

Bogotá D. C., Abril 6 de 2010

**Honorables Magistrados
Corte Constitucional
M.P. Jorge Iván Palacio
E. S. D.**

**Ref: Amicus curie en el proceso 2451120
Actores: Oscar Carupia Domicó y Rosa Domicó
Demandados: Ministerio de Transporte y otros.**

Honorables Señores Magistrados:

Nosotros, Rodrigo Uprimny Yepes, identificado con C.C. No. 79.146.539 de Usaquén, César Rodríguez Garavito, identificado con C.C. No 79.555.322 de Bogotá Natalia Orduz Salinas, identificada con C.C. No. 53079886 de Bogotá; Nelson Camilo Sánchez León, identificado con C.C. No. 11.203.155 de Chía, y Luz María Sánchez Duque, identificada con C.C. No. 30.233.501 de Manizales, integrantes del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –DeJuSticia-, obrando en calidad de ciudadanos colombianos, respetuosamente nos permitimos presentar ante ustedes este escrito con el propósito de coadyuvar la tutela de la referencia.

En la presente intervención nos concentramos en dos argumentos. El primero es que sostenemos que en el caso concreto de los pueblos Embera – Katío y Embera – Dobida que habitan los resguardos Chidima Tolo y Pescadito se violó el derecho fundamental a la consulta previa por la no realización de la consulta antes del inicio de actividades con respecto a los tres proyectos objeto de la tutela: la construcción de la vía Acandí-Unguía, el proyecto de interconexión eléctrica de la empresa Interconexión Eléctrica S.A. y las actividades de prospección minera de la empresa Gold Plata. Lo anterior de conformidad con la normatividad internacional que hace parte del bloque de constitucional sobre consulta previa a los pueblos indígenas y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, según las cuales para que una consulta previa sea válida, debe realizarse con anterioridad a la adopción de medidas susceptibles de generar impactos en los pueblos indígenas. De acuerdo con estos estándares, la consulta debe realizarse en el momento en que se prevean las medidas y en todo caso antes de que se comiencen a generar impactos. Por ello recomendamos a la Corte Constitucional ordenar la suspensión de los tres proyectos hasta que se realice la consulta de manera ajustada a los estándares internacionales y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

El segundo argumento es que el Estado colombiano, a la luz del Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Constitucional colombiana, tiene el deber de proteger de manera efectiva los derechos territoriales de los pueblos Embera Katío del resguardo Chidima Tolo y del pueblo Embera Dobida del resguardo Pescadito, de manera que se resguarde el vínculo de estos pueblos con su territorio y su integridad étnica y cultural. En el caso concreto, este deber del Estado se materializa en la protección de los pueblos indígenas frente a la

invasión de colonos, lo que implica tomar medidas disuasivas y sancionatorias. Además, dado que uno de los factores que aumentan el riesgo de colonización es la titulación fragmentada del resguardo Chidima Tolo, sugerimos a la Corte Constitucional adoptar la recomendación de la Comisión de Expertos sobre Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT sobre la necesidad de unificar en un solo globo de terreno los tres lotes del resguardo Chidima Tolo.

Para presentar estos dos argumentos nuestra intervención se divide en cuatro partes. En la primera señalaremos que el Convenio 169 de la OIT hace parte del bloque de constitucionalidad y que por lo tanto, el mandato constitucional que ordena la consulta previa debe interpretarse tomando en consideración lo establecido por el mencionado Convenio, tal y como lo ordena el artículo 93 de la Carta, que señala que los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. En la segunda expondremos las reglas constitucionales básicas acerca de la manera como se debe adelantar la consulta, de conformidad con los desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos en este campo. En tercer lugar, demostraremos cómo estas reglas no fueron respetadas por los tres proyectos en cuestión, y analizaremos la obligación del Estado de proteger a través de diferentes medios los derechos territoriales de los pueblos indígenas para garantizar efectivamente su integridad étnica y cultural. Finalmente, presentaremos respetuosamente algunas recomendaciones a la Corte Constitucional en relación con las órdenes cuya adopción estimamos pertinente para la protección de los derechos invocados en la tutela.

I. El Convenio 169 de la OIT como parte del bloque de constitucionalidad

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el bloque de constitucionalidad está constituido por *“aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución”*¹. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución, los instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos ratificados por Colombia hacen parte del bloque de constitucionalidad y, por tal razón, la exequibilidad de una ley depende no sólo de su correspondencia con las normas de la Constitución, sino con las tales disposiciones internacionales.

La Corte Constitucional ha reconocido en varios pronunciamientos² que el Convenio 169 de la OIT *Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes* hace parte del bloque de constitucionalidad. De manera especial en la sentencia SU- 383 de 2003 la Corte reiteró este reconocimiento en los siguientes términos:

“Resulta de especial importancia para el asunto en estudio, además, reiterar

¹ Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995, MP. Alejandro Martínez Caballero.

