidad, objetivo o logro que debe buscarse en las consultas, y no necesariamente que ellas entrañen un acuerdo o consentimiento de las comunidades, sino porque el entendimiento de esas expresiones en términos absolutos iría en contra de uno de los principios básicos del Estado democrático, como es el de que las autoridades legítimas están facultadas para adoptar por sí mismas las decisiones que emanan de sus respectivas competencias, como es en el presente caso la atribuida al Ministerio del Medio Ambiente en el numeral 1 del artículo 52 de la Ley 99 de 1993, para otorgar ‘de manera privativa’ la licencia ambiental en los casos de ‘ejecución de obras y actividades de exploración, explotación, transportes, conducción y depósito de hidrocarburos y construcción de refinerías’, que fue la norma utilizada como fundamento para la expedición del acto demandado».

Además de lo anterior, la Sala considera que la interpretación exegética de la norma en comento, conduciría a extremos absolutamente irreconciliables con la Constitución Política, como quiera que al expresar su artículo 102 que «el territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación», está consagrando el llamado dominio eminente, que es el derecho que tiene el Estado, con fundamento en su soberanía, de emplear el territorio para los fines del interés público o social. De otra parte, debe tenerse presente que el artículo 332 *ibídem* dispone la propiedad del Estado sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables.

Frente a las anteriores normas y consideraciones, la Sala hace notar que la licencia ambiental otorgada a la Sociedad Occidental de Colombia Inc., que es objeto de la controversia, estuvo precedida de consulta a la comunidad indígena U’wa, tal como se consigna en los considerandos de dicho acto y lo demuestran las pruebas decretadas y practicadas en el curso del proceso, de acuerdo con las siguientes precisiones:

1o. Los considerandos pertinentes del acto demandado dicen lo siguiente (fls. 2 y 3 Cdno. No. 1):

«Que el 1 de agosto de 1994 la Oficina Jurídica de este Ministerio, oficia a la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno exponiéndole la necesidad de realizar una consulta previa con la comunidad indígena Tunebo (U'wa) y solicitando su colaboración para llevarla a cabo.

«Que la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno, mediante oficio del 9 de agosto de 1994 solicita a la Oficina Jurídica de este Ministerio una mayor información acerca del área del proyecto, los municipios y resguardos afectados.

«Que mediante oficio enviado por la Oficina Jurídica a la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno el 18 de agosto de 1994 se suministra la información solicitada.

«Que mediante Auto No.237 del 28 de septiembre de 1994 la Oficina Jurídica de este Ministerio ordena la realización de la Consulta Previa.

«Que en cumplimiento de lo estipulado en el Artículo 76 de la Ley 99 de 1993, se llevó a cabo en la Ciudad de Arauca, Departamento de Arauca, durante los días 10 y 11 de enero de 1995 la consulta previa con el pueblo U'wa, con participación de representantes del Ministerio de Gobierno, del Ministerio de Minas y Energía, Ministerio del Medio Ambiente, Ecopetrol y Occidental de Colombia, levantándose el Acta de acuerdo respectiva.

2o. A folios 103 a 122 obra copia del acta de la «REUNIÓN DE INFORMACIÓN Y CONSULTA CON EL PUEBLO U'WA PARA LA REALIZACIÓN DEL PROYECTO DE ADQUISICIÓN SÍSMICA EN EL CONTRATO DE ASOCIACIÓN SAMORE, CELEBRADO ENTRE LA EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS - ECOPETROL Y OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC.», de fecha enero 10 y 11 de 1995, de cuyo texto cabe resaltar los siguientes aspectos:

- A la reunión asistieron delegados de los Ministerios de Gobierno (4), Minas y Energía (3) y del Medio Ambiente (1); de Ecopetrol (2), de la Sociedad Occidental de Colombia Inc. (8), y los delegados del Ministerio de Gobierno «constataron la representación legal del pueblo U'wa, la cual está en cabeza de las Autoridades Tradicionales Asistentes (Werjayas) y el Cabildo Mayor de la Asociación de Cabildos y Autoridades Tradicionales U'wa». Como representantes de la Comunidad U'wa asistieron 6 «WERJAYAS», 2 miembros de «CABILDOS», 5 «PROFESORES», 3 «PROMOTORES», 5 «ESTUDIANTES» y 9 «MIEMBROS ACTIVOS».

- Se dejó constancia de que «el objeto de la reunión es el de realizar la consulta establecida en los artículos 6 y 15 de la Ley 21/94, y el artículo 76 de la Ley 99/93, para la ejecución del proyecto de adquisición (sic) sísmica en el contrato de asociación Samoré, localizado en los departamentos de Norte de Santander, Boyacá y Arauca».

- «...Se hizo la presentación de los representantes del Pueblo U'wa con sus delegados de las comunidades Tegría, Aguablanca, Cobaría, Barrora, La Laguna, Segovia, Bachira, Rotarbaría, Bócota, Cascajal, Rinconada, Tauretes y Támara».

- La delegada del Ministerio de Gobierno informó a los asistentes indígenas sobre sus principales derechos constitucionales y legales (arts. 7o., 10o., 330 parágrafo de la Carta Política; 6o., 7o. y 15-2 de la Ley 21 de 1991 y 76 de la Ley 99 de 1993).

- Se presentaron los respectivos estudios por parte de la Sociedad Occidental de Colombia Inc.; se explicaron los impactos del proyecto dentro de la zona del resguardo, así como la forma de mitigar sus posibles talas; se expresó que «en el evento que se produzcan daños se pagan»; se señaló «... que los sitios sagrados, casas, hacenderos, ríos, etc. serán respetados. Antes de abrir la trocha se determinan esos sitios para no tocarlos y desviar, si es necesario, la línea sísmica».

- Una de las delegadas del Ministerio de Gobierno manifestó que «... la consulta no es para decir sí o no a un proyecto sino para que la comunidad entienda cómo se puedan ver afectados por los trabajos que se van a realizar, estudiar cuáles serían las incidencias socioculturales, así como los beneficios a que debe acceder la comunidad».

- Uno de los representantes de la comunidad U'wa dió lectura de un documento preparado durante el Tercer Congreso U'wa celebrado el 7 de enero de 1995, en donde se expresó la preocupación de dicha comunidad por la afectación de su cultura y de su entorno con la realización del proyecto, y se solicita respeto por la forma de concebir el mundo.

- Posteriormente, otro delegado U'wa dió lectura a un documento elaborado en la noche del 10 de enero de 1995 por los representantes de la Comunidad U'wa, en el cual se consignaron los cambios a que estarían expuestos por la intervención de personas y cosas en su territorio.

- Finalmente «... se llegó a los siguientes : ACUERDOS Y CONCLUSIONES»:

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

«1.1. La preservación de la integridad étnica, social, cultural y económica del pueblo U'wa.

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

«2. Se verificará una segunda reunión de interlocución, que tendrá lugar en la ciudad de Arauca y cuya fecha tentativa se fijó para la primera semana de febrero, en la cual se presentarán y discutirán las modificaciones propuestas por el pueblo U'wa. La Dirección General de Asuntos Indígenas invitará a esta reunión a la ONIC y a otras entidades estatales veedoras (Procuraduría y Consejería Presidencial para los Derechos Humanos).

«De común acuerdo se excluyó la intervención de representantes o veedores de organismos internacionales.

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

territorios indígenas. La comisión presentará sus observaciones en la reunión de febrero».

3o.- A folios 320 a 328, 329 a 339, 390 a 394, 395 a 404, 430 a 441 y 442 a 448 obran los testimonios rendidos por los ciudadanos Edgar Francisco París Santamaría, Asesor del Ministro de Minas y Energía; Martha María Angel Restrepo, Abogada de la Oficina Jurídica de la Vicepresidencia de Operaciones Asociadas de Ecopetrol; Adriana Tello Jordán, Ex-Jefe de la División Legal de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía; Luis Fernando de Angulo, Gerente de Relaciones con la Comunidad de la Sociedad Occidental de Colombia Inc.; Luis Alberto Pongutá, Funcionario del Departamento de Asuntos con la Comunidad de la Sociedad Occidental de Colombia Inc., y David Fernando Arango Forero, Asesor de la Oficina Jurídica del Ministerio del Medio Ambiente, respectivamente, quienes estuvieron presentes durante el desarrollo de la reunión de información y consulta a la comunidad indígena U'wa, en los cuales describen pormenorizadamente lo acaecido en el curso de la misma, y son coincidentes con lo plasmado en el acta que se levantó de dicha reunión.

4o.- A folios 380 a 382 aparece el cuestionario absuelto por escrito por el señor Ministro del Interior, en el cual se destaca que el 5 de diciembre de 1994 se realizó una Asamblea del Pueblo U'wa en la comunidad El Chuscal, en la cual se constituyó la Asociación de Cabildos, se conformó su junta directiva y se eligió como Gobernador y representante legal al señor Roberto Afanador Cobaría, quien asistió a la reunión de información y consulta del pueblo U'wa celebrada en Arauca.

5o.- A folios 124 a 129 aparece el acta de la reunión celebrada en Arauca el 21 de febrero de 1995, de cuyo texto se desprende claramente que se trató de una «reunión de seguimiento a la consulta» realizada los días 10 y 11 de enero, en cumplimiento de uno de los compromisos adquiridos en la reunión de consulta, sin que pueda considerarse que hacía parte de ella.

De acuerdo con las consideraciones y hechos reseñados, la Sala concluye que la licencia otorgada mediante el acto acusado no se expidió con violación de las normas constitucionales y legales que se aducen en la demanda en relación con la participación de las comunidades indígenas, por las siguientes razones :

- a) Es un hecho evidente que durante los días 10 y 11 de enero de 1995, previamente a la expedición de la licencia, se llevó a cabo una reunión en la ciudad de Arauca, cuyo objetivo fue precisamente el de realizar la consulta prevista en las normas constitucionales y legales para efectos de la licencia controvertida.
- b) A la reunión de consulta asistieron representantes de la comunidad U'wa, entre ellos el Gobernador y representante legal de la Asociación de Cabildos del Pueblo U'wa, sin que existan elementos en el expediente que permitan desvirtuar esa representación.
- c) Los procedimientos de preparación y de realización de la consulta, ante la ausencia de reglamentaciones precisas sobre el particular al momento de realizarse, deben considerarse los razonablemente «adecuados», como lo exige la ley, sin que existan elementos en el proceso que desvirtúen esa apreciación.

d) No puede afirmarse, como lo hace el demandante, que en el proceso de consulta el Ministerio del Medio Ambiente fue asaltado en su buena fe por la entidad beneficiaria de la licencia ambiental, pues además de que en la reunión participaron representantes no sólo de ese Ministerio sino de otras agencias del Estado, el artículo 83 de la Carta Política consagra la presunción general de buena fe en todas las gestiones que adelanten los particulares ante las autoridades públicas, sin que el actor haya hecho lo necesario para desvirtuar esa presunción, como era de su cargo.

e) Como ya quedó establecido con anterioridad, la consulta no implicaba que existiera en términos absolutos un acuerdo o consentimiento de la comunidad indígena en relación con la licencia a otorgarse, sino que la consulta se hiciera con ese objetivo. En ese sentido es explicable que como resultado de la consulta se llegara a unos «acuerdos y conclusiones» que debieran ejecutarse posteriormente, sin que dicha ejecución fuera necesaria para expedir la licencia, pues dichos «acuerdos y conclusiones» se constituyeron en obligaciones de las partes intervinientes para el desarrollo de la actividad objeto de la licencia. Es así como en el numeral 29 del artículo 3o. de la Resolución demandada se expresa lo siguiente :

«ARTICULO TERCERO.- La Licencia Ambiental aquí otorgada, sujeta al beneficiario al cumplimiento del Plan de Manejo Ambiental y a todas las obligaciones que se relacionan a continuación :

«....

«29. Se deberá dar cumplimiento a los compromisos adquiridos con el pueblo U'wa en la consulta previa realizada con éste durante los días 10 y 11 de enero de 1995. Para tal efecto, las obligaciones y acuerdos consignados en el Acta levantada en dicha reunión serán de obligatorio cumplimiento».

En relación con este punto debe anotarse, además, que el artículo quinto de la misma Resolución advierte que «el Ministerio del Medio Ambiente supervisará la ejecución del proyecto y podrá verificar en cualquier momento el cumplimiento de lo dispuesto en la presente providencia» y que «cualquier contravención de la misma será causal para la aplicación de las sanciones legales vigentes». Igualmente debe tenerse en cuenta que de acuerdo con el artículo 62 de la Ley 99 de 1993, la autoridad ambiental podrá suspender o revocar la licencia «cuando quiera que las condiciones y exigencias por ella establecidas no se estén cumpliendo conforme a los términos definidos en el acto de su expedición».

f) De las mismas razones anteriores se deduce que la consulta realizada no se adelantó en forma irregular ni con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, así como tampoco lo fue la expedición del acto demandado.

En consecuencia, desde el punto de vista de la participación de la comunidad U'wa frente a la expedición del acto demandado, no prosperan los cargos.

2.- La obligación del Estado de proteger la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas.

En relación con este aspecto, los cargos primero y segundo de la demanda se concretan en la presunta violación de las siguientes normas :

CONSTITUCION POLITICA:

«**ARTICULO 7.** El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana».

«**ARTICULO 8.** Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación».

«**ARTICULO 70.** El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional.

«La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación».

«**ARTICULO 72.** El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorio de riqueza arqueológica».

«**ARTICULO 95.** El ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

«Son deberes de la persona y del ciudadano:

«....

«8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano».

«**ARTICULO 330...**

«....

«**PARAGRAFO.** La explotación de los recursos naturales de los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas...».

«**ARTICULO 80.** El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su restauración y sustitución.

«Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

«Así mismo cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas».

LEY 21 de 1991:

«Artículo 15.

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

«2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derecho 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».

De los planteamientos de la demanda respecto del tema mencionado, puede deducirse que las acusaciones se concretan en los siguientes aspectos :

a) Que el Estado no puede, con respecto a una zona territorial de especial protección, como son las indígenas, conceder una licencia sin tener en cuenta medidas de corrección y compensación dirigidas a recuperar las condiciones del medio ambiente afectado, a establecer la participación de las comunidades en los beneficios que reporten las actividades de prospección o explotación de los recursos naturales en sus tierras y a garantizar el derecho a percibir una indemnización equitativa para resarcir los daños que puedan sufrir como resultado de esas actividades (arts. 80 de la Constitución y 15 de la Ley 21 de 1991).

b) Como consecuencia de lo anterior, el Estado ha incumplido su obligación de garantizar, proteger y conservar la diversidad, igualdad y dignidad de las distintas etnias y culturas de la Nación colombiana, así como los recursos culturales y naturales del país y concretamente la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, como condición para la explotación de los recursos naturales en sus territorios, todo lo anterior de acuerdo con los artículos 7o., 8o., 70, 72, 95-8 y 330 -párrafo- de la Constitución Política.

En relación con el presunto incumplimiento por parte de la administración de su deber de tener en cuenta medidas de corrección y compensación dirigidas a recuperar las condiciones del medio ambiente afectado, para la Sala basta con hacer notar algunas de las 35 obligaciones que se imponen a la sociedad beneficiaria de la licencia en el artículo 3o. de la parte resolutive del acto acusado, para constatar la voluntad de la administración en el sentido de prever las citadas medidas de corrección y compensación, en aras de garantizar la recuperación de las condiciones del medio ambiente que resulten afectadas y prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental.

Al respecto dice la norma citada en sus principales apartes :

«ARTICULO TERCERO.- La Licencia Ambiental aquí otorgada, sujeta al beneficiario al cumplimiento del Plan de Manejo Ambiental y a todas las obligaciones que se relacionan a continuación :

«1. No podrá realizar las líneas de prospección sísmica números SA-9302 y SA-93-11, cercanas a los Parques Nacionales Naturales Tamá y El Cocuy, respectivamente, las cuales deberán reemplazarse por las líneas alternas: tampoco podrá realizar las líneas SA-93-24 y SA-93-10, en el tramo que atraviesan la Reserva Forestal Protectora del Río Satocá. En conclusión, quedan excluidos de toda actividad de prospección sísmica, las áreas de los Parques Nacionales Naturales de Tamá y El Cocuy, las cuales son definidas como áreas con susceptibilidad alta.

«2. Desde el punto de visita del área de influencia local, deberá presentar ante el Ministerio del Medio Ambiente, con anticipación a la iniciación de las labores del proyecto, un Plan Estratégico de Gestión Social que contemple el siguiente contenido :

«...

«C. El personal contratado para realizar actividades propias de la exploración sísmica, ajeno al territorio Indígena, deberá abandonar el área de los Resguardos, una vez finalizado el proyecto.

«D. Presentar al nivel de diseño y con anticipación a la iniciación de las actividades de exploración sísmica, proyectos y acciones concretas en el marco de la planificación ambiental. Los proyectos deben ser desarrollados en talleres y con el siguiente contenido :

«TALLER 1. PREVIO A LA INICIACION DEL PROYECTO.

«En el cual se debe dar entrenamiento al personal vinculado directamente a las actividades que desarrollará el proyecto.

« - Debe explicarse de manera sencilla y clara las condiciones técnicas y de seguridad industrial.

« - Dentro del manejo y tratamiento de los recursos naturales, debe quedar explícita la prohibición de actividades de caza y pesca y utilización de la flora nativa.

« - Que prohíba la intervención directa de personal foráneo sobre los asuntos y actividades cotidianas de las comunidades Tunebo (U'wa).

« - Debe divulgarse el Plan de Manejo Ambiental diseñado para el proyecto y establecido por el Ministerio del Medio Ambiente.

« - Debe informarse sobre las restricciones en caso de que durante la ejecución del proyecto se encuentren áreas de interés arqueológico. En efecto, en caso de que surjan restos arqueológicos en medio de las actividades de exploración sísmica, debe informarse de inmediato al Instituto Colombiano de Antropología o la institución del nivel regional encargada para tal gestión,

así mismo debe contratarse en coordinación con el ICAN un arqueólogo con licencia de excavación.

«TALLER 2. CAPACITACIÓN.

«Dirigido básicamente a la comunidad del área de influencia local. Para lo cual, debe tenerse en cuenta las características culturales de la población, llámese indígenas o campesinos, para cada grupo debe manejarse una metodología particular en la que se pueda:

«Dar a conocer los resultados del Estudio de Impacto Ambiental y recoger las inquietudes de la comunidad frente a dichos resultados.

«Identificar e informar aspectos relacionados con el Estudio de Impacto Ambiental del Bloque Samoré, que tengan alguna utilidad práctica tanto para la comunidad Indígena Tunebo (U'wa) como para los campesinos, en el conocimiento de los usos del suelo para actividades de agricultura, manejo de las microcuencas, la etnobotánica, la etnomedicina indígena y la etnoeconomía.

«...

«3. Deberá realizar la prospección sísmica prioritariamente sobre las Líneas Adicionales y, antes de iniciar actividades, deberá informar por escrito a la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales y a la Dirección Ambiental Sectorial de este Ministerio, las líneas definitivas seleccionadas para la ejecución de los trabajos.

«4. Deberá localizar en lo posible los campamentos volantes en fincas y en áreas desprovistas de vegetación arbórea, para lo cual deberá contar con la autorización del propietario o tenedor de la tierra.

«Los campamentos que se construyan al interior de áreas boscosas, se establecerán con carpas y no deberá realizar tala rasa para abrir el dosel del bosque, es decir, los campamentos quedarán totalmente bajo la cobertura forestal. En estas áreas, podrán instalarse cada tres (3) kilómetros, con un tiempo de uso máximo de 8 días.

«Terminadas las labores en cada sitio específico localizado en área boscosa, deberán desaparecer todas las evidencias de los campamentos, se recogerán todos los materiales y elementos, de manera que en lo posible no queden huellas de la presencia humana.

«5. La cocción de los alimentos para el personal de campo, en lo posible deberá efectuarse utilizando combustibles fósiles: en caso contrario, deberán emplearse los fustes o ramas secas que por acción propia de la naturaleza hayan caído al suelo, y en ningún momento se talarán árboles o arbustos para suplir esta necesidad.

«...

«7. Podrá construir máximo (4) helipuertos por cada línea, localizados sobre bosques primarios. Su ubicación dependerá de las condiciones topográficas y de tipo social existentes en el momento de ejecución de los trabajos.

«La dimensión de la plataforma de cada helipuerto deberá oscilar de 9 m x 9 m a 20 m x 20 m.

«En caso de requerir condiciones especiales de aproximación, los helipuertos deberán localizarse principalmente sobre los filos de la ladera de la vertiente oriental de la Cordillera Oriental. De esta manera, se pretende reducir la destrucción del bosque natural y se garantiza el aterrizaje y decolaje de los helicópteros.

«Sin embargo, para garantizar las labores de prospección sísmica, así como de seguridad para el personal de campo, en zonas desprovistas de bosques naturales, podrá adecuarse áreas para otros helipuertos.

«8. Con el fin de minimizar la magnitud de la tala del bosque natural para la ubicación de las áreas de muchileo y los helipuertos, deberá tener en cuenta de manera preferencial las áreas intervenidas, los bosques pioneros y rastrojos, restringiendo al máximo su ubicación en bosques primarios.

«Las áreas afectadas para muchileo y para los helipuertos una vez concluyan los trabajos sísmicos, deberán ser reforestados con especies nativas, cuyos individuos pueden provenir del estado brinzal del bosque.

«9. Para la construcción de los helipuertos y adecuación de las áreas de muchileo, deberá existir una identificación previa de las áreas efectuada por un ingeniero forestal. Dicho profesional acompañará al grupo de trabajo de campo, y elegirá el sitio que presente la menor concentración de especies y la menor densidad posible de individuos.

«10. El área utilizada para los helipuertos y las áreas de muchileo, deberá ser de carácter temporal, es decir exclusivamente durante el tiempo de prospección de las líneas sísmicas y no implicará cambio en el uso del suelo. Por consiguiente, una vez concluidas las operaciones de aerotransporte en cada uno de ellos y en caso de que se hayan utilizado plataformas de madera, deberán ser retiradas y procederse a su reforestación.

«11. De la interpretación de la imagen de satélite del Sistema Landsat (Subsistema TM), identificada con el Path 07 y el Row 55 del 2 de septiembre de 1992, así como de los Mapas de Cobertura Vegetal y Uso del Suelo (Mapas 4-A y 4-B) y de la superposición de las líneas de prospección sísmica sobre éstos, se tiene que existen numerosos sitios aledaños a las líneas, desprovistos de vegetación primaria, en los cuales preferencialmente se deben construir los helipuertos y en ciertos casos adecuarse áreas de muchileo.

«12. Para el trazado de las líneas sísmicas no deberá abrirse trochas sobre los bosques primarios, las cuales se reemplazarán por las denominadas «picas», que consisten en líneas para visualización, donde sólo es permitido derribar algunas lianas y brinzales, sin llegar a talar árboles del bosque en los estados latizal y fustal.

«El punto de partida y de terminación de cada una de las «picas» no debe coincidir con ninguna trocha de cacería, camino veredal o márgenes de

quebradas o ríos, evitando así que a través de las mismas se pueda establecer comunicación entre viviendas o asentamientos humanos, o que se constituyan en caminos interveredales que faciliten la penetración y actividades de personas al interior del bosque.

«De igual manera, deberá procurar al máximo que el inicio y final de las picas queden aisladas de cualquier posible visibilidad, de tal forma que, junto con las anteriores consideraciones, se establezca al exterior del área objeto de la prospección una zona de amortiguación, evitando así cualquier posible intervención antrópica.

«...

«14. Queda prohibida la tala de árboles en las diferentes etapas sucesionales del bosque (brizal, latizal y fustal), para fines energéticos y comerciales.

«15. Queda prohibida la tala de árboles del bosque en estado latizal para elaborar estacas destinadas a abcisar las líneas sísmicas, las cuales en caso de que se requieran podrán ser obtenidas de fustes (troncos) o ramas secas que por acción natural hayan caído al suelo, o en su defecto, adquiridas al exterior del área objeto de estudio.

«16. Queda prohibida la caza y el fomento de actividades que puedan presionar el uso de la fauna silvestre, tanto para consumo humano como para fines comerciales.

«17. La explosión de la dinamita deberá utilizarse exclusivamente para el registro de la información sísmica y en ningún caso deberá emplearse para actividades de caza, pesca o para ahuyentar la fauna silvestre del bosque.

«18. Queda prohibido perforar y realizar explosiones de dinamita en distancias menores a 25 metros de las márgenes de ríos, quebradas y nacimientos de agua, así como en zonas que prestan alta susceptibilidad a la erosión.

«19. Después de ocurridas las explosiones y la toma de registros sísmicos, los pozos o fosas perforadas deberán ser cubiertas con el sustrato inicialmente extraído de los mismos.

«20. Queda prohibido arrojar a las fuentes hídricas, materiales tóxicos y combustibles fósiles.

«21. Durante las actividades de explosión sísmica y de cocción de alimentos, se deberán tomar todas las precauciones para evitar los incendios forestales.

«Igualmente, el personal de campo deberá abstenerse de realizar fogatas. Al respecto, deberá instruirse a todas las personas que participen en los trabajos de campo.

«22. Deberá desarrollar el Programa de Prospección Sísmica del Bloque Samoré, considerando al área de operaciones como una zona aislada de centros urbanos o poblaciones, de tal manera que las actividades de campo se desarrollen como «Unidades Operativas Restringidas», únicamente con redes de comunicación interna.

«De esta manera y concordante con lo anterior, el acceso del personal de campo al área del proyecto de prospección sísmica, deberá hacerse solamente por transporte aéreo para aquellos lugares donde existen bosques primarios.

«El personal de campo deberá utilizar los caminos existentes, con el fin de evitar la apertura de nuevos accesos que puedan contribuir a la intervención de las áreas boscosas.

«En las áreas boscosas se utilizará al máximo la penetración por vía aérea (helipuertos) o fluvial, según sea el caso, como medida para evitar la penetración de la colonización.

«23. En la ejecución de los trabajos y de todas las actividades implícitas en la prospección sísmica, deberá tener claridad y pleno conocimiento de los linderos al interior del Bloque Samoré, a saber : ley 2a. de 1959: Resguardos y Reservas Indígenas: reserva Forestal Protectora del Río Satocá y propiedades privadas, entre otras de interés.

«24. Deberá abstenerse de realizar cualquier actividad que motive, induzca o dinamice el proceso de colonización al interior del área autorizada para la realización de los trabajos de prospección sísmica: por tal motivo, deberá establecer un «Plan de Protección y Control» que garantice en el corto y mediano plazo las condiciones naturales del Area que será objeto de los estudios de prospección.

«25. Las vías o caminos de acceso a las líneas de prospección sísmica, deberán diseñarse considerando la utilización de rutas o senderos existentes, evitando el cruce de cuerpos de agua, intervención del bosque y áreas de usos específicos y de importancia local (zoocriaderos, huertas caseras, asentamientos indígenas, lugares de importancia cultural o histórica).

«26. En caso de que se requiera construir andamiajes o puentes rústicos para el cruce de cuerpos de agua, éstos se deberán desmontar una vez terminadas las actividades en el sitio objeto de trabajo. En lo posible, para salvar los cuerpos de agua, deberá utilizar los pasos y puentes existentes.

«27. En los sitios de localización de los campamentos volantes, se deberán tomar todas las precauciones para evitar por parte de quienes lo habitarán, la destrucción del recurso florístico y faunístico, la contaminación del recurso hídrico y contagio de enfermedades.

«28. No podrá realizar la apertura del dosel del bosque para abrir espacios cada 120 m de 6m x 6m en las líneas de prospección sísmica números SA-93-11 y SA-93-04, tal como lo propone el Plan de Manejo Ambiental.

«29. Se deberá dar cumplimiento a los compromisos adquiridos con el pueblo U'wa en la consulta previa realizada con éste durante los días 10 y 11 de enero de 1995. Para tal efecto, las obligaciones y acuerdos consignados en el Acta levantada en dicha reunión serán de obligatorio cumplimiento.

«Por tal motivo, el beneficiario de la Licencia Ambiental para la realización del proyecto, deberá tener en cuenta lo consagrado en el Parágrafo del

Artículo 330 de la Constitución Nacional, según el cual : «La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas».

«...»

«31. Al interior de la Reserva Forestal Protectora de la Cuenca del Río Satocá, creada por la Resolución Ejecutiva No. 92 del 21 de julio de 1992, localizada en jurisdicción del Municipio de Saravena (Departamento de Arauca), no se podrán adecuar «áreas de muchileo» para operar con helicópteros, construir helipuertos, construir campamentos permanentes y volantes.

«Igualmente, queda prohibida la cocción de alimentos y arrojar desechos orgánicos e inorgánicos. Así mismo, al terminar las labores diarias de operación, el personal de campo deberá desalojar el área de la Reserva.

«32. Como medida compensatoria, el beneficiario de la Licencia Ambiental, presentará a este Ministerio un Estudio de Diagnóstico y Plan de Manejo de la Reserva Forestal Protectora de la Cuenca del Río Satocá, creada por la Resolución Ejecutiva No. 92 del 21 de julio de 1992, emanada del Ministerio de Agricultura, localizada en jurisdicción del Municipio de Saravena (Departamento de Arauca), con el fin de establecer los elementos fundamentales de un programa de conservación. El Ministerio del Medio Ambiente elaborará y entregará los Términos de Referencia para la elaboración del citado Estudio.

«33. Deberá informar por escrito a este Ministerio con anticipación a la iniciación de actividades, las fechas previstas para la iniciación y finalización de éstas.

«34. El beneficiario de la Licencia Ambiental será responsable de los posibles impactos y efectos que se causen a los recursos naturales renovables por el desarrollo del programa.

«35. Durante el tiempo de desarrollo del proyecto, deberá mantener un seguimiento ambiental permanente, en forma directa o a través de una interventoría contratada con una entidad especializada, con el fin de supervisar las actividades realizadas y verificar el cumplimiento de las obligaciones señaladas en la presente providencia. Para tal efecto, deberá presentar mensualmente un informe sobre la manera como se haya realizado el avance de las actividades del Programa Sísmico. Al finalizar las labores, deberá presentar un Informe Técnico Final, detallando las actividades realizadas y la forma como se cumplió el Plan de Manejo Ambiental».

La anterior enumeración de las obligaciones impuestas en el acto acusado al beneficiario de la licencia otorgada, constituye claramente para la Sala el conjunto de medidas de prevención de los factores de deterioro ambiental en el caso concreto objeto de controversia, exigidas al Estado en el artículo 80 de la Carta Política. En cuanto a las medidas de control, la imposición de sanciones y la exigencia de reparar

los daños causados, a las cuales también se refiere la citada norma constitucional, es evidente que constituyen deberes que corresponde cumplir al Estado con posterioridad a la expedición del acto de licencia, precisamente para hacer cumplir las obligaciones contenidas en el mismo, sin que pueda afirmarse que con la expedición del acto la administración se haya previamente exonerado de su cumplimiento.

Además de lo anterior, se hace notar que, en su demanda, el actor no controvierte en manera alguna que la serie de obligaciones citadas impuestas a la beneficiaria de la licencia ambiental, sean medidas de corrección y compensación dirigidas a recuperar las condiciones del medio ambiente que pudiesen resultar afectadas con las actividades exploratorias.

En consecuencia, el cargo no prospera por este aspecto.

En lo referente a la participación de las comunidades en los beneficios que reporten las actividades de prospección o explotación de los recursos naturales en sus tierras, la Sala considera que no tiene vocación de prosperidad, pues de una parte, es evidente que la actividad de prospección, que corresponde a la etapa exploratoria de hidrocarburos a que se refiere el acto acusado, no reporta, por sí misma, beneficio alguno, toda vez que éste, de producirse, lo sería en la etapa de explotación, para la cual se requerirá, en dado caso, de una nueva licencia ambiental, de conformidad con el artículo 52-1 de la Ley 99 de 1993.

De otra parte, también es evidente que el régimen de beneficios en las actividades de explotación de hidrocarburos está regulado por normas legales que no son objeto de controversia en este proceso.

Finalmente, en relación también con la ausencia de regulación en el acto acusado respecto de la indemnización por los perjuicios que pudiese sufrir la comunidad indígena U'wa como consecuencia de la actividad exploratoria objeto de la licencia ambiental, la Sala hace notar que de las normas que se aducen como violadas, tanto sobre la citada y eventual participación en los beneficios como de la presunta indemnización, no resulta, como requisito para la expedición de una licencia ambiental, que en el cuerpo del acto que la otorgue se definan tales aspectos. Es decir, que los mencionados y eventuales beneficios e indemnización serían aspectos externos y posteriores al acto de otorgamiento de la licencia ambiental, por lo cual, en caso de considerarse tener derecho a ellos y no lograr su reconocimiento, los interesados deberán utilizar los mecanismos legales existentes para lograr tal finalidad ante la eventual negativa de la autoridad correspondiente.

Por lo expuesto, el cargo no prospera tampoco por las anteriores razones.

En concordancia con lo anterior, la Sala concluye que tampoco tienen vocación de prosperidad los cargos por el presunto incumplimiento del Estado de su obligación de garantizar, proteger y conservar la diversidad, igualdad y dignidad de las distintas etnias y culturas de la Nación colombiana, y los recursos culturales y naturales del país, específicamente la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, como condición para la explotación de los recursos naturales en sus territorios, así como tampoco la presunta violación de los demás derechos aducidos por el actor, pues sus cuestionamientos se limitan y concretan a los aspectos

analizados, de tal manera que las alegadas violaciones de las diferentes normas constitucionales no analizadas en concreto por el actor, deben entenderse condicionadas a los puntos principales ya resueltos.

E. LOS EFECTOS DE LA PRESENTE SENTENCIA FRENTE A LA SENTENCIA NÚMERO SU-039/97 DEL 3 DE FEBRERO DE 1997, PROFERIDA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL (EXPEDIENTE T-84771).

Teniendo en cuenta que mediante la sentencia indicada, la H. Corte Constitucional se pronunció, en el grado de revisión, frente a la acción de tutela instaurada por el mismo actor en el presente proceso y en relación con la misma licencia ambiental aquí demandada, expedida por el Ministerio del Medio Ambiente a favor de la sociedad Occidental de Colombia Inc., la Sala se ve en la necesidad de hacer algunas consideraciones relacionadas especialmente con los efectos de las dos sentencias, a fin de evitar, en lo posible, efectos contradictorios frente a pronunciamientos también contradictorios, así :

1. Como el texto mismo de la sentencia de la Corte Constitucional lo reconoce, «los hechos expuestos tanto en la demanda de la tutela como en la demanda de nulidad son en esencia, los mismos» (pág.5). En este sentido vale la pena destacar que en el Hecho 1.6 de la misma sentencia, que realmente se refiere al argumento central de la acción de tutela, se destaca que, según la parte actora, «no era procedente la expedición de la licencia ambiental, porque la aludida reunión (se refiere a la de los días 10 y 11 de enero de 1995) no puede considerarse como válida para efectos de la participación de la comunidad que tanto la Constitución como las normas ambientales y la legislación indígena exigen cuando se trata de adoptar decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas» (pág. 4). Este aspecto es claramente reiterado por la misma Corte en el capítulo de CONSIDERACIONES, al concretar en su punto 1. «El problema jurídico planteado», en el sentido de que «en concepto de dicha parte (la parte actora), la consulta previa a la expedición de la licencia ambiental no se realizó, pues como consulta previa no pueden ser tenidas en cuenta las reuniones que se realizaron en el municipio de Arauca los días 10 y 11 de enero de 1995» (pág. 13).

2. Si bien es cierto que, como también lo afirma la Corte, en la demanda que dió origen al presente proceso de nulidad «no se señaló como violado el artículo 40-2 de la Constitución ni se expuso, por consiguiente, el concepto de su violación» (pág. 46), para la Sala no es cierta la conclusión que de lo anterior deduce la citada Alta Corporación en el sentido de que «tampoco podrá existir contradicción entre lo que se decida en este proceso y lo que resuelva el Consejo de Estado, en el evento de que niegue la nulidad pedida, si se tiene en cuenta que conforme al art. 175 del C.C.A. la cosa juzgada ‘erga omnes’ sólo opera en relación con la ‘causa petendi’ materia de juzgamiento». En efecto, a pesar de la ausencia de indicación formal del citado artículo 40-2 de la Constitución, como norma violada, es evidente que varios de los cargos planteados en la demanda se refieren a la violación del derecho de participación de la comunidad en lo relacionado con la expedición de la licencia ambiental demandada. Para corroborar lo anterior bastaría con hacer notar que de acuerdo con lo expresado en la introducción al literal D. EL FONDO DE LA

CONTROVERSIA, de la presente sentencia, «la Sala considera que la controversia planteada por el actor gira fundamentalmente alrededor del derecho de participación de las comunidades indígenas en relación con las medidas que puedan afectar el medio ambiente y la explotación de los recursos naturales en su territorio, aspecto al cual se refieren los cargos tercero, cuarto y quinto de la demanda» y, consecuentemente con lo anterior, el numeral 1. del citado literal D. se titula: «La participación de la comunidad U'wa frente a la licencia ambiental demandada».