² Al respecto ver las sentencias: SU-039 de 1997, T-652 de 1998, T-634 de 1999, T-1319 de 2001, C-169 de 2001, T-606 de 2001, C-418 de 2002, C-891 de 2002, C-620 de 2003, SU-383 de 2003, C-401 de 2005, T-737 de 2005 y T-382 de 2006.

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 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 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”.

La Corte ha reconocido además que la integración del Convenio 169 de la OIT al bloque de constitucionalidad implica que la violación de sus disposiciones “*puede ser motivo de tutela en cuanto afecten derechos fundamentales*”³. Este reconocimiento tiene particular relevancia en el caso concreto, en la medida en que el Convenio 169 complementa y desarrolla el derecho constitucional a la consulta previa prevista en el artículo 330 de la Carta. En efecto, mientras que este último artículo establece la consulta previa de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de los recursos naturales que se encuentren en su territorio⁴, el Convenio 169 en su artículo 6º dispone que “[...] *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 [...]*”. En ese orden de ideas, como los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y el Convenio 169 hace parte del bloque de constitucionalidad, según lo tiene bien establecido esta Corte Constitucional, es claro que la consulta previa a los pueblos indígenas cubre no sólo la explotación de recursos naturales, sino cualquier medida que pueda afectar directamente a estas comunidades. Así lo indicó la Corte en la sentencia T-737 de 2005 en la cual advirtió que la importancia del mecanismo de consulta previsto en el Convenio 169 “*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*

³ Corte Constitucional, sentencia T-606 de 2001, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴ Dice el párrafo del artículo 330 de la Constitución: “*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*”.

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”.

De acuerdo con lo anterior, es claro que el Convenio, en tanto parte integrante del bloque de constitucionalidad, complementa las disposiciones constitucionales en materia de protección de la diversidad cultural y garantía de participación de los grupos étnicos, y que su artículo 6° relativo al derecho a la consulta previa constituye una regla constitucional que debe ser tenida en cuenta en casos como el presente en los que se alega precisamente la vulneración de tal derecho.

La anterior consideración resulta de particular importancia en el caso concreto en la medida en que los fallos de tutela no incluyeron dentro de su análisis constitucional lo dispuesto en el referido artículo 6° del Convenio 169, lo cual claramente condujo a una comprensión restrictiva del derecho a la consulta previa que terminó fundamentando la negación de su protección. Así, el Tribunal Superior de Quibdó que profirió el fallo de primera instancia dividió el análisis de la violación del derecho según el carácter del proyecto que generaba la vulneración, considerando de manera separada los proyectos *“que tienen vinculación directa con la explotación de recursos naturales en territorios indígenas y los que no tienen esa connotación”*. Tal forma de separar el análisis evidencia que el Tribunal partió del presupuesto erróneo de que en materia de consulta previa las reglas constitucionales operan únicamente para los casos de explotación de recursos, desconociendo de este modo el artículo 6° del Convenio 169 que complementa las normas constitucionales sobre consulta previa. Tal error en la fundamentación de los jueces de instancia debe ser advertido pues no sólo implica un desconocimiento de las normas internacionales del bloque de constitucionalidad, sino de la jurisprudencia de la Corte en materia de consulta previa.

II. Parámetros constitucionales para la garantía del derecho fundamental a la consulta previa

El derecho a la consulta previa ha sido entendido por la Corte Constitucional como un derecho fundamental⁵. De la realización adecuada y oportuna de la consulta previa frente a medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas depende el reconocimiento de otros derechos constitucionales como lo son los derechos al territorio, a la participación, a la identidad cultural y la diversidad étnica y cultural; y la supervivencia misma de los pueblos indígenas⁶.

La normatividad internacional y la Corte Constitucional han trazado reglas básicas y obligatorias de la consulta previa que de no cumplirse constituyen una violación a este derecho. Tales reglas son las siguientes:

- Realizar la consulta de buena fe⁷.

⁵ Corte Constitucional, sentencias SU-510 de 1998, MP. Eduardo Cifuentes y SU-383 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁶ Corte Constitucional, sentencias C-461 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda; C-620 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; y T-382 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas.

⁷ Convenio 169 de la OIT artículo 6. Declaración de las Naciones sobre los Derechos de los Pueblos

- Consultar y dialogar con las autoridades delegadas expresamente por los pueblos⁸.
- Concertar con los pueblos indígenas el procedimiento de la consulta previa⁹
- Garantizar participación efectiva de los pueblos indígenas: aportar información clara suficiente y oportuna, y permitir su expresión libre¹⁰.
- En los proyectos de menor impacto dentro del territorio, procurar el consentimiento libre, previo e informado sobre el proyecto o por lo menos sobre la identificación de los impactos, su forma de prevenirlos y mitigarlos¹¹.
- En casos de planes de desarrollo y proyectos de mayor impacto es deber del Estado obtener el consentimiento libre, previo e informado¹².
- Respetar los usos y costumbres de los pueblos indígenas en el proceso de consulta, en particular sus tiempos, sus procesos internos, su idioma y sus instituciones¹³.
- Realizar oportunamente la consulta, es decir, con anterioridad a la adopción de medidas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas¹⁴.