Además, debe resaltarse que las normas constitucionales aducidas y analizadas en esos cargos son mucho más concretas en materia de participación, no sólo de la comunidad en general «en las decisiones que puedan afectar el medio ambiente» (art. 79 de la Carta), sino específicamente de las comunidades indígenas «respecto de la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas», frente a la norma muy general del artículo 40-2, según el cual «todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: ... 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática».

De tal manera que siendo el objeto fundamental de la controversia el derecho de participación de la comunidad indígena U'wa, «en relación con las medidas que puedan afectar el medio ambiente y la explotación de los recursos naturales en su territorio», y específicamente frente a la licencia ambiental concedida mediante el acto demandado, no puede afirmarse, sin pecar de formalista, que la controversia no lleve ínsito lo referente al «derecho de participación de todo ciudadano en la conformación, ejercicio y control del poder político» en relación con el punto concreto que fue objeto tanto de la acción de tutela como de la presente acción de nulidad, así no se hubiera citado expresamente el mencionado artículo 40-2 de la Carta. Por lo tanto, para la Sala es claro que aun cuando, como se definirá en la parte resolutive de esta sentencia, no se accederá a la solicitud de nulidad del acto demandado, sí se presenta contradicción entre la decisión de este proceso y lo resuelto por la H. Corte Constitucional, contradicción que, sin embargo, no puede resolverse solamente con fundamento en la cosa juzgada sino en la naturaleza de las dos acciones, como se analizará más adelante.

3. Independientemente de que la acción de tutela, aún en los casos en que por tratarse de una actuación pública concretada en un acto administrativo, sea procedente en virtud de la existencia de un perjuicio irremediable y pueda dar lugar a la inaplicación del acto según lo previsto en el artículo 7o. del Decreto 2591 de 1991, su carácter necesariamente es transitorio y, consecuentemente, las medidas que como resultado de ella se adopten también tendrán indiscutiblemente ese carácter provisional. No otra puede ser la consecuencia de la previsión constitucional de la procedencia de la tutela «como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable», cuando el afectado disponga de otro mecanismo de defensa judicial, frente a la clara y expresa restricción de que «esta acción sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial», contenida en el artículo 86 de la Carta y de la cual la jurisprudencia de la misma Corte Constitucional ha deducido el carácter subsidiario, residual y excepcional de esta acción.

Lo anterior se traduce en que si bien la Constitución de 1991 consagró este nuevo instrumento judicial como garantía y protección inmediatas de los derechos constitucionales fundamentales, de ninguna manera pretendió desconocer con ella la existencia y la fuerza vinculante de las decisiones que sobre el mismo caso adopten los jueces como resultado del ejercicio de las acciones específicas que ante ellos y de acuerdo con sus competencias, se ejerzan. Es más, en desarrollo de la previsión constitucional, la ley, a través del artículo 8o. del Decreto 2591 de 1991, claramente previó que en el caso de que la tutela proceda como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, «el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado» y, para que no quede ninguna duda sobre el carácter subsidiario de la tutela frente a la acción principal, ordena perentoriamente que «en todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro meses a partir del fallo de tutela» y que «si no la instaura, cesarán los efectos de éste».

De todo lo anterior se desprende que efectivamente pueden presentarse contradicciones entre el fallo de tutela y la sentencia mediante la cual se decida la acción principal, sin que pueda pensarse que la existencia del mismo objeto, la misma causa y la identidad jurídica de partes pueda llevar a considerar que exista cosa juzgada, que si así fuera lo sería normalmente a favor de la sentencia de tutela por ser primera en el tiempo, dado su trámite preferente y sumario. No. Por el contrario, dado el carácter residual, subsidiario y transitorio de esa acción frente a la principal, es evidente que la Constitución directamente ha querido que predomine la sentencia producida como resultado de la acción principal, lo cual es evidentemente lógico, dado el citado trámite preferencial y sumario de la tutela que se explica por la necesidad de adoptar medidas urgentes y cautelares frente a la presunta vulneración o amenaza de un derecho fundamental, en relación con las cuales, no obstante, el juzgador principal tendrá la oportunidad de un análisis más completo, sopesado y tranquilo, contando con los mayores elementos argumentales y probatorios recaudados durante las diferentes etapas del proceso.

4. Lo analizado también implica que aún aceptando que mediante la acción de tutela sea posible, como lo decidió el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá en la sentencia de primera instancia y lo confirmó la Corte Constitucional, inaplicar el acto administrativo que a su vez es o puede ser objeto de acción contenciosa, la orden resultante de la procedencia de la tutela no puede ser otra que la de esa inaplicación, es decir, la de abstenerse de dar cumplimiento al acto que se considera violatorio del alegado derecho fundamental, y no la de reemplazar ese acto por otro o por otra actuación, pues siendo en ese caso la tutela eminentemente transitoria, una orden en estos sentidos implicaría desconocer la competencia plena y definitiva que tiene el juzgador principal para determinar si ese acto es o no constitucional o legal y si, por lo mismo, puede o no ser aplicado.

5. Como consecuencia de todo lo anterior, sobre la base de la denegatoria de las pretensiones de la demanda que se adoptará como decisión en la parte resolutive de esta sentencia, la Sala considera necesario declarar que el presente fallo resuelve de

manera definitiva la controversia judicial planteada por el Defensor del Pueblo, tanto a través de la acción de tutela que fue fallada en revisión por la H. Corte Constitucional mediante la sentencia No. SU-039/97 del 3 de febrero del presente año, como a través de la acción de nulidad que dió lugar al presente proceso, por lo cual debe levantarse la orden de inaplicación de la Resolución aquí demandada, confirmada por la citada sentencia de tutela y, en consecuencia, dejar sin efectos las demás disposiciones adoptadas por la misma sentencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A :

Primero. DECLÁRANSE no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada y por la tercera interesada.

Segundo. DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

Tercero. LEVÁNTASE la orden de inaplicación de la Resolución No. 110 del 3 de febrero de 1995, expedida por el Ministerio del Medio Ambiente, decretada por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá y confirmada por la H. Corte Constitucional, mediante la Sentencia de tutela No. SU-039/97 del 3 de febrero de 1997 (Expediente T 84771) y, en consecuencia, déjense sin efecto las demás disposiciones adoptadas mediante la misma sentencia citada.

Cuarto. Devuélvase la suma depositada para gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Quinto. En firme esta sentencia, previas las anotaciones de rigor, archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena en su sesión de fecha cuatro de marzo de mil novecientos noventa y siete.

JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ
Presidente

ANTONIO ALVARADO CABRALES
ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
MARIO ALARIO MÉNDEZ
GERMÁN AYALA MANTILLA
CARLOS BETANCUR JARAMILLO
JOSÉ MARÍA CARRILLO BALLESTEROS
JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO
MIREN DE LA LOMBANA DE M.
JAVIER DÍAZ BUENO

SILVIO ESCUDERO CASTRO
CLARA FORERO DE CASTRO
DELIO GÓMEZ LEYVA
AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ
RICARDO HOYOS DUQUE
LUIS EDUARDO JARAMILLO M.
CARLOS ORJUELA GÓNGORA
DOLLY PEDRAZA DE ARENAS
JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA
LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
CONSUELO SARRIA OLCOS
DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ
MANUEL S. URUETA AYOLA

EXPLORACIÓN PETROLERA - Licencia ambiental / EXPLORACIÓN PETROLERA - Inexistencia de consulta previa / ACTO ADMINISTRATIVO - Falsa motivación / NORMA CONSTITUCIONAL - Violación / TRATADO INTERNACIONAL - Derecho a la autodeterminación de las comunidades indígenas

Es patente por consiguiente la falsa motivación de la resolución acusada, en cuanto expresa que se surtió la «consulta previa» a la comunidad U'wa y es patente la violación por parte de la administración del art. 76 de la ley 99 de 1993. Se violaron igualmente dos disposiciones de rango suprallegal. El parágrafo del art. 330 de la Carta. Y el art. 6o. del Convenio 169 adoptado por la 76a. Reunión de la Conferencia General de la O.I.T. y aprobado por la ley 21 de 1991, que a términos del art. 93 de la Carta prevalece sobre el ordenamiento interno. La citada norma, reconociendo la importancia que para las culturas y valores espirituales de las comunidades indígenas reviste su relación con la tierra. No nos cabe duda de que este derecho a la autodeterminación de las comunidades indígenas que hace parte de los derechos humanos, al tenor de la prescripción 53 de la convención de Viena, es una norma imperativa del derecho internacional general, que obliga al Estado por encima de cualquier otra consideración de conveniencia en el desarrollo de sus políticas internas.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS DOCTORES JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ Y DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

REF: Expediente S-673

IMPORTANCIA JURÍDICA

AUTORIDADES MUNICIPALES

ACTOR: DEFENSOR DEL PUEBLO

Santa Fe de Bogotá D. C., abril siete (7) de mil novecientos noventa y siete (1997).

La sentencia reconoce que en relación con las comunidades indígenas, los artículos 6º de la ley 21 de 1991 y 76 de la Ley 99 de 1993 han desarrollado los principios constitucionales consagrados en los artículos 79 y 330 parágrafo, de la Carta, en el

sentido de establecer como deber del gobierno el de «consultar previamente» a los representantes de las comunidades «mediante procedimientos adecuados», «de buena fe» y «con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas», cuando se pretenda tomar medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlas directamente y especialmente en materia de explotación de los recursos naturales.

Sin embargo al aplicar tal normatividad al caso en litigio, erróneamente concluye que al expedirse la licencia ambiental en favor de la Sociedad Occidental de Colombia Inc., se dio cumplimiento a tal normatividad porque se cumplió con el requisito de la «consulta previa a la comunidad indígena W'va», tal como se consigna en los considerandos de la resolución y se demuestra con las pruebas que obran en el expediente.

Y es equivocada esta apreciación, en nuestro sentir, porque aun cuando es cierto que en la parte considerativa de la providencia aparece consignado que la decisión administrativa estuvo precedida de la «consulta a la comunidad W'va», de las pruebas practicadas aparece con toda evidencia que la mencionada consulta no se surtió y que lo que se denominó consulta no fue más que una reunión de información celebrada, más con el propósito de cumplir un «requisito», que con el ánimo de oír a la comunidad y mucho menos permitirle participar en la decisión gubernativa.

A esta conclusión nos lleva la lectura del acta levantada de la reunión celebrada los días 10 y 11 de enero de 1995, que relata en uno de sus apartes:

«Una de las delegadas del Ministerio de Gobierno manifestó que... la consulta no es para decir si o no a un proyecto sino para que la comunidad entienda cómo se pueden ver afectados por los trabajos que se van a realizar, estudiar cuáles serían las incidencias socioculturales, así como los beneficios a que debe acceder la comunidad....».

Y es más, de los «Acuerdos y conclusiones» a que se llegó en la citada reunión, surge la prueba de que ni siquiera la referida consulta «formal» culminó antes de que se expidiera la licencia ambiental, toda vez que consta que en la reunión se llegó al siguiente acuerdo:

«Se verificará una segunda reunión de interlocución que tendrá lugar en la ciudad de Arauca y cuya fecha tentativa se fijó para la primera semana de **febrero** en la cual se presentarán y discutirán las modificaciones propuestas por el pueblo W'va» (Se destaca)

Y que:

«Se constituirá una comisión intercultural conformada por el Cabildo Mayor del pueblo W'va, la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno y Occidental de Colombia Inc., para hacer un trabajo de campo conjunto con el propósito de reconocer los terrenos en los cuales se va a llevar a cabo el proyecto y en los que se comprometan resguardos o territorios indígenas. La comisión **presentará sus observaciones en la reunión de febrero**». (Se destaca)

La reunión de «interlocución» se llevó a cabo el 21 de febrero y la licencia ambiental se expidió el día 3 de febrero.

Es patente por consiguiente la falsa motivación de la resolución acusada, en cuanto expresa que se surtió la «consulta previa» a la comunidad W'va y es patente la violación por parte de la administración del artículo 76 de la ley 99 de 1993 invocado en la demanda, que prescribe:

«De las comunidades Indígenas y negras. La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, **y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades**». (Se destaca)

Se violaron igualmente dos disposiciones de rango supralegal. El párrafo del artículo 330 de la Carta, que perentoriamente ordena:

«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» (Se destaca)

Y el artículo 6 del Convenio 169 adoptado por la 76ª. Reunión de la Conferencia General de la O.I.T. y aprobado por la ley 21 de 1991, que a términos del artículo 93 de la Carta prevalece sobre el ordenamiento interno. La citada norma, reconociendo la importancia que para las culturas y valores espirituales de las comunidades indígenas reviste su relación con la tierra, impone a los gobiernos de los Estados ratificantes las siguientes obligaciones:

«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»

.....

«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**» (Se destaca)

No nos cabe duda de que este derecho a la autodeterminación de las comunidades indígenas que hace parte de sus derechos humanos, al tenor de la prescripción 53 de la Convención de Viena, es una norma imperativa de derecho internacional general, que obliga al Estado por encima de cualquier otra consideración de conveniencia en el desarrollo de sus políticas internas.

Por estas razones discrepamos de la decisión de la sentencia y dejamos constancia, en los anteriores términos, de nuestro salvamento de voto.

JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ
DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

EXPLORACIÓN PETROLERA - Inexistencia de consulta previa / BUENA FE - Inexistencia

Considero que antes de llevarse a cabo la reunión de febrero en la cual la comunidad U'wa debía presentar las modificaciones del proyecto, la consulta no podía considerarse cumplida pues estaba pendiente una etapa de la misma y no podía dictarse el acto administrativo acusado porque necesariamente se estaba incumpliendo el mandamiento del art. 6o. de la Ley 21 de 1991 en cuanto a efectuarse la consulta «de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas», por lo cual la Sala debió acceder a las peticiones de la demanda y no denegarlas, como lo hizo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO

REFERENCIA: EXP. S-673

ACTOR: DEFENSOR DEL PUEBLO

Con el mayor respeto, me permito apartarme de la decisión mayoritaria adoptada en la providencia que antecede por cuanto considero que, tal como se alega en la demanda, la consulta a la población U'Wa no se completó:

En efecto, en la providencia no se discute que la Ley 21 de 1991 «por medio de la cual se aprueba el Convenio No. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O. I. T., Ginebra 1989», que en la demanda se invoca como disposición violada, está vigente y es aplicable al caso. Pues bien, en su artículo 6o. la ley en cita prevé que las consultas llevadas a cabo en aplicación del 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 de las medidas propuestas.»

Es claro también que la consulta de que aquí se trata no tiene la misma naturaleza que la prevista en otros casos, porque no se trata de definir un asunto mediante votación, sino de explicar el proyecto y lograr un acuerdo o un consentimiento a fin de llegar a una decisión lo menos traumática posible para las partes involucradas, teniendo en cuenta que la Constitución (artículo 330 parágrafo), establece que «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» y que «En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades».

Debe partirse de la base, entonces, de que lo que en este caso se denomina «consulta» no tenía reglamentación en las fechas en las cuales se produjeron los hechos que dieron origen al presente proceso por lo que solo debe verificarse, en concreto, si se atendió la previsión de la Ley 21 de 1991.

La parte demandada considera que la consulta se cumplió con la reunión que se llevó a cabo los días 10 y 11 de enero de 1995.

Al respecto debe precisarse que, si bien es cierto que en los días 10 y 11 de enero de 1996 se celebró una reunión y se anunció que la misma tenía como finalidad el realizar la consulta a que se refieren las disposiciones superiores, no lo es menos que en tal oportunidad se dispuso la realización de una posterior en la primera semana de febrero para efectos de que se presentaran y discutieran las modificaciones propuestas por la comunidad U'Wa. Se decidió también que la Dirección General de Asuntos Indígenas invitaría a esa reunión a la ONIC y a otras entidades estatales veedoras como Procuraduría y Consejería Presidencial para los Derechos Humanos con exclusión de representantes o veedores de organismos internacionales.

Es decir, según el acta correspondiente, en los días 10 y 11 de enero se planteó el asunto pero no se dio por terminado el análisis sino que se convocó a una reunión posterior en la cual la comunidad indígena a la que se hacía la consulta propondría las modificaciones al proyecto y asistirían las autoridades que allí se señalan. Pero la Administración no esperó a la celebración de la reunión convocada para febrero y el 3 de dicho mes expidió el acto administrativo acusado.

Así las cosas y con el mayor respeto por la opinión contraria, considero que antes de llevarse a cabo la reunión de febrero en la cual la comunidad U'Wa debía presentar las modificaciones al proyecto, la consulta no podía considerarse cumplida pues estaba pendiente una etapa de la misma y no podía dictarse el acto administrativo acusado porque necesariamente se estaba incumpliendo el mandamiento del artículo 6o. de la Ley 21 de 1991 en cuanto a efectuarse la consulta «de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas», por lo cual la Sala debió acceder a las peticiones de la demanda y no denegarlas, como lo hizo.

De los señores Consejeros,

Miren de la Lombana de Magyaroff

Fecha ut supra

**CONSULTA PREVIA PARA LA EXPLOTACIÓN DE RECURSOS
NATURALES NO RENOVABLES - Inexistencia / LICENCIA AMBIENTAL
- Improcedencia / DERECHO FUNDAMENTAL DE PARTICIPACIÓN -
Inexistencia**

Con el debido comedimiento me aparto de la decisión que, por mayoría, acogió la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación en su fallo de marzo 4 del año en curso, por cuanto no me queda duda de que el Ministerio del Medio Ambiente otorgó la licencia ambiental acusada, concedida mediante resolución 110 de 3 de febrero de 1995, sin estar satisfecho el requisito de la consulta previa a las comunidades indígenas del pueblo U'WA que habitan el territorio del proyecto conocido como «Exploración sísmica Bloque Samoré». Tratándose de una consulta obligatoria, a efectuarse de buena fe, antes de culminar el proceso incoado con la

reunión efectuada en la ciudad de Arauca el 10 y 11 de enero de 1995, no podía legalmente el Ministerio otorgar la licencia en cuestión, pues precisamente entonces se dispuso celebrar una segunda reunión de interlocución «con el fin de presentar y discutir las modificaciones propuestas por el pueblo U'wa. Ello no ocurrió, pues la llevada a cabo el 21 de febrero siguiente, después de concedida la licencia, no podía tener ese propósito, a más de que se la realizó como reunión de verificación y no de consulta. Menos aún, porque de entrada se notificó a los presentes que el objeto de la reunión no era «...decir sí o no a un proyecto, sino para que la comunidad entienda como se pueden ver afectadas por los trabajos que se van a realizar en su resguardo...», lo cual, como es obvio, no tiene alcance de consulta. Esa actuación no tuvo el propósito de obtener la concertación, como realización del derecho fundamental de participación, con la comunidad indígena que pudiera resultar afectada con la explotación de los recursos naturales no renovables, sino que fue simple diligencia tendiente a llenar un requisito para la concesión de la licencia ambiental, sin el objetivo previsto en los arts. 6 y 15 de la Ley 21 de 1991 y 76 de la Ley 99 de 1993.

SALVAMENTO DE VOTO

REFERENCIA: EXPEDIENTE No. S-673

Con el debido comedimiento me aparto de la decisión que, por mayoría, acogió la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación en su fallo de marzo 4 del año en curso, por cuanto no me queda duda de que el Ministerio del Medio Ambiente otorgó la licencia ambiental acusada, concedida mediante la Resolución No. 110 de 3 de febrero de 1995, sin estar satisfecho el requisito de la consulta previa a las comunidades indígenas del Pueblo U'WA que habitan el territorio del proyecto conocido como «Exploración sísmica Bloque Samoré».-

Tratándose de una consulta obligatoria, a efectuarse de buena fe, antes de culminar el proceso iniciado con la reunión efectuada en la ciudad de Arauca el 10 y 11 de enero de 1995, no podía legalmente el Ministerio otorgar la licencia en cuestión, pues precisamente entonces se dispuso celebrar una segunda reunión de interlocución «con el fin de presentar y discutir las modificaciones propuestas por el pueblo U'WA. Ello no ocurrió, pues la llevada a cabo el 21 de febrero siguiente, después de concedida la licencia, no podía tener ese propósito, a más de que se la realizó como reunión de verificación y no de consulta.

Menos aún, porque de entrada se notificó a los presentes que el objeto de la reunión no era '... decir sí o no a un proyecto, sino para que la comunidad entienda como se pueden ver afectadas por los trabajos que se van a realizar en su resguardo..... lo cual, como es obvio, no tiene alcance de consulta.- Esa actuación no tuvo el propósito de obtener la concertación, como realización del derecho fundamental de participación, con la comunidad indígena que pudiera resultar afectada con la explotación de los recursos naturales no renovables, no que fue simple diligencia tendiente a llenar un requisito para la concesión de la licencia ambiental, sin el objetivo previsto en los artículos 6 y 15 de la Ley 21 de 1991 y 76 de la Ley 99 de 1993.

En la práctica se dió a los miembros de la comunidad indígena presentes en las reuniones de Arauca el trato de incapaces, y no el de nacionales en la plenitud de sus

derechos a mantener y desarrollar sus comunidades de acuerdo a los lineamientos sociales, naturales y económicos que les son propios, como los considera la Constitución de 1991 en sus artículos 63 y 330.-

Santafé de Bogotá D.C., marzo 18 de 1997

Amado Gutiérrez Velásquez

EXPLORACIÓN PETROLERA - Territorio Indígena / LICENCIA AMBIENTAL - Irregularidades

En la expedición del acto demandado, la administración obró con desconocimiento absoluto del postulado de la buena fe, que debe orientar todas las actuaciones públicas, como lo ordena el art. 83 de la Constitución Nacional. El acto administrativo se expidió antes de la reunión pactada, lo cual nos permite sostener que se expidió en forma irregular, pues si bien se efectuó una reunión el 21 de febrero, ésta no fue para discutir las «modificaciones propuestas», que han debido ser previas a la expedición del acto, por lo que se consumó la actuación de mala fe.

SALVAMENTO DE VOTO

REF.: Expediente S-673

ACTOR: Defensor del Pueblo

Santafé de Bogotá, D. C., Catorce (14) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997)

Con el debido respeto por la decisión mayoritaria, no compartí la providencia en el proceso de la referencia, por cuanto ha debido prosperar la pretensión formulada, o sea, la nulidad de la Resolución No. 110 de febrero 3 de 1995, expedida por el Ministerio del Medio Ambiente.

En efecto, en la expedición del acto demandado, la Administración obró con desconocimiento absoluto del postulado de la buena fe, que debe orientar todas las actuaciones de las autoridades públicas, como lo ordena el artículo 83 de la Constitución Nacional, pues si durante los días 10 y 11 de enero de 1995, fechas en las cuales se celebró entre las partes una reunión en la ciudad de Arauca, y en el punto 2 de los Acuerdos y Conclusiones se expresó:

«2. Se verificará una segunda reunión de interlocución, que tendrá lugar en la ciudad de Arauca y cuya fecha tentativa se fijó para la primera semana de febrero, en la cual se presentarán y discutirán las modificaciones propuestas por el pueblo U'WA...» « esta reunión ha debido efectuarse antes de la expedición de la Resolución No. 110 de febrero 3 de 1995.

Reunión que, desde luego, no se celebró para el fin previsto de presentar y discutir las modificaciones propuestas, por cuanto el acto administrativo se expidió antes de la reunión pactada, lo cual nos permite sostener que se expidió en forma irregular; pues si bien se efectuó una reunión el 21 de febrero, esta no fue para discutir las «modificaciones propuestas», que han debido ser previas a la expedición del acto, por lo que se consumó la actuación de mala fe.

Por tanto, si como lo afirma la providencia de la cual me aparto, «Los procedimientos de preparación y de realización de la consulta, ante la ausencia de reglamentaciones precisas sobre el particular al momento de realizarse, deben considerarse los razonablemente «adecuados» como lo exige la Ley... », lo cual es cierto, también es cierto que, al no cumplirse lo pactado, se obró de manera irregular al expedir la licencia antes de la celebración de la reunión acordada.

Respetuosamente,

Delio Gómez Leyva

RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES- Explotación / LICENCIA AMBIENTAL / CONSULTA PREVIA - Inexistencia / COMUNIDADES INDIGENAS - U'wa

El artículo 76 de la Ley 99 de 1993 señala que la consulta a las comunidades indígenas para la explotación de los recursos naturales debe ser previa, esto es, verificarse antes de tomar la respectiva decisión. La licencia ambiental –acto cuya nulidad se discute en este proceso– fue otorgada el 3 de febrero de 1995 y la supuesta segunda reunión de interlocución (diálogo según la definición del diccionario de la Real Academia Española) se llevó a cabo el 21 del mismo mes y año cuando ya se había otorgado la licencia ambiental para cuyo otorgamiento precisamente se establece la consulta a la comunidad indígena U'wa, solo que ya como por arte de ensalmo se habla de reunión de seguimiento. No es posible afirmar que un procedimiento de consulta llevado a cabo en estos términos se hubiera efectuado de buena fe ni de una manera apropiada a las circunstancias, con miras a llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas de la comunidad indígena U'wa, tal como lo ordena el artículo 6º de la Ley 21 de 1991. Justamente una manifestación del principio general de la buena fe en el derecho administrativo es la interdicción de la conducta confusa, equívoca o maliciosa.

SALVAMENTO DE VOTO

Ref.: Expediente No. S-673

Actor: DEFENSOR DEL PUEBLO

Con todo respeto por la decisión mayoritaria de la Sala paso a exponer las razones que me llevan a no compartirla:

1º.- El derecho de las comunidades indígenas a la participación en las decisiones que se adopten sobre la explotación de los recursos naturales en sus territorios, mediante la cual se busca que dicha explotación se haga sin desmedro de su integridad cultural, social y económica se encuentra contemplado de manera expresa en el parágrafo del artículo 330 de la Carta Política.

2º.- La Ley 21 de 1991 «por medio de la cual se aprueba el convenio No. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª reunión de la conferencia general de la OIT en Ginebra», desarrolla la manera como se hace efectivo ese derecho constitucional a la participación de las comunidades indígenas.

Dicho convenio prevalece en el orden interno y hace parte del llamado bloque de constitucionalidad en los términos del artículo 93 y 94 de la Constitución. De ahí que su aplicación no puede condicionarse a la posterior reglamentación que de la ley haga el ejecutivo toda vez que se trata de una norma susceptible de ser aplicada en forma directa.

Adicionalmente el artículo 76 de la Ley 99 de 1993 señala que la consulta a las comunidades indígenas para la explotación de los recursos naturales debe ser previa, esto es, verificarse antes de tomar la respectiva decisión.

3°.- El artículo 6° numeral 2 del convenio antes citado en forma perentoria señala:

«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»

Por su parte el artículo 15 del mismo convenio establece:

«Los derechos de los pueblos interesados a (sic) 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 tenga derecho sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a 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.»

En las reuniones efectuadas los días 10 y 11 de enero de 1995 con miras a consultar la opinión de la comunidad indígena U'wa y dar cumplimiento a las disposiciones constitucionales y legales antes citadas fue posible llegar a un acuerdo por unanimidad así:

«1. Hay unanimidad para entrar a estudiar, con la participación de las autoridades U'wa las modificaciones al proyecto sísmico de Samoré, si hubiere lugar a ellas, teniendo en cuenta dos criterios centrales:

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

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

Así mismo se acordó llevar a cabo una segunda reunión de interlocución en la primera semana de febrero del mismo año a fin de presentar y discutir las modificaciones propuestas por el pueblo U'wa.

La licencia ambiental –acto cuya nulidad se discute en este proceso– fue otorgada el 3 de febrero de 1995 y la supuesta segunda reunión de interlocución (diálogo según la definición del diccionario de la Real Academia Española) se llevó a cabo el 21 del

mismo mes y año cuando ya se había otorgado la licencia ambiental para cuyo otorgamiento precisamente se establece lo consultado a la comunidad indígena U'wa solo que ya como por arte de ensalmo se habla de reunión de seguimiento (observar atentamente el curso de un negocio o los movimientos de una persona o cosa, según el mismo diccionario).

No es posible afirmar que un procedimiento de consulta llevado a cabo en estos términos se hubiera efectuado de buena fe ni de una manera apropiada a las circunstancias, con miras a llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas de la comunidad indígena U'wa, tal como lo ordena el artículo 6° de la Ley 21 de 1991.

Como lo señala el profesor Jesús González Pérez

«En cuanto el nacimiento de las relaciones tengan lugar como consecuencia de la conducta o actuación de más de una parte (Administración pública y administrado), éstas han de adoptar un comportamiento leal en el procedimiento que ha de seguirse hasta el perfeccionamiento del acto jurídico y en las posibles reacciones frente al que hubiese nacido defectuoso. No sólo tiene aplicación el principio en los contratos administrativos -en que existe un acuerdo de voluntades-, sino en todos aquellos otros actos en que, aún cuando emanen unilateralmente de la voluntad de la Administración, ésta presupone la actuación de otra persona a la que, a su vez, se referirán los efectos del acto.»¹

Justamente una manifestación del principio general de la buena fe en el derecho administrativo es la interdicción de la conducta confusa, equívoca o maliciosa.

Las anteriores razones me llevan al convencimiento de que ha debido accederse a las súplicas de la demanda.

Ricardo Hoyos Duque

EXPLORACIÓN PETROLERA - Licencia ambiental / CONSULTA PREVIA PARA EXPLORACIÓN PETROLERA - Comunidades indígenas / AUTORIDAD INDÍGENA - Facultades / TRATADO INTERNACIONAL - Prevalencia / MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE - Funciones

Los pueblos indígenas no participaron en la adopción de la decisión contenida en la resolución 110 de 3 de febrero de 1995, por lo cual se otorgó licencia ambiental a la sociedad Occidental de Colombia Inc. para la realización de las actividades de prospección sísmica del bloque Samoré. No es verdad que el entendimiento de las disposiciones referidas en el sentido que se deja expuesto, como se dice en la sentencia, resulta contrario a uno de los principios básicos del estado democrático, cual es el de que las autoridades legítimas estén facultadas para adoptar por sí mismas las decisiones que emanan de sus competencias, y para el caso la atribuida al Ministerio del Medio Ambiente en el art. 52, numeral 1, de la Ley 99 de 1993. Es

¹ El principio general de la buena fe en el derecho administrativo, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1983, pág. 80.

que las autoridades de los pueblos indígenas son también autoridades legítimas, con atribuciones legal y constitucionalmente establecidas, como resulta lo dispuesto en los arts. 329, parágrafo, y 330 de la Constitución, y particularmente en el art. 6o. del referido convenio, según el cual, ya se dijo, los pueblos indígenas interesados están facultados para participar en la adopción de las decisiones que podrían afectarlos directamente, disposición que prevalece frente a la del art. 52, numeral 1 de la Ley 99 de 1993, según lo dispuesto en el art. 93 de la Constitución. Esto es, que cuando se trate de la adopción de decisiones en materia de políticas y programas que conciernen a determinados pueblos indígenas, como es el otorgamiento de licencias ambientales para la ejecución de obras y actividades de exploración, explotación, transporte, conducción y depósito de hidrocarburos de tierras tradicionalmente ocupadas por esos pueblos, ya no será el Ministerio del Medio Ambiente autoridad con competencia privativa para ello, pues en la decisión de otorgar esas licencias participan los pueblos indígenas, por igual.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Ref.: Expediente S-673

Demandante: DEFENSOR DEL PUEBLO

Consejero Ponente: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Acción de nulidad

Santa Fe de Bogotá, D. C., diez (10) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997).

Según lo establecido en los artículos 52, numeral 1, de la Ley 99 de 1993 y 7º del decreto 1.753 de 1994, es competencia privativa del Ministerio del Medio Ambiente otorgar licencia ambiental para la ejecución de obras y actividades de exploración, explotación, transporte, conducción y depósito de hidrocarburos.

Sin embargo, cuando sea el caso, según lo establecido en el artículo 76 de la misma ley, las decisiones sobre la materia sólo podrán tomarse previa consulta a los representantes de las comunidades indígenas y negras tradicionales.

Más aún, en el convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes adoptado en la septuagésima sexta reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo celebrada en Ginebra en 1989, aprobado mediante la ley 21 de 1991, reconociendo 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», en el artículo 6º se estableció:

«ARTICULO 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 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) ...

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.»

El convenio referido, desde luego, prevalece en el orden interno, según lo dispuesto en el artículo 93 constitucional.

Entonces, no obstante que el Ministerio del Medio Ambiente es competente, de manera privativa, para otorgar licencias ambientales para la ejecución de obras y actividades de exploración, explotación, transporte, conducción y depósito de hidrocarburos, cuando en ello hubiere Pueblos Indígenas Interesados habrá de consultárseles cada vez que se prevean medidas administrativas susceptibles de afectarles directamente; más aún, esos pueblos han de participar en la adopción de decisiones en los organismos administrativos responsables de políticas y programas que les conciernan, y las consultas deben efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Ese acuerdo o consentimiento, entonces, no es un mero propósito que puede lograrse o no, sino que, en todo caso, cuando se trate de políticas y programas que conciernan a pueblos indígenas, ha de darse ese acuerdo o consentimiento, porque esos pueblos participan en la adopción de las decisiones correspondientes.

Para el caso, es cierto que ese acuerdo o consentimiento no se dio, que los pueblos indígenas no participaron en la adopción de la decisión contenida en la resolución 110 de 3 de febrero de 1995, por la cual se otorgó licencia ambiental a la sociedad Occidental de Colombia Inc. para la realización de las actividades de prospección sísmica del bloque Samoré.

No es verdad que el entendimiento de las disposiciones referidas en el sentido que se deja expuesto, como se dice en la sentencia, resulta contrario a uno de los principios básicos del Estado democrático, cual es el de que las autoridades legítimas están facultadas para adoptar por sí mismas las decisiones que emanan de sus competencias, y para el caso la atribuida al Ministerio del Medio Ambiente en el artículo 52, numeral 1, de la Ley 99 de 1993.

Es que las autoridades de los pueblos indígenas son también autoridades legítimas, con atribuciones legal y constitucionalmente establecidas, como resulta de lo dispuesto

en los artículos 329, parágrafo, y 330 de la Constitución, y particularmente en el artículo 6º. del referido convenio, según el cual, ya se dijo, los pueblos indígenas interesados están facultados para participar en la adopción de las decisiones que podrían afectarlos directamente, disposición que prevalece frente a la del artículo 52, numeral 1, de la Ley 99 de 1993, según lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución.

Esto es, que cuando se trate de la adopción de decisiones en materia de políticas y programas que conciernan a determinados pueblos indígenas, como es el otorgamiento de licencias ambientales para la ejecución de obras y actividades de exploración, explotación, transporte, conducción y depósito de hidrocarburos en tierras tradicionalmente ocupadas por esos pueblos, ya no será el Ministerio del Medio Ambiente autoridad con competencia privativa para ello, pues en la decisión de otorgar esas licencias participan los pueblos indígenas, por igual.

Pero si así no fuera; si, como se lee en la sentencia, del artículo 6º se infiere que la «finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las pedidas propuestas no puede entenderse como la exigencia de ese acuerdo sino simplemente de una finalidad, objetivo o logro que debe buscarse en las consultas, esto es, que no necesariamente que debe darse ese acuerdo con las comunidades indígenas, me es claro que tampoco se tuvo por finalidad, objetivo o logro buscar ese acuerdo.

En efecto, en desarrollo de la reunión de 10 y 11 de enero de 1995 celebrada con representantes de la comunidad indígena U'wa, representantes del Gobierno precisaron que «la consulta no es para decir sí o no a un proyecto, sino para que la comunidad entienda cómo se puedan ver afectados por los trabajos que se van a realizar, estudiar cuáles serían las incidencias socioculturales del proyecto y formular soluciones, así como los beneficios a que debe acceder la comunidad»; que «no es para que el pueblo U'wa diga sí o no, ni para asumir esa responsabilidad que es competencia del Gobierno», sino para «que el pueblo U'wa exprese los puntos positivos y negativos relacionados con el proyecto».

No se trató, pues, ni siquiera, de consultar la opinión de la comunidad U'wa para adoptar después la decisión que correspondiera, sino, simplemente, de informar a esa comunidad de los trabajos que habrían de realizarse.

Pero es más: en esa reunión, expresaron los representantes indígenas:

‘Hasta tanto no se discuta, consulte y apruebe las propuestas que se formulen el día 11 de enero, se pare lo proyectado por la Oxy para el futuro.»

Y los intervinientes, de una y otra parte, acordaron:

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

Sin embargo, la licencia ambiental se expidió el 3 de febrero, antes de que se celebrara esa segunda reunión. Esto es, en el mejor de los casos, que la consulta se inició y antes de que concluyera se expidió la licencia. O, lo que es lo mismo, que la licencia fue expedida sin la previa consulta.

Con posterioridad se hizo una reunión, el 21 de febrero de 1995, a la que se denominó de ‘seguimiento a la consulta,» y cuyo propósito «fue el de verificar el estado de los acuerdos a los que se llegó en la reunión de consulta de los días 10 y 11 de enero de 1995 y escuchar las inquietudes que el pueblo U’wa tuviere en torno al proyecto de prospección sísmica en el bloque Samoré», y se «dio a conocer el contenido de la resolución número 110 del 3 de febrero de 1995, mediante la cual se otorgó licencia ambiental a Occidental de Colombia Inc. para el desarrollo del programa sísmico en Samoré y entregó varias copias de la misma a los miembros de la comunidad U’wa».

Esta reunión posterior, desde luego, no subsana el vicio anotado. Además, pretender que se trataba de verificar el estado de los acuerdos celebrados, como se dijo en el acta de la reunión, y no de que la comunidad U’wa propusiera modificaciones y fueran éstas discutidas, era burlar lo acordado previamente.

IV

Según lo expuesto, entonces, la resolución 110 de 3 de febrero de 1995, por la cual se otorgó licencia ambiental a la sociedad Occidental de Colombia Inc. para la realización de las actividades de prospección sísmica del bloque Samoré, fue expedida en forma irregular y por autoridad incompetente, lo que la hace nula, según lo establecido en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, razones que me hicieron disentir de la sentencia de 4 de marzo de 1997.

Mario Alario Méndez

APÉNDICE

INTRODUCCIÓN

*Napo León Gómez Cerón**

La adopción del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en 1989 por parte de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, OIT; la ratificación del mismo por Colombia mediante la Ley 21 de 1991; la proclamación de la Constitución Política de Colombia, las leyes y decretos que la reglamentaron así como la jurisprudencia que sobre derechos de los pueblos indígenas, comunidades afrocolombianas y raizales se produjeron a partir de entonces, marcaron en definitiva y profundamente la concepción y las relaciones que el Gobierno y las empresas industriales en aquel momento tenían con las minorías étnicas cuando de tomar decisiones administrativas o adelantar proyectos de prospección o explotación de recursos naturales en sus territorios se trataba.

No era para menos, pues dichas relaciones se enmarcaron en el paso de un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho en el cual se reconoce y garantiza plena y efectivamente la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana y en donde, además, es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación. Lo anterior implicó que el Gobierno adecuara sus estructuras normativas, administrativas y procedimentales para garantizar los derechos de las minorías étnicas que las empresas repensaran su papel y *modus operandi* al adelantar sus proyectos y operaciones en territorios de comunidades indígenas y negras, al tiempo que las minorías étnicas se prepararan para ejercer, como sujetos de derecho colectivo, un derecho fundamental que se les estaba reconociendo, de una parte, y para asumirlo como un deber correlativo, de otra parte. Justamente, se trata del derecho fundamental a la participación, el cual encuentra en la consulta previa su más efectivo instrumento garantista.

Han sido 15 años de esfuerzos tripartitos y de mutuos aprendizajes en los cuales se han tenido que superar diversas dificultades, que poco a poco han ido configurando

* Funcionario de Ecopetrol S.A. en donde se desempeña como coordinador de consultas previas a comunidades indígenas y afrocolombianas para el desarrollo de proyectos hidrocarburíferos. Amplio conocedor desde hace más de 10 años del caso U'wa, coordina por Ecopetrol S.A. la consulta previa a este y otros pueblos indígenas y comunidades negras en Colombia.

nuevos conceptos y procedimientos que han permitido, dentro de un marco de entendimiento intercultural, llegar a acuerdos que, sin lugar a dudas, son de amplio beneficio para todos los colombianos, pero sobre todo para las minorías étnicas, cuando de aplicar el marco de la consulta previa al desarrollo de proyectos de desarrollo se trata. Obvio es pensar que este es un proceso en construcción tan dinámico y diverso como lo es la nación colombiana, no obstante son destacables los ingentes esfuerzos que las partes han hecho desde sus posibilidades y competencias para aportar a la consecución de consensos en torno a la concepción, interpretación e implementación de la consulta previa como instrumento real que, desde el ámbito internacional y nacional, busca garantizar el derecho fundamental a la participación.

Se reconoce al Gobierno colombiano su permanente voluntad para reglamentar la consulta previa, adecuar sus sistemas de información así como sus estructuras administrativas y organizacionales y avanzar, mejorando cada vez más, en la configuración de los contenidos conceptuales, metodológicos y procedimentales para la implementación de la consulta previa. El Ministerio del Interior y de Justicia con su Dirección de Etnias y el Ministerio del Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial son un claro ejemplo de ello. Hoy podemos decir que en Colombia contamos con un gobierno con plena claridad en sus funciones y empoderado de sus competencias, en cuanto a la consulta previa se refiere. Sin duda, 15 años después hay mayor conciencia dentro del Gobierno de su triple responsabilidad a saber: Garantizar la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas y negras cuando se desarrollen proyectos en sus territorios; brindar todas las condiciones necesarias para que el sector industrial y empresarial cumpla con su cometido de generar riqueza en el marco del desarrollo sostenible, y finalmente garantizar progreso y bienestar para todos los colombianos, sin desmedro de los grupos en condiciones de vulnerabilidad.

Por su parte individualmente o agremiadas, las empresas responsables del desarrollo sectorial, basándose en los más altos criterios de la responsabilidad social empresarial, han asumido indeclinables compromisos con el Gobierno y las sociedades con las cuales interactúan. Para ello han tenido que formar su personal, reformular sus procesos y hacer enormes inversiones con el fin de alcanzar los más altos estándares en los ámbitos de gestión técnica, ambiental y social de sus proyectos y operaciones de tal suerte que sean competitivas a nivel internacional. Ningún sector como el empresarial se ha preocupado tanto, al actuar en territorios de comunidades étnicas, de ser cuidadoso al desarrollar sus actividades con el ánimo de no ir en desmedro de la integridad étnica, cultural, social y económica de estas comunidades, pues el respeto por las sociedades y su cultura es un principio fundamental en su accionar. Hoy por hoy, las empresas hacen cada vez más y mejores aportes no solo a la economía y la ciencia sino a la conservación del medio ambiente y de aquellos intangibles que, como la cultura y la diversidad, son considerados como una verdadera riqueza y oportunidad de mejora en lugar de una amenaza a sus objetivos de crecimiento empresarial.

Las comunidades étnicas, en este caso los pueblos indígenas y comunidades negras, similarmente han incorporado, unas más que otras, importantes avances en el proceso de entender y asumir con responsabilidad el doble reto de ejercer tanto el derecho como el deber correlativo de participar en los actos administrativos o aquellas actividades que al desarrollarse en sus territorios de alguna manera produzcan una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política. Desde la ratificación del convenio núm. 169 de la OIT por parte de Colombia, en el país se han desarrollado numerosas consultas previas a pueblos indígenas y comunidades negras, igualmente con múltiples resultados, la mayoría de los cuales han resultado beneficiosos para todas las partes: Gobierno, empresas y comunidades consultadas.

En este proceso las posiciones de las comunidades han ido desde las comunidades con mente abierta, espíritu participativo y ánimo conciliador hasta aquellos pueblos radicales en su perspectiva de no aceptar el desarrollo de proyectos en sus territorios y más aún de no asentir ser consultados renunciando así a su derecho y deber fundamental de la participación, no obstante la buena fe y los ingentes esfuerzos hechos por el Gobierno y las empresas interesadas.

En este aparte del libro “*LA CONSULTA PREVIA A PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES: Compendio de Legislación y Documentos de Estudio*”, se presentan algunos procesos de consulta que se han convertido en casos emblemáticos, y documentos de estudio que con toda seguridad son una importante prueba de los esfuerzos, la voluntad y la buena fe con que el Gobierno y las empresas se empeñan en adelantar las consultas previas en Colombia, haciendo acopio no solo de los acuerdos internacionales, la Constitución Política de Colombia, las normas y jurisprudencia que regulan la materia, sino de procesos de investigación y conceptualización de talla mundial, para lo cual el Gobierno y las empresas han acudido a los más reconocidos expertos en el ámbito internacional.

Ojalá estos documentos les sean de utilidad a los interesados en el tema, contribuyan a una mejor comprensión de la consulta previa y generen espacios de reflexión y crítica que favorezcan procesos cada vez más serios, responsables, conscientes y beneficiosos para las partes: Gobierno, empresas y minorías étnicas.

1. Estudio de la Dirección de Etnias sobre los efectos que, en las comunidades indígenas U'wa, podría causar el proyecto de exploración sísmica Bloque Catleya, y sobre las condiciones de viabilidad para su realización

DIRECCIÓN DE ETNIAS DEL MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

Consultores:

Pedro Nolasco Vallejo Reyes, Abogado

Frank Leonardo Hernández Ávila, Antropólogo

Édgar Mauricio Garzón González, Biólogo

Bogotá, D. C., 30 de junio de 2005

AL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

PRESENTACIÓN

La Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, en cumplimiento de las competencias que le confiere el Decreto 200 de 2003, como entidad coordinadora de los procesos de consulta previa y garante de los derechos de los pueblos indígenas, realiza el presente Estudio, para consideración y análisis del señor Presidente de la República, como máxima autoridad administrativa del Estado.

Este Estudio se realiza en aplicación de lo establecido en el artículo 7 del Convenio 169 de la OIT, el cual establece en su numeral 3:

“Los Gobiernos deberán velar por que siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las necesidades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblo...”.

Así mismo el artículo 16 del decreto 200 de 2003, al señalar las funciones de la Dirección de Etnias, en el numeral 2 establece:

“Adelantar y divulgar estudios e investigaciones sobre grupos étnicos, en coordinación con la Dirección de Ordenamiento Jurídico, las entidades y organizaciones relacionadas con el tema, con el fin de evaluar la incidencia

social, cultural y del medio ambiente que las distintas actividades a desarrollar puedan tener sobre dichas comunidades, de conformidad con la ley”

El proyecto exploratorio Bloque Catleya de ECOPETROL S.A. se traslapa con territorio de las comunidades indígenas U’wa de Playas de Bojabá, Chivaraquí, Uncarí, San Miguel, Calafitas I y Calafitas II, del municipio de Saravena y Cerro Alto-Cibariza del municipio de Fortul, en el departamento de Arauca, adscritas a la Asociación de Cabildos y Autoridades Tradicionales Indígenas de Arauca - ASCATIDAR; con ellas desde abril del 2004 hasta abril del 2005 se adelantó un proceso de consulta previa, que contó con la participación de los representantes de esas comunidades, de la empresa titular del proyecto ECOPETROL S.A. y de los órganos de control: Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo, de los niveles nacional, regional y local.

Adicionalmente, el estudio es el resultado del análisis de las condiciones sociales, económicas, políticas y culturales de los U’wa y en general del contexto territorial en el que se plantea desarrollar el proyecto.

Este estudio es el primero de esta índole que se desarrolla en el marco de un proceso de consulta y se oficializa como resultado del mismo. Corresponde al propósito del gobierno nacional de corregir deficiencias de procesos anteriores, en cuanto a la garantía de los derechos fundamentales de los grupos étnicos.

1. Antecedentes

Ecopetrol solicitó al Ministerio del Interior y de Justicia, en agosto de 2003 y febrero de 2004, que la Dirección de Etnias iniciara la coordinación interinstitucional para la realización de la consulta previa al pueblo indígena U’wa, para el proyecto Exploratorio Sirirí y Catleya, según lo establecido en el Decreto 200 de 2003.

El proceso de consulta previa a las comunidades U’wa reviste especial importancia teniendo en cuenta el conflicto presentado con anterioridad (1992-1999) entre el Pueblo Indígena U’wa y la empresa petrolera Occidental de Colombia (OXI), que implicó un amplio activismo político y jurídico de los U’wa a nivel nacional e internacional, así como pronunciamientos de diferentes instancias, los cuales se convirtieron en referentes obligados en este caso:

- Acción de Tutela interpuesta por los U’wa a través del Defensor del Pueblo.
- La Sentencia SU-039/97, de la Corte Constitucional
- Reclamación Formal de la Central Unitaria de Trabajadores, CUT, ante la Organización Internacional del Trabajo, OIT, que derivó en el documento de recomendaciones del Comité de Expertos de la OIT¹.
- Demanda al Estado colombiano ante la Comisión Interamericana de Derecho Humanos, CIDH.
- Informe de la Comisión OEA y el Programa de Sanciones No Violentas y Supervivencia Cultural de la Universidad de Harvard, PONSACS: Comisión OEA-HARVARD².

- Demanda ante el Alto Comisionado de los Derechos Humanos de la Naciones Unidas.

Estos antecedentes permitieron conocer los derechos vulnerados y configurar acciones correctivas para realizar un nuevo proceso garantista de los derechos de este pueblo.

Para llevar a cabo este proceso de consulta previa al pueblo U'wa de Arauca, se buscó aplicar el más alto estándar proteccionista del nivel nacional e internacional: Constitución Política, artículos 2°, 7°, 10, 13, 40, 53, 70, 79, 83, 93, 94, 246, 277, 282, 330 y 332; Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991; artículos 2°, 6°, 7°, 8°, 15, y 30; Ley 99 de 1993 y Decreto 200 de 2003.

Debido a que no se ha desarrollado en la normatividad nacional, los procedimientos para la consulta previa en proyectos de exploración sísmica que no requieran licencia ambiental, en este caso, se aplicó directamente el artículo 15 inciso 2, del Convenio 169 de la OIT.

Con estos referentes, la Dirección de Etnias elaboró una propuesta de consulta que presentó y concertó con los U'wa Arauca. Convocó a las comunidades, a sus autoridades propias y a su organización, para desarrollar el proceso bajo los principios de la buena fe y la transparencia. ASCATIDAR acordó adelantar la consulta, de manera independiente del resto de las comunidades U'wa de otros departamentos. El proceso formal se llevó a cabo entre abril de 2004 y abril de 2005.

2. El Proceso Adelantado

La Dirección de Etnias, para adelantar este proceso de consulta previa a las comunidades U'wa del departamento de Arauca, estructuró una metodología dirigida a garantizar sus derechos fundamentales, sobre la base de un Debido Proceso. En este propósito acogió los principios del convenio 169 de la OIT, de la Constitución Política de 1991, lo establecido en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, en particular en la Sentencia SU-039/97, emitida para el caso U'WA-OXI, como también, las recomendaciones de la Comisión OEA/Harvard. Con base en estos principios se buscó generar igualdad de condiciones entre el Estado, la empresa ECOPETROL S.A. y las comunidades indígenas U'wa de Arauca³.

2.1. Principios Constitucionales y Legales

Buena fe. El proceso de consulta se construyó con transparencia, informando y concertando todas las actividades con los U'wa; se acordaron los tiempos para el desarrollo del proceso; se informó sobre los recursos disponibles para llevar a cabo el proceso con la participación de las comunidades; se capacitó sobre el marco jurídico del proceso buscando que las comunidades indígenas y sus representantes conocieran la normatividad aplicable; se garantizó que la empresa presentara el proyecto de manera fiel; se detectaron y reconocieron errores de anteriores procesos a fin de corregirlos en esta oportunidad. (Art. 6 Convenio 169 OIT, Art. 83 Constitución Política).

En cumplimiento de este principio, la Dirección de Etnias asume que el proyecto de exploración sísmica a desarrollar y los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para su ejecución son los que la empresa ha notificado, en el marco de la solicitud a esta Dirección, y presentado a las comunidades dentro del proceso de consulta.

Debido Proceso: Se adelantó el proceso bajo la coordinación del Gobierno Colombiano; se acordaron con las comunidades, sus autoridades y la empresa los procedimientos, tiempos, espacios y contenidos del proceso de consulta; se garantizó que las comunidades y sus autoridades, autónomamente, escogieran a sus representantes; se respetaron los tiempos señalados por ellos para actividades culturales (ayunos); se construyó en conjunto con la empresa y los U'wa una metodología culturalmente adecuada para presentar el proyecto y la normatividad aplicable; se escucharon los planteamientos realizados por las comunidades; se garantizó a las comunidades indígenas que pudieran llevar a cabo actividades internas y espacios autónomos de reflexión y decisión; se les brindaron los recursos humanos, de infraestructura y financieros necesarios para su participación en la identificación de los impactos y las medidas del proyecto; estas actividades se hicieron respetando la lengua propia por ser oficial dentro de su territorio.

Se garantiza que los documentos de posición de los U'wa frente al proyecto presentados en el acto de protocolización hacen parte del proceso y han sido analizados como parte de este estudio. (Art. 29 Constitución Política, art. 6 Convenio 169 OIT).

Legitimidad: Se garantizó que los representantes, en calidad de participantes para la toma de decisiones, fueran los legalmente reconocidos en su estructura organizativa y que siempre fueran avalados por sus autoridades tradicionales (art. 330 Constitución Política, arts. 5 y 6, Convenio 169 OIT).

Comunicación intercultural: Se adoptaron estrategias de comunicación provenientes de la cultura del pueblo U'wa. Siempre que fue necesario se hizo traducción a su lengua y a las formas propias de difusión de conocimiento (Art. 2 Convenio 169 OIT).

Bilingüismo: Las Comunidades escogieron dos (2) indígenas U'wa bilingües que durante todo el proceso de capacitación realizaron la traducción a la lengua U'wa; se garantizó en los talleres de capacitación y en las reuniones entre las partes, espacios y tiempos para que los delegados indígenas, internamente, analizaran el proceso y se expresaran en U'wa (art. 10 Constitución Política, art. 12 Convenio 169 OIT).

Información suficiente y adecuada: A los participantes se les presentó el proyecto de exploración sísmica, con todas sus especificaciones técnicas, sociales y ambientales (Sentencia SU-039 de 1997).

Oportunidad: La consulta se realizó antes de emprender o autorizar el proyecto; los impactos y medidas se identificaron dentro del proceso, garantizando que los resultados fueran parte integrante de este estudio y del Plan de Manejo Ambiental (PMA) e insumo para ponderar los efectos reales sobre estas comunidades (art. 15 Convenio 169 OIT, Sentencia SU-039 de 1997).

Pluralismo jurídico: Los principios y procedimientos del derecho propio U'wa expresados por las Autoridades Tradicionales hacen parte de las reglas aplicadas en el proceso. (Art. 8 Convenio 169 OIT, Art. 246 Constitución Política).

De la aplicación del conjunto de estos principios, pueden dar fe los organismos de control: Procuraduría General de Nación, Defensoría del Pueblo, del nivel nacional y regional.

2.2. Bases Jurisprudenciales para Adelantar el Proceso

Se dio especial importancia a la Sentencia de la Corte Constitucional, SU-039/97, emitida en el Caso U'wa-OXY, por ser el único instrumento jurídico que establece disposiciones para garantizar un debido proceso. La Sentencia señala:

“(…)

- A. *Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en su territorio.*
- B. *Que la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos pueden afectarlos social, ambiental, cultural, económica y políticamente.*
- C. *Que la comunidad y sus representantes libremente y sin interferencias puedan analizar y valorar las ventajas y desventajas del proyecto, garantizándoseles que sean oídas sus inquietudes y pretensiones respecto del proyecto, buscando que la decisión que se tome en lo posible sea acordada o concertada y que, finalmente, la decisión de la autoridad esté desprovista de arbitrariedad y autoritarismo, es decir sea objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana.*

(…)”

2.3. Las Recomendaciones OEA - Harvard

El Proyecto OEA-Harvard en Colombia recomendó, entre otras, las siguientes medidas que fueron asumidas por el gobierno nacional.

- 1) *Reconocimiento y respeto por el sistema de autoridad y liderazgo: el pueblo U'wa goza de este sistema basado en su cultura y larga tradición, sistema que debe ser respetado en cualquier intento de acercarse o relacionarse con ellos.*
- 2) *Concretización de un proceso de consulta bajo la responsabilidad del Gobierno colombiano.*
- 3) *Preparación y asistencia técnica para los U'wa en cualquier consulta que se realice con ellos. Antes del inicio de cualquier consulta con los U'wa el Estado colombiano deberá asegurar que los U'wa tengan suficiente preparación para evaluar y decidir sobre el asunto de la consulta. Los U'wa deberán contar con una asistencia técnica adecuada e independiente de cualquier otro interés que pueda estar en conflicto con los intereses de los U'wa.*

2.4. Desarrollo Metodológico de la Consulta.

Para garantizar el mandato de la Corte, sobre un conocimiento libre, previo e informado, la coordinación de la consulta procuró el mayor conocimiento sobre dos aspectos: la normatividad vigente y el proyecto a realizar en sus territorios. El espíritu de este enfoque metodológico buscó equilibrar conocimientos, no necesariamente existentes al interior del pueblo U'wa; esta directriz fue complementada con dos temas adicionales: la capacitación en resolución de conflictos y la formación técnico pedagógica de facilitadores, para llevar a cabo el proceso solicitado por ellos, llamado desdoblamiento o réplica.

Para alcanzar este conocimiento, el proceso incluyó:

- a) Traducción y bilingüismo.
- b) Respeto por las prácticas y tiempos culturales propios (ayuno).
- c) Respeto por sus formas de aprendizaje y relacionamiento.
 - Espacios autónomos de reflexión y decisión
 - Visitas de campo
 - Apoyo a las actividades educativas con materiales audiovisuales: rota-folios, maqueta, vídeos, casetes de audio, cartillas.
 - Apertura al diálogo intercultural.
- d) Apoyo económico, representado en:
 - Bonificaciones para los once (11) indígenas delegados por las comunidades y sus autoridades propias que conformaron el Equipo Indígena de Consulta
 - Contratación de dos asesores profesionales escogidos por los U'wa, para apoyarlos en aspectos jurídicos, lingüísticos y sociales.
 - Dotación de oficina de ASCATIDAR para el apoyo de actividades propias del proceso. Incluyó: computadores portátiles, cámara de video, y grabadoras.
 - Recursos económicos representados en gastos de viaje, alimentación y materiales, principalmente para actividades internas en las comunidades, tales como reuniones y recorridos.

Etapas del Proceso de Consulta

Etapas de Acercamiento. Esta etapa contó con la participación de los delegados indígenas escogidos, con representantes de ECOPETROL S.A. y de los órganos de control: Procuraduría General de la República y Defensoría del Pueblo.

Entre abril y diciembre de 2004 se llevaron a cabo las siguientes actividades: **Anexo No. 2-A.**

- Saravena, marzo de 2004. Taller coordinación inicio actividades de consulta
- Saravena, abril de 2004. Taller información sobre industria petrolera y consulta previa

- Saravena, junio de 2004. Taller bilingüe de capacitación sobre el marco jurídico y procedimental de la consulta previa.
- Toledo, junio-julio de 2004. Dos (2) talleres de resolución de conflictos y formación de facilitadores.
- Villavicencio, julio de 2004. Taller teórico prácticos sobre aspectos técnicos de geología y sísmica.
- Paratebueno, y Medina, julio de 2004. Visita a un proyecto de exploración sísmica en desarrollo.
- Apiay, julio de 2004. Visita a un proyecto de perforación exploratoria.
- Apiay, julio de 2004. Visita a un campo de producción de hidrocarburos.
- Cerro Alto en Fortul y Playas de Bojabá en Saravena, agosto de 2004. Talleres de réplicas a las comunidades, realizados por los delegados indígenas.
- Saravena, 10 de septiembre de 2004. No se pudo instalar la consulta previa por petición de las comunidades que adujeron necesitar un mayor conocimiento sobre los impactos del petróleo.
- Saravena, 10 de noviembre de 2004. Se instaló formalmente el proceso de consulta.
- Bogotá, 16 de diciembre de 2004. Se concertó el 7 de abril de 2005 como fecha para la protocolización de la consulta.

En noviembre de 2004, ASCATIDAR propone el equipo de indígenas que participará en la identificación de los impactos y medidas del proyecto, insumo fundamental para el presente estudio.

Etapa de Capacitación e Identificación de Impactos y Medidas. Entre enero, febrero marzo y primera semana de abril de 2005, se desarrollaron seis (6) talleres dirigidos a reforzar el conocimiento pleno del proyecto y a identificar participativamente la manera como la ejecución del mismo podría afectarlos social, ambiental, cultural, económica y políticamente. Esta etapa concluyó con la protocolización de la consulta el 7 de abril de 2005. **Anexo No. 2, B y C.**

Etapa de Evaluación del Proceso, Elaboración de Estudios y Seguimiento. Entre el 7 de abril y el 30 junio de 2005, la Dirección de Etnias realizó un análisis del desarrollo del proceso, del contexto socio-económico y territorial de las comunidades U'wa de Arauca; **Anexo No. 3.** Examinó los diferentes documentos presentados por los U'wa, **Anexo No. 2-C,** y de los distintos llamados a considerar la situación de desabastecimiento de hidrocarburos y la importancia de los recursos económicos provenientes del petróleo para todos los colombianos. **Anexo No.4.**

En cuanto a los documentos presentados por los U'wa en el acto de protocolización, que hacen parte del **Anexo No. 2-C,** se expresa reiteradamente que no quieren intervenciones en su territorio para la exploración de petróleo. Se recuerdan antecedentes históricos de violaciones a su territorio desde la época de la Conquista y se traen a colación antecedentes negativos en relación con la industria petrolera,

en particular la exploración sísmica del Bloque Sarare, por la cual se sintieron muy golpeados, y la actual situación lastimosa de indígenas que habitaban territorios de lo que hoy es Caño-Limón. Se cuestiona además la política petrolera, la violencia y la degradación ambiental que con frecuencia ha estado asociada a esta industria, así como el manejo de los recursos provenientes de la misma que han hecho los gobiernos.

Los temas anteriormente planteados exigieron un exhaustivo análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional con relación a intereses colectivos en conflicto; interés general e interés particular, conceptos aplicables para la protección de los derechos fundamentales del pueblo U'wa y en disyuntiva frente a los intereses colectivos del resto de los colombianos.

3. Elementos de Análisis del Estudio

En este aparte se trabajarán tres (3) aspectos fundamentales: situación social, política, económica y cultural de los U'wa; situación de Orden Público en la Zona y la situación de las reservas petroleras en Colombia.

3.1. Situación Social, Política, Económica y Culturales de los U'wa

La Dirección de Etnias examina la situación social, económica, política y cultural de las U'wa de Arauca, como elemento fundamental para el análisis sobre el proyecto sujeto a consulta previa. El objetivo central es mostrar las condiciones reales de estas comunidades, a tener en cuenta en el escenario posible del desarrollo del proyecto. Este análisis se ha realizado a partir de varias fuentes: El documento Plan de vida de las Comunidades U'wa de Arauca. Anexo No. 5, el documento PMA. Anexo No. 6. presentado por ECOPETROL S.A., la información institucional regional y nacional, copiada por el equipo interdisciplinario de la Dirección de Etnias y la etnografía U'wa.

Los U'wa son conocidos porque el vocablo que lleva su nombre es entendido como “la gente que piensa” y “la gente que sí sabe hablar”. Para los U'wa proteger la tierra, es uno de los pilares del equilibrio del mundo. El petróleo es presentado por los U'wa como un “espíritu mayor”, que hace parte de la misma categoría que las lagunas y los ríos que son considerados lugares de nacimiento y creación, sostiene y da fuerza a los árboles, los animales y los hombres, el petróleo se vuelve “la madre de todas las lagunas sagradas”, lo que le confiere un valor supremo y un carácter intocable; esta concepción hace parte de las ideas que han surgido entre ellos para interpretar las nuevas categorías y realidades que la modernidad les trae.

Habitan hoy una zona de la Cordillera Oriental colombiana, en la región conocida como el Sarare. La población actual está localizada en la vertiente oriental de la Sierra Nevada del Cocuy-Güicán. En Arauca habitan 1.086 indígenas U'wa que se ubican en el piedemonte llanero de los municipios de Saravena, Fortul y Tame, entre los ríos Casanare y Bojaba. Anexo No. 7. Los U'wa definen su territorio como el “Kera Chikará” y explican que su misión consiste en ser “los administradores de

los bienes es decir de los recursos naturales existentes en esta zona, por voluntad de los dioses que así lo dispusieron en el principio de los tiempos. Los indígenas U'wa no separan lo natural de lo espiritual, tampoco dividen lo ambiental ni lo aíslan de las acciones humanas para su manejo. Su cultura es vivida desde las prácticas de manejo de la naturaleza, en donde las acciones cotidianas son determinadas por sus tradiciones.

Las comunidades de Calafitas I y Calafitas II no poseen un territorio legalmente constituido, viven en unos reducidos predios de propiedad individual; los U'wa han demandado la ampliación de sus resguardos de manera que se englobe estas comunidades buscando la continuidad territorial.

Su estructura de gobierno tradicionalmente ha sido teocrática, la autoridad proviene de los dioses y se representa en el /werjayá/ que se ocupaban de velar por la concordia del grupo y ejercen funciones religiosas y ceremoniales. La Asociación de Cabildos y Autoridades Tradicionales es un elemento nuevo que opera hacia afuera para instrumentar la comunicación con la sociedad no indígena. La organización está en condiciones de subordinación frente a las Autoridades Tradicionales⁴. En Arauca, han conformado la Asociación de Cabildos y Autoridades Tradicionales Indígenas del Departamento de Arauca – ASCATIDAR.

Los U'wa como muchos otros pueblos indígenas poseen una cultura distinta alrededor del tema de la salud. No obstante, han comenzado a tener influencia de la medicina occidental.

Las enfermedades que más los afectan son las infecciones respiratorias, poliparasitismo intestinal, tuberculosis, las enfermedades de la piel, desnutrición, anemia, enfermedad diarreica, enfermedades reumáticas, infecciones gastrointestinales, infecciones de las vías urinarias, entre otras.

Sus viviendas tradicionales varían de acuerdo con el piso térmico que se esté habitando. De igual forma, existen viviendas no tradicionales hechas con materiales industriales.

No cuentan con el servicio público de agua, ya que toman el agua directamente de las fuentes cercanas a las viviendas. El piso de su casa es de tierra y el manejo de basuras y desechos es a campo abierto.

Existen programas de etnoeducación en Arauca. En Playas de Bojabá, municipio de Saravena, hay un internado indígena que imparte educación aplicando currículos educativos elaborados con participación de los U'wa. A este internado asisten en su mayoría indígenas U'wa y algunos Ingas. Los planes de vida señalan la falta de condiciones para que los niños y niñas puedan acceder fácilmente a los programas de educación primaria y media, lo que genera alta deserción escolar.

Su economía es de subsistencia, su principal actividad es la agricultura. Su conocimiento de las tareas agrícolas es basto y la combinan con la recolección, la caza, la pesca y la producción artesanal de bienes autóctonos. Los U'wa han venido vinculándose a trabajos asalariados en labores como desmonte del bosque, siembra de pastos, cuidado de ganado y recientemente se ha detectado vinculación laboral en la economía de los cultivos ilícitos.

Con respecto a la seguridad alimentaria hay comunidades que poseen un territorio que utilizado productivamente les provee de los alimentos necesarios para su subsistencia y hay otras que tienen un déficit de tierras para sustentar adecuadamente a la población que las habita.

La seguridad alimentaria es preocupante en general y se requiere un programa de atención especial, particularmente para las comunidades de Calafitas I, Calafitas II y Playas de Bojabá.

La situación ambiental, en relación con la cual emergen dos concepciones diferentes (indígena y no indígena) sobre la naturaleza, se presenta, desde la visión no indígena, en el Plan de Manejo Ambiental –PMA– elaborado por ECOPEPETROL S.A. En este estudio se prevé que las afectaciones al entorno ambiental del territorio, podrán ser mitigadas o corregidas. No obstante, es importante anotar que las restricciones para el acceso al territorio de las comunidades, impuestas por las autoridades indígenas a la entidad encargada de la elaboración del PMA, trajeron como consecuencia que la situación ambiental de este territorio no esté completa.

3.2. Situación de Orden Público de Arauca

Hay que tener en cuenta el incremento de violencia que viene presentando el departamento de Arauca. En los últimos años, el aumento en las cifras que muestran las estadísticas relacionadas con homicidios, atentados terroristas, desplazamiento forzado, secuestros, violaciones a los DD. HH., entre otras, hacen que Arauca en el mapa de la violencia en Colombia ocupe el primer lugar desde hace tres años.

En el 2003 registró 187 asesinatos comunes por cada cien mil habitantes. En el 2002 figuró en el primer lugar con 175 asesinatos comunes por 100 mil habitantes, seguida de Medellín con 148, Caquetá 143, Norte de Santander 140, y Casanare 129⁵.

Según informe de Derechos Humanos del Departamento de Arauca de 2004⁹, hacen presencia tres grupos armados al margen de la ley: las Autodefensas Unidas de Colombia AUC, a través del Bloque Vencedores de Arauca; las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC-EP, con los frentes Diez y Cuarenta y Cinco, y el Ejército de Liberación Nacional ELN, con el Domingo Laín.

Con respecto a los atentados contra la infraestructura petrolera que corresponden a voladuras, fisuras y abolladuras del Oleoducto Caño Limón–Coveñas, en el 2001 se registraron 112 atentados, 26 en el 2002 y 20 en el 2003. Una de las acciones características en el departamento de Arauca es el acto de sabotaje al oleoducto Caño Limón-Coveñas, a las instalaciones petroleras y a la maquinaria de las empresas contratistas y subcontratistas.¹⁰

Este tipo de acciones son un mecanismo de presión para exigir el pago de extorsiones, comisiones, contratación o subcontratación, dinero para los grupos armados. Se presentan mecanismos de presión importante en el mercado laboral temporal, directamente relacionado con la actividad petrolera. Se agrega a esta situación el secuestro de contratistas y servidores públicos.

Cabe señalar el cambio de foco geográfico de la actividad armada de la guerrilla en el periodo 2000 al 2003, en donde los incrementos más significativos se dieron en las poblaciones de Saravena y Arauquita.

La política de seguridad del actual Gobierno ha hecho un especial énfasis en la salvaguarda de la infraestructura petrolera, en el aseguramiento de los territorios en donde se realizan exploraciones y explotaciones petroleras, alcanzando significativos logros. La prioridad es proteger y proporcionar confianza a los inversionistas.¹¹

La presencia de grupos armados ilegales en territorios indígenas que han articulado el tema petrolero a sus estrategias de guerra y la decisiones del gobierno nacional de combatirlos por todos los medios, convierten los recursos petroleros y los territorios donde se hallan, en este caso el territorio U'wa, en un escenario de disputa y confrontación. Un antecedente importante a tener en cuenta en este sentido es lo sucedido en año de 1999, cuando fueron asesinados por la guerrilla tres (3) trabajadores de la compañía contratista Inversísmica, que realizaba un programa de exploración en la región, lo que generó la paralización del proyecto.

Las Autoridades U'wa frente a estas dinámicas se han diferenciado y han mantenido una política de autonomía.

3.3. Situación de Reservas Petroleras en Colombia

Necesidad urgente de petróleo. El Ministerio de Minas y Energía, como también ECOPETROL S.A., han manifestado la urgencia que tiene el país de adicionar nuevas reservas para satisfacer el consumo nacional y contribuir en forma determinante a la estabilidad económica del país, dado que, de no encontrar reservas adicionales de petróleo, el país tendría que realizar compras externas a partir del año 2006 cuando pierda su autosuficiencia¹².

“Este escenario de reservas actuales refleja la declinación de las reservas actualmente probadas, sin incluir nuevos hallazgos futuros. Muestra el gráfico cómo, con las reservas actualmente probadas, el petróleo, sería suficiente para cubrir la demanda de productos nacionales hasta el año 2010, y cómo ECOPETROL S.A. se vería abocada como empresa a comprar crudo a sus socios para cubrir sus ventas netas y a importar a partir del año 2008.”¹³ (Ver gráfica No. 1).

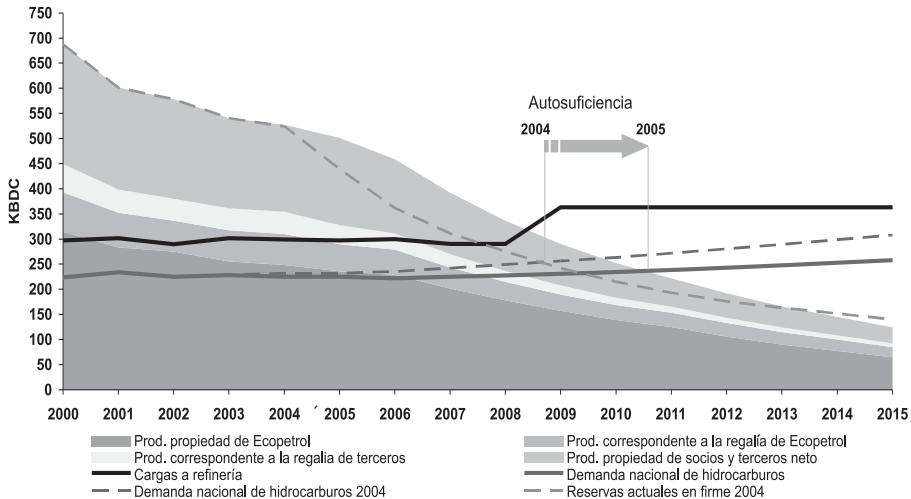
Por múltiples razones de orden nacional e internacional, los precios del petróleo han tenido un desmesurado aumento. El barril de petróleo, que oscilaba en un promedio de US\$33 en el 2003, ha aumentado aceleradamente registrando en el 2005 un valor de US\$60, y los analistas han manifestado que probablemente continuará en aumento.

Para Colombia los precios actuales, que han sido la tabla de salvación de la economía de los últimos cinco años, se pueden revertir en la medida en que las reservas se sigan agotando y el petróleo pase en un período de cuatro años de ser el mayor rubro de exportación a constituirse en el mayor rubro de importación. Si el país se vuelve importador, el impacto de unos precios tan altos como los actuales sobre el déficit fiscal y la balanza de pagos sería muy negativo. A los precios de hoy, el petróleo pasaría de un valor positivo por exportaciones de cerca de 2.000 millones de dólares en 2004 a un valor negativo por concepto de importaciones de 2.500 millones de dólares.¹⁴

Gráfica No. 1 Estado actual de las reservas producción de hidrocarburos en Colombia Prospectiva del problema.

Escenarios 2009 - 2011.

Reservas probadas - Proyección de Producción



Fuente: ECOPETROL S.A.

En este contexto resulta evidente que los nuevos hallazgos petroleros son fundamentales para el saneamiento de la economía nacional.

4. El interés general de la Nación de proteger un pueblo indígena

En este aparte se analizan, desde una perspectiva jurídico-antropológica, los efectos que pueden derivarse de la ejecución del proyecto de exploración sísmica en territorio habitado por comunidades U'wa. El marco de este análisis se centra en el deber del Estado de proteger la integridad étnica y cultural y, por ende, los derechos humanos de este pueblo.

Las preguntas de fondo que esta Dirección ha buscando responder son:

¿Cuáles son los impactos sobre las comunidades U'wa de Arauca, si se desarrolla el proyecto de sísmica en sus condiciones actuales?

¿De qué manera podrían modificarse las condiciones de vida de los U'wa?

¿Qué efectos atribuibles al proyecto podrían ser considerados violaciones a los derechos fundamentales del pueblo U'wa?

El análisis de la Dirección de Etnias se fundamenta, en primer lugar, en los principios y preceptos constitucionales y legales que garantizan la integridad étnica y cultural de los grupos étnicos, especialmente los desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En segundo lugar, pondera el reconocimiento y protección de los derechos humanos específicos de los pueblos indígenas, en el escenario posible de la realización del proyecto.

4.1. Elementos Jurídico-Antropológicos de Análisis

Sujeto colectivo de Derecho

La sentencia ST-380 de 1993, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, Acción de Tutela de la comunidad Embera Katío de Chajeradó, contra CODECHOCÓ y Maderas del Darién, de la cual se destaca:

“(Los derechos Fundamentales de las comunidades indígenas)... no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del conocimiento expreso que la Constitución hace a la “diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” (C. P. 1 y 7). 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 (...)” (primer paréntesis fuera del texto original).

Conflicto entre dos intereses generales

La Sentencia T-405 de 1993, M.P. Hernando Herrera Vergara, Acción de Tutela de las Comunidades Indígenas del Medio Amazonas contra el Ministerio de Defensa Nacional y la Misión Aérea de los Estados Unidos, al respecto dice.

“...Materialmente, se trata de un conflicto entre el interés general del Estado Colombiano con relación al control del narcotráfico y el interés de la comunidad indígena en relación con sus derechos de propiedad y culturales. No se pudo constatar que el radar vulnera y desconoce los derechos culturales, ni étnicos de la comunidad indígena, ni que ponga en peligro sus condiciones de subsistencia, ni la integridad, ni la vida misma de sus miembros (...) Si bien se trata de dos intereses colectivos, es evidente que desde el punto de vista del derecho en que se funda cada interés, las pretensiones del Estado colombiano poseen un mayor peso que las de las comunidades indígenas del medio Amazonas sin desconocer en ningún momento la importancia de sus intereses. (...) no obstante tratarse de terrenos de las comunidades indígenas respecto de los cuales tienen plena autonomía y están respaldados por convenios internacionales no se puede decir que se trate de derechos absolutos pues ningún derecho es absoluto...”

La Sentencia T-428 de 1992, MP. Ciro Angarita Barón, Acción de Tutela interpuesta por el sujeto colectivo, pueblo Embera de Cristianía, para proteger los derechos a la integridad étnica y cultural, puestos en riesgo por el trazado de la carretera Troncal del Café, señala:

“(...) La norma que establece la prioridad del interés general no puede ser interpretada de tal manera que ella justifique la violación de los derechos

fundamentales de unos pocos en beneficio del interés de todos. La persona es un fin en sí mismo. El progreso social no puede construirse sobre la base del perjuicio individual, así se trate de una minoría o incluso de una persona. La protección de los derechos fundamentales no está sometida al vaivén del interés general; ella es una norma que encierra un valor absoluto, que no puede ser negociado o subestimado.”

4.2. Derechos Indígenas

En Colombia los pueblos indígenas han luchado por vivir en territorios que garanticen su existencia como pueblos, es decir, en tanto sujetos colectivos de derecho.

El análisis y ponderación, que a continuación se presenta, se fundamenta en los siguientes derechos humanos específicos para la protección de los pueblos indígenas¹⁵. *El derecho a la diferencia, el derecho a lo propio, el derecho a la igualdad, el derecho a mejorar en lo social y lo económico y el derecho a un trato preferente.*

Metodológicamente se busca determinar si, en la ejecución del proyecto, estos derechos se fortalecen o si, por el contrario, se verían vulnerados.

4.2.1. Derecho a la diferencia

Los U'wa en tanto pueblo indígena tienen el derecho a ser diferentes, a considerarse a sí mismos como diferentes y a ser respetados como tal. Esto implica, operativamente, el reconocimiento a su existencia.

El proyecto debe contemplar la diferencia de estas comunidades, como entramados culturales colectivos distintos. Este sujeto colectivo debe mantener su condición de distinto: su nombre, su lengua, una personalidad diferente, su mundo cultural propio que se expresa en su organización social, económica, política y religiosa y su relación particular con el territorio.

En el proceso de consulta los U'wa no determinaron efectos que vulneraran su condición de sujeto distinto, que no pudieran ser mitigados. No obstante, la Dirección de Etnias considera que, de ejecutarse el proyecto, el gobierno debe garantizar que las comunidades sean convocadas para acordar los instrumentos y medidas que se consideren necesarios para que el proyecto se desarrolle de manera armónica respetando su carácter como pueblo distinto.

4.2.2. Derecho a lo propio

El derecho de los U'wa a lo propio es a lo que es de sí y les da identidad, como pueblo. La cultura es un término que se refiere a usos y costumbres, a lenguas, creencias, y formas de vida; es algo que aunque puede provenir de adentro, de lo llamado “tradicional”, también puede provenir de afuera, de otras sociedades con las que se ha estado en contacto, pero que se tiene como propio.

El desarrollo del proyecto sísmico, tal como fue presentado por la empresa y de acuerdo a los estudios realizados, permiten inferir que los usos y costumbres propios tales como: la lengua que es oficial en su territorio, los usos y costumbres de

transmisión de conocimientos, de comunicación y de interacción oral, el respeto por los calendarios religiosos y los ayunos; las formas de vida económicas, la forma de organización política, los sistemas de gobierno y autoridad, el respeto a las funciones distintas de las asociaciones organizativas, políticas y religiosas, y las formas de vida en lo que hace a relaciones de género, no se verán modificadas por el proyecto de exploración sísmica.

Frente a los lugares definidos como restringidos por los U'wa, el proyecto puede generar perturbaciones, que deben ser atendidas. El Plan de Acción de este estudio señala unas medidas para prevenirlas o contrarrestarlas.

4.2.3. Derecho de los Pueblos Indígenas a la Igualdad

El derecho de los pueblos indígenas a la igualdad significa que cuentan con los mismos derechos que todos los miembros de otras sociedades. Para el caso de los U'wa, el derecho a la igualdad implica la necesidad hacerles efectivos los derechos.

El Plan de acción propuesto en este estudio contempla líneas de acción orientadas a la garantía de este derecho.

4.2.4. Derecho de los Pueblos Indígenas al Mejoramiento Económico y Social

La realidad de los U'wa desde el punto de vista de calidad de vida muestra un desequilibrio para su reproducción biológica y cultural en condiciones aceptables. Así lo manifiesta el Plan de Vida de los U'wa de Arauca.

Respetar y valorar los derechos a la distintividad, a la igualdad y a lo propio no es suficiente. Es preciso trabajar por el derecho al mejoramiento económico y social, un derecho que remite a un extenso número de variables específicas, orientadas a mejorar sus estándares de vida.

Cuando de mejoramiento en lo social y en lo económico se trata, también se está hablando de su cultura económica. El diseño y ejecución de inversiones económicas por parte del Estado debe tener en cuenta los modelos de reciprocidad y redistribución no mercantiles que ellos utilizan: intercambio de mano de obra, donaciones en especie, distribución ritual a fin de no disolver eficientes sistemas económicos anclados en cánones culturales de producción y distribución, diferentes.

Las inversiones económicas del Estado deben atender al mejoramiento de estas comunidades, teniendo siempre como referente la afirmación de la cultura. Cualquier inversión orientada a mejorar en lo social y en lo económico, debe estar prevista dentro del Plan de Vida que ellos han elaborado y que es guía para los satisfactores que ellos necesitan equilibrar.

Dadas las condiciones frágiles de las comunidades, el gobierno debe implementar un Plan de Apoyo especial que busque que estas comunidades cuenten con proyectos específicos que protejan su identidad, pero que superen la marginalidad vivida durante años. Las líneas generales para un plan de acción en este sentido, se presentan en la parte final de este estudio.

4.2.5. Derecho Preferente para los Pueblos Indígenas

El Estado Social de Derecho busca superar condiciones de desigualdad de personas y comunidades para alcanzar la igualdad real. El derecho preferente por razón de la pobreza, la marginación y la discriminación, es imprescindible desde una perspectiva de los derechos humanos.

La asignación de partidas presupuestales para proyectos y programas favorables a los U'wa, comparativamente mayores, a partir de ponderaciones demográficas adecuadas y equiparaciones justas, resulta urgente. Se trata de una medida que cubre distintos ámbitos: el territorial, el económico, la salud, el educativo, la producción y seguridad alimentaria y el fortalecimiento institucional, todos los cuales puedan ser monitoreados.

5. Plan de Acción

Este aparte incluye, en primer lugar, unas recomendaciones sobre acciones necesarias a desarrollar por parte de la empresa en la ejecución del proyecto y, en segundo lugar, los lineamientos generales de un plan de acción para la protección de los derechos humanos de las comunidades U'wa. A través de este Plan, se busca asegurar que efectos potenciales negativos puedan ser contrarrestados adecuadamente, mediante acciones gubernamentales de carácter preventivo y especial. Sobre estas bases se configuran los elementos de juicio para la conclusión final.

5.1. Acciones Necesarias a Desarrollar por parte de la Empresa en la Ejecución del Proyecto de Exploración Sísmica.

Para la realización del proyecto la Dirección de Etnias enfatiza la importancia de realizar un conjunto de acciones por parte de la empresa y el gobierno, que más allá de lograr establecer buenas relaciones buscan exaltar el derecho a un trato distinto para estas comunidades.

- a) Informar a las comunidades U'wa la decisión tomada.
- b) Informar los trámites de permiso ante la autoridad ambiental y los términos de los mismos.
- c) Convocar a las comunidades U'wa para presentar la forma como se planea hacer proyecto, e informar en particular:
 - El contratista que lo ejecutará.
 - El trazado previsto para la exploración sísmica
 - El tiempo y cronograma previsto para la realización del proyecto.
 - La política de contratación de mano de obra.
 - Beneficios que puedan derivarse del proyecto en relación con inversión social, de acuerdo a las políticas de la Empresa.
- d) Convocar a las comunidades para acordar las medidas, instancias e instrumentos que se consideren necesarios para que el proyecto se desarrolle de manera armónica; en particular:

- Adopción de un manual de convivencia
 - Comités u otras instancias que decidan conformarse
- e) Atender a las recomendaciones que hagan las comunidades U'wa para la seguridad física de las personas vinculadas al proyecto y de las mismas comunidades, así como sobre la vinculación de personal de la zona.
- f) La información sobre la caracterización ambiental del territorio U'wa debe ser complementada en la fase de ejecución del proyecto, ajustando en consecuencia el PMA.

El espíritu de las convocatorias deberá ser garantizar el derecho a ser oídos y tenidos en cuenta respecto a adecuaciones del proyecto que se consideren necesarias. Si las comunidades o sus representantes no acuden a este llamado, se deben cumplir estas acciones mediante actos públicos en la cabecera Municipal con participación de los órganos de control y demás instancias competentes.

5.2. Plan de Acción para La Protección de los Derechos Humanos de las Comunidades U'wa.

En el contexto de este documento, “Plan de Acción” se entiende como una herramienta que permite conectar el ejercicio de la planificación con la implementación de acciones consideradas estratégicas dirigidas al mejoramiento de las condiciones de vida de los grupos humanos a los cuales va dirigido. Este tipo de herramientas deben definirse a partir de acuerdos, entre las partes involucradas, orientados a la ejecución de estrategias y/o actividades, las cuales deben traducirse en productos o resultados, actores responsables, compromisos en términos de recursos, un cronograma de trabajo y un sistema de seguimiento que permite el control del proceso.

Teniendo en cuenta lo anterior, se proponen las líneas generales de un Plan de Acción dirigido a la protección y garantía efectiva de los derechos humanos de las comunidades U'wa del departamento de Arauca. La propuesta busca estar en consonancia con las necesidades sentidas de estas comunidades, que se expresan en su Plan de Vida. **Anexo No. 5.**

Los mecanismos e instancias necesarias para la generación de acuerdos en la definición de las especificidades de este Plan, así como la gestión para su ejecución y seguimiento, deben ser definidos en el marco de la acción de gobierno para la viabilización del proyecto.

Durante todo el proceso de consulta ha venido operando un comité interinstitucional; la Dirección de Etnias considera que es esta la instancia que debe liderar la acción coordinada de gobierno, y en particular este Plan de Acción. Para una labor más eficaz, este comité debe estar dirigido por la Presidencia de la República.

LÍNEAS GENERALES DE UN PLAN DE ACCIÓN DIRIGIDO A LA PROTECCIÓN Y GARANTÍA EFECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS COMUNIDADES U'WA DEL DEPARTAMENTO DE ARAUCA

PROBLEMÁTICA	LÍNEA DE ACCIÓN	INDICADORES (I)	ENTIDADES COMPETENTES
TIERRAS	<ol style="list-style-type: none"> 1. Constitución de resguardos para comunidades de Calafitas I y Calafitas II. 2. Ampliación de resguardo de comunidad de Playas de Bojohá. Saneamiento de resguardos 		INCODER – IGAC
PRODUCCIÓN Y SEGURIDAD ALIMENTARIA	<ol style="list-style-type: none"> 1. Apoyo a iniciativas de rescate y fortalecimiento de formas de producción, productos y hábitos alimentarios propios. 2. Apoyo a proyectos de mejoramiento de la producción para el autoconsumo y el intercambio. 3. Adecuación de los servicios de restaurante escolar de manera que fortalezcan la producción propia, al tiempo que mejoren la dieta de los escolares. 4. Apoyo a proyectos productivos orientados a la comercialización, en las comunidades que tienen expectativas en este sentido. 		MINAGRICULTURA ENTES TERRITORIALES SENA
EDUCACIÓN	<ol style="list-style-type: none"> 1. Apoyo a los estudiantes que tienen aspiraciones de profesionalización y cuentan con el aval de sus autoridades. 2. Apoyo a proyectos de formación de los maestros indígenas y adecuación intercultural de los planes de estudios. 3. Apoyo a la adecuación de infraestructura y dotación de recursos didácticos, de acuerdo a los requerimientos y necesidades de cada comunidad. 		MINEDUCACIÓN ENTES TERRITORIALES
SALUD	<ol style="list-style-type: none"> 1. Requerimiento y seguimiento a las entidades competentes (Direcciones de salud, EPS, IPS) para la adecuación intercultural del modelo de atención en salud, de manera que: <ul style="list-style-type: none"> * La medicina propia y la occidental se complementen * Incluya un esquema de prestación de servicios a través de equipos extramurales, para superar el esquema de las brigadas aisladas. 2. Requerimiento y seguimiento a las entidades competentes para la elaboración de los Planes de Atención Básica, conjuntamente con las comunidades indígenas, de manera que respondan a las necesidades que refleja el perfil epidemiológico de las mismas. 3. Impulsar la participación de las comunidades U'wa en los Consejos Territoriales de Seguridad Social en Salud. 4. Apoyo a formación de agentes comunitarios en salud. 5. Apoyo a la construcción o adecuación de la infraestructura propia para la atención en salud, acorde con sus particularidades culturales. 		MINPROTECCIÓN SOCIAL ENTES TERRITORIALES
VIVIENDA Y SANEAMIENTO BÁSICO	<ol style="list-style-type: none"> 1. Apoyo a programas de saneamiento básico para las comunidades, con énfasis en suministro de agua potable, manejo de excretas y residuos sólidos. 2. Apoyo a programas de vivienda, adecuados a la realidad cultural de los U'wa. 		MINAMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO ENTES TERRITORIALES
FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL	<ol style="list-style-type: none"> 1. Apoyo al seguimiento e implementación de los Planes de Vida de las Comunidades. 2. Apoyo a la formación de líderes comunitarios. 		
<p>No hay una línea base sobre las condiciones de vida de las comunidades U'wa del departamento de Arauca, lo que no permite que se formulen indicadores precisos para estas líneas de acción propuestas. No obstante, dada la fragilidad manifiesta de estas comunidades y el deber del Estado de mejorar sus condiciones económicas y sociales, respetando su derecho a la igualdad, para cada línea de acción propuesta debe alcanzarse un nivel de logro que, por lo menos, equi-pare a las comunidades indígenas al promedio nacional en lo que a comunidades indígenas se refiere. Adicionalmente un indicador de logro imprescindible debe ser la aceptación de estas comunidades de las acciones que se desarrollen.</p>			

6. Resultado del Estudio.

6.1. Justificación Legal

El convenio 169 de la OIT y el Decreto 200 de 2003 facultan a la Dirección de Etnias para adelantar y divulgar estudios e investigaciones sobre grupos étnicos, con el fin de evaluar la incidencia social, espiritual, cultural y del medio ambiente que las distintas actividades por desarrollar puedan tener sobre ellos.

El decreto 200 de 2003, adicionalmente, faculta a la Dirección de Etnias, para coordinar los procesos de consulta previa; por ello, en este estudio se pronuncia sobre el procedimiento adelantado en donde se configuró un debido proceso como garantía del derecho a la participación del pueblo indígena consultado. Así mismo, el decreto la faculta para actuar como garante de los derechos de los pueblos indígenas; en este sentido, se pronuncia sobre las acciones que deben realizarse para proteger la integridad étnica y cultural del pueblo U'wa.

La Constitución Política le señala al Estado el deber de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan; reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana; proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación; reconocer la oficialidad de las lenguas indígenas en su territorio; garantizar la igualdad de todos ante la ley; reconocer la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país; garantizar que la explotación de recursos naturales en territorios indígenas se haga sin desmedro de la identidad cultural. (Artículos 2, 7, 8, 10, 13, 70, 330).

De igual manera, la Constitución Política señala que son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad y el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población. Adicionalmente, señala, que el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables posee la dirección general de la economía; interviene, por mandato de la ley, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo. Le da también facultad de determinar mediante ley las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables. (Artículos 2, 332, 334, 360, 366).

Al emitir el presente estudio, la Dirección de Etnias pondera el interés general de la Nación de obtener petróleo que provea recursos para los colombianos, y el interés, también general, de proteger la integridad étnica y cultural de la nación colombiana, representada en este caso específico por el pueblo U'wa de Arauca. Así mismo, aplica lo señalado en la sentencia SU-039/97, en particular:

“... que la decisión que se tome en lo posible sea acordada o concertada y que finalmente la decisión de la autoridad, esté desprovista de arbitrariedad y autoritarismo, es decir sea objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana”.

Esto significa que, sobre la base de criterios razonables, se busca llegar a una decisión justa.

6.2. Conclusión

Una vez realizado el análisis de los aspectos técnicos del proyecto de exploración sísmica y las particularidades étnicas y culturales del pueblo U'wa y a la luz de los preceptos y principios constitucionales que garantizan los derechos de los pueblos indígenas y la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia, se plantean las siguientes consideraciones previas a la conclusión:

1. Como en el acto de protocolización no fue posible llegar a un acuerdo o concertación con el pueblo U'wa de Arauca, para la realización del proyecto de exploración sísmica en su territorio, el gobierno nacional decide la ejecución o no del proyecto.
2. El Proyecto de exploración sísmica Bloque Catleya de ECOPETROL S.A. no violenta la cosmovisión U'wa, en particular, el valor cultural que posee el petróleo. Las convicciones y creencias al respecto (madre de todas las lagunas, sangre de la tierra y demás) se pueden mantener.
3. Las especificaciones técnicas del proyecto de exploración sísmica permiten inferir que el petróleo, de existir en el subsuelo del área del proyecto, no será afectado de manera física.
4. El proyecto genera perturbaciones a las comunidades U'wa, como se determinó en la identificación de impactos, pero estas no implican afectaciones sustantivas a la integridad étnica y cultural de estas comunidades, ya que estas afectaciones pueden ser superadas acudiendo a las autoridades tradicionales para que medien a través de prácticas propias y rituales.
5. La presencia de personas ajenas a las comunidades en su territorio será temporal y estará sujeta a manuales de convivencia. Por ello, se puede inferir que el proyecto no causará perturbaciones de manera permanente a la cotidianidad de las comunidades U'wa, ni a sus usos y costumbres.
6. El proyecto, en el trazado de sus líneas, contempla la flexibilidad necesaria para adecuarse a requerimientos de protección de lugares de especial importancia cultural y ambiental.
7. El proyecto contempla un Plan de Manejo Ambiental que está dirigido a prevenir, mitigar, corregir y compensar los impactos que el mismo genere. Este PMA no recoge totalmente la descripción ambiental del territorio U'wa; por ello en la ejecución del proyecto la empresa debe complementar esta información para prevenir posibles impactos negativos sobre el territorio.

De acuerdo con las anteriores consideraciones y teniendo en cuenta que el proyecto sometido a consulta no debe atentar derechos fundamentales del sujeto colectivo pueblo U'wa, la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia

Concluye:

1. El Proyecto de Exploración Sísmica Bloque Catleya de Ecopetrol S.A. no vulnera la integridad Étnica y Cultural de las comunidades indígenas U'wa de Playas de Bojabá, Chivaraquía, Uncaríá, San Miguel, Calafitas I y Calafitas II, del municipio de Saravena y Cerro Alto-Cibariza del municipio de Fortul, en el departamento de Arauca.
2. La Empresa debe realizar las acciones señaladas en este estudio para garantizar la integridad étnica y cultural de las comunidades U'wa del área de influencia del Proyecto.
3. El Gobierno Colombiano debe adoptar el Plan de Acción presentado en este estudio por la Dirección de Etnias, para garantizar el mejoramiento de las condiciones de vida de las comunidades indígenas U'wa del área del Proyecto.

Consideración final

Este estudio se ha realizado de buena fe, buscando contribuir al entendimiento y a la adopción de decisiones razonables y justas.

Dado en Bogotá, D. C., a los treinta (30) días del mes de junio de 2005

LUZ ELENA IZQUIERDO TORRES
Directora de Etnias.

NOTAS

- ¹ La OIT, mediante el informe GB. 282-14-3, atendiendo reclamación presentada por la Central Unitaria de Trabajadores, CUT, en 1999, recomendó al gobierno colombiano: a) Modifique el decreto 1320 de 1998, para ponerlo de conformidad con el convenio 169. b) Aplique plenamente los artículos 6 y 15 del convenio y considere establecer consultas en caso concreto, conjuntamente con los pueblos interesados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles o antes de emprender o autorizar cualquier programa de exploración o explotación de los recursos existentes en sus tierras.
- ² El pueblo U'wa denunció al Gobierno colombiano ante la Comisión Interamericana de Derecho Humanos de la OEA, el 28 de abril de 1997, por no haberse realizado una consulta en las debidas condiciones ni tomado las medidas necesarias para proteger su integridad personal, cultural, económica y ecológica. El 7 de octubre del mismo año, se convocó a las partes a una audiencia en Washington en la cual se propuso una solución amigable al conflicto. Esta fue aceptada por las partes en mayo de 1998 y derivó en la conformación de un equipo de trabajo con el Programa de Sanciones No - Violentas y Supervivencia Cultural (PONSACS) de la Universidad de Harvard, llamado Proyecto OEA - Harvard.
- ³ El Convenio 169 de la OIT promueve el respeto por la cultura, las formas de vida, las tradiciones y el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, pues se considera que estos, como componentes de sociedades nacionales, tienen un valor intrínseco que necesita ser salvaguardado; que pueden hablar por sí mismos; que tienen derecho a participar en el proceso de toma de decisiones que los afectan y que su contribución además será beneficiosa para el país. El Convenio en su contexto concibe la Consulta Previa como un proceso, ya que las desigualdades de conocimiento entre los indígenas, el Estado y las empresas interesadas en los proyectos, generan asimetría de poder entre las partes, derecho que de ejercerse en esas condiciones haría nugatorio su ejercicio y no garantizaría por parte del Estado el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural a que está obligado constitucionalmente; se establece que en un verdadero proceso de consulta a medida que este se va desarrollando los indígenas y sus representantes van adquiriendo el conocimiento necesario sobre la normatividad y el proyecto o programa a realizar, todo ello a fin de superar esta desigualdad y garantizando la búsqueda de un consentimiento libre, previo e informado.
- ⁴ Aso U'wa, 11/08/1996. Carta de los U'wa a los colombianos y al mundo, Cubará.
- ⁵ Aquí se produce un fenómeno de intermediación política en la medida en la cual han surgido nuevos actores internos que han complejizado su realidad territorial y del conflicto. Es así como la autoridad más connotada son los mayores, Werjayas y Karekas (autoridad interna), y su voz está representada por la Asociación de Cabildos y Autoridades Tradicionales compuesta mayormente por jóvenes bilingües.
- ⁶ *El Tiempo*, diciembre 19 de 2004.
- ⁷ Plan de Desarrollo de Arauca 2002-2006.
- ⁸ *Ibidem*.
- ⁹ *El Tiempo*, diciembre 7 de 2004, artículo de Scott Dalton para *The New York Times* "EU protege el petróleo en Colombia".
- ¹⁰ Hoy ya el país les está comprando petróleo a sus asociadas, cerca de 25.000 barriles para completar la carga de las refinerías. El Ministro Luis Ernesto Mejía indicó que, desde cuando se planteó la política de liberar el precio de la gasolina a finales de la década de los años 90, uno de los argumentos fue precisamente que se preveía el agotamiento de las reservas de petróleo del país.
- ¹¹ ECOPEPETROL S.A., Dependencia económica del país con relación a los recursos provenientes de la industria petrolera, página web, Junio de 2005.
- ¹² Valenzuela, Luis Carlos. (Ex ministro de Minas y Energía de Colombia). *Permitido incrementar las reservas*, 2004.
- ¹³ La perspectiva de la diversidad étnica en derechos humanos: algunos aportes para una discusión urgente, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2001.
- ¹⁴ Valenzuela, Luis Carlos. (Ex ministro de Minas y Energía de Colombia). *Permitido incrementar las reservas*. En: www.ecopetrol.com.co, 2005".

BIBLIOGRAFÍA

I. Páginas web consultadas

1. Sistema de Naciones Unidas

- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. “*Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas*”, <http://www.ohchr.org/spanish/law/>, consultado durante el mes de julio 2006.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. “*Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*”, <http://www.ohchr.org/spanish/law/minorias.htm>, consultado durante el mes de julio 2006.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. “*Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*”, <http://www.ohchr.org/spanish/law/cerd.htm>, consultado durante el mes de julio 2006.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. “*Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (estado de ratificaciones y reservas a mayo de 2006)*”, <http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/2.htm>, consultado durante el mes de julio 2006.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. “*Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*”, <http://www.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>, consultado durante el mes de julio 2006.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. “*Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos*”, http://193.194.138.190/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm, consultado durante el mes de julio 2006.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. “*Estatus de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos*”, <http://193.194.138.190/pdf/reportsp.pdf>, consultado durante el mes de julio 2006.

- Naciones Unidas. “Resolución 48/163 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del mundo”, [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.RES.48.163.Sp?Opendocument](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.RES.48.163.Sp?Opendocument), consultado durante el mes de julio 2006.
- Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo Económico y Social, División de Desarrollo Sostenible. “Capítulo 26 del Programa 21, Adoptado durante la Conferencia de Río de Janeiro de las Naciones Unidas”, <http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/spanish/agenda21sptoc.htm>, consultado durante el mes de julio 2006.
- Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas. <http://www.un.org/spanish/indigenas/2004/docs.html>, consultado durante el mes de julio 2006.

2. Organización Internacional del Trabajo – OIT

- Organización Internacional del Trabajo – OIT. “Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (Núm 107) de la Organización Internacional del Trabajo”, <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>, consultado durante el mes de julio 2006.
- Organización Internacional del Trabajo – OIT. “Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, 1989 (Núm. 169) de la Organización Internacional del Trabajo”, <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>, consultado durante el mes de julio 2006.
- Organización Internacional del Trabajo – OIT. “Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, 1989 (Núm. 169) de la Organización Internacional del Trabajo (estado de las ratificaciones a julio 2006)”, <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifics.pl?C169%20>, consultado durante el mes de julio 2006.
- Organización Internacional del Trabajo – OIT. “Recomendación sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (Núm. 104) de la Organización Internacional del Trabajo”, <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/recdisp1.htm>, consultado durante el mes de julio 2006.
- Organización Internacional del Trabajo – OIT. “Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT)”, <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/newcountryframeS.htm>, consultado durante el mes de julio 2006.
- Organización Internacional del Trabajo – OIT. “Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT) y la Asociación Médica Sindical Colombiana (ASMEDAS)”, <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/newcountryframeS.htm>, consultado durante el mes de julio 2006.

- Organización Internacional del Trabajo – OIT. “Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, OIT. Observación individual (2006) sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Núm. 169) Colombia (ratificación: 1991)”, <http://www.ilo.org/ilolex/gbs/ceacr2006.htm>, consultado durante el mes de julio 2006.

3. Organización de Estados Americanos - OEA

- Organización de Estados Americanos - OEA. “Reuniones de Negociación para la Búsqueda de Consensos. Séptima Reunión (Brasilia, Brasil 21 al 25 de marzo de 2006), Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”. http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=S&sLink=http://www.oas.org/OASpage/Events/default.asp?eve_code=8, consultado durante el mes de julio 2006.

4. Legislación colombiana

- Secretaría del Senado de la República de Colombia. “Constitución Política de Colombia”, http://www.secretariassenado.gov.co/leyes/CONS_P91.HTM#189, consultado durante el mes de julio 2006.
- Secretaría del Senado de la República de Colombia. “Ley 99 de 1993, por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones”, http://www.secretariassenado.gov.co/leyes/L0099_93.HTM, consultado durante el mes de julio 2006.
- Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Territorial. Decreto 1320 de 1998, por el cual se reglamenta la Consulta Previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio, http://www.minambiente.gov.co/juridica/Sector%20Ambiente/Decretos%20Educacion%20y%20Participacion/Dec_1320_13071998.pdf, consultado durante el mes de julio 2006.
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1220 de 2005, por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre Licencias Ambientales”, <http://www.presidencia.gov.co/decretoslinea/2005/abril/21/dec1220210405.doc>, consultado durante el mes de julio 2006.
- Secretaría del Senado de la República de Colombia. Decreto 200 de 2003, por el cual se determinan los objetivos y la estructura orgánica del Ministerio del Interior y de Justicia, y se dictan otras disposiciones, <http://www.secretariassenado.gov.co/leyes/D0200003.HTM>, consultado durante el mes de julio 2006.
- Departamento Administrativo de la Función Pública – DAFP. Ley 21 de 1991, por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra 1989, http://www.dafp.gov.co/leyes/L0021_91.HTM, consultado durante el mes de julio 2006.

5. Jurisprudencia colombiana

- Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales de Colombia - Ideam. *Sentencia T-428 de 1992*, <http://www.ideam.gov.co/legal/sentens/1992/t-428-1992.html>, consultado durante el mes de julio 2006.
- Relatoría de la Corte Constitucional. *Sentencia T-652 de 1998*, http://www.ramajudicial.gov.co:7777/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=2 consultado durante el mes de julio 2006.
- Relatoría de la Corte Constitucional. *Sentencia SU-039 de 1997*, http://www.ramajudicial.gov.co:7777/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=2 consultado durante el mes de julio 2006.
- Relatoría de la Corte Constitucional. *Sentencia C-169 de 2001*, http://www.ramajudicial.gov.co:7777/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=2 consultado durante el mes de julio 2006.
- Relatoría de la Corte Constitucional. *Sentencia C-891 de 2002*, http://www.ramajudicial.gov.co:7777/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=2 consultado durante el mes de julio 2006.
- Relatoría de la Corte Constitucional. *Sentencia SU-383 de 2003*, http://www.ramajudicial.gov.co:7777/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=2 consultado durante el mes de julio 2006.

6. Otras

- Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, <http://buscon.rae.es/draeI/>, consultado durante el mes de julio 2006.

II. Libros

FONTAINE, Guillaume. *“El precio del petróleo. Conflictos socioambientales y gobernabilidad en la región Amazónica”*. 1ª ed. Quito: Flacso, IFEA, 2003, 530 p.

GIBRAN, Jalil. *“El Profeta”*. 5ª ed. Bogotá: ABC, 1973, 126 p.

GÓMEZ, John Harold. *“Legislación indígena colombiana”*. Coama, Gaia Amazonas, Danina. Bogotá: Antropos, 2002, 739 p.

REMIRO BRÓTONS, Antonio; DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier; RIQUELME, Rosa, dir. *“Derecho Internacional”*. Madrid: McGraw-Hill, 1997, 1297 p.

SÁNCHEZ, Esther. *“Justicia y pueblos indígenas de Colombia. La tutela como medio para la construcción del entendimiento intercultural”*. Bogotá: U. Nacional, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales - UNIJUS, 2ª ed. con jurisprudencia actualizada. Unibiblos, 2004, 424 p.

URIBE, Ángela. *“Petróleo, economía y cultura. El caso U’wa”*. Bogotá: U. del Rosario. Siglo del Hombre Editores, 2005, 209 p.