El Convenio 169 de la OIT aporta la regla más importante y protectora sobre las circunstancias en las cuales debe realizarse la consulta previa al establecer en su artículo 6° que esta debe realizarse con los pueblos indígenas y tribales *“cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”*.

De conformidad con las anteriores reglas es claro que la consulta debe realizarse antes de que se adopten medidas legislativas o administrativas y de que éstas comiencen a generar impactos o a afectar directamente a los pueblos indígenas. Por lo tanto, una consulta que se realice después de adoptadas las medidas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas, o luego de que ya haya comenzado a generar impactos sobre los mismos, no es una consulta válida.

Las medidas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas pueden ser legislativas o administrativas. Usualmente la afectación directa es más sencilla de determinar frente a las medidas administrativas porque estas tienen un menor nivel de generalidad que las legislativas y frecuentemente son medidas locales. Sin embargo, los impactos de cualquier medida varían en cada caso concreto y aparecen en momentos distintos, no solamente en plena ejecución del proyecto, sino a veces incluso antes. En efecto, la expectativa del proyecto puede provocar procesos de colonización acelerada hacia los territorios indígenas o llegada de personal de la empresa que de distintas formas abona el terreno para el proyecto y afecta a la comunidad con sus actividades y su presencia. Incluso, en algunos casos, puede agudizar actuaciones irregulares de grupos armados que pueden aumentar el nivel de vulnerabilidad de desplazamiento forzado de los

Indígenas artículo 19 y 32. Corte Constitucional, sentencia C-461 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda.

⁸ Convenio 169 de la OIT artículo 6. Corte Constitucional, sentencia T-737 de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-737 de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencias SU-039 de 1997 y SU-383 de 2003.

¹¹ Convenio 169 de la OIT artículo 6. Corte Constitucional, sentencia C-461 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda.

¹² Corte Constitucional, sentencia T-769 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla

¹³ Convenio 169 de la OIT, artículo 6. Corte Constitucional, sentencia T-737 de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-737 de 2005.

pueblos indígenas¹⁵. Por tal razón la Corte explícitamente ha dicho que la consulta previa es necesaria para prevenir el desplazamiento forzado¹⁶.

En resumen, la consulta previa es un derecho fundamental de los pueblos indígenas indispensable para salvaguardar los derechos fundamentales a la diversidad, la participación y al territorio colectivo o ancestral. El momento oportuno para realizar la consulta y proteger efectivamente dichos derechos es con anterioridad a los hechos que puedan afectar directamente a los pueblos y cuando se prevé una medida administrativa o legislativa susceptible de causar esta afectación.

En el siguiente aparte evaluaremos en el caso concreto la violación al derecho a la consulta previa por cada uno de los proyectos previstos en los resguardos Chidima y Pescadito y analizaremos la argumentación de los fallos de instancia para finalmente hacer respetuosamente algunas recomendaciones a la Corte Constitucional.

III. El caso concreto

Tres son los proyectos que en la actualidad amenazan los derechos fundamentales a la diversidad, la participación y al territorio colectivo de las comunidades asentadas en los resguardos Chidima Tolo y Pescadito. El primero es la construcción de la vía Acandí – Unguía que atravesaría el territorio de dichos resguardos. El segundo es el proyecto de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá que se encuentra en la etapa de factibilidad. Y el tercero es la concesión de títulos mineros para actividades de prospección y explotación de minerales en el municipio de Acandí, que incluye los resguardos en cuestión. Adicionalmente, los resguardos enfrentan problemas de invasión de colonos, los cuales han sido propiciados no sólo por la expectativa de los anteriores proyectos, sino porque los territorios no fueron titulados en un solo globo.

A continuación demostraremos que, contrario a lo sostenido por los jueces de instancia, con cada uno de los proyectos enunciados se ha vulnerado el derecho a la consulta previa de las comunidades de los resguardos Chidima Tolo y Pescadito. Igualmente haremos referencia a la necesidad de unificar el resguardo Chidima, que actualmente se encuentra constituido por tres predios separados.

1. La construcción de la vía Acandí – Unguía

Los argumentos de las diferentes entidades demandadas e instancias judiciales en contra de la obligación de la realización de la consulta previa en relación con la construcción de esta vía son tres:

- a. El Ministerio de Transporte y las entidades territoriales afirman que la consulta previa sólo debe realizarse en caso de apertura de la carretera y no en caso de mejoramiento.
- b. El Tribunal de Quibdó afirma que existe un conflicto entre dos principios constitucionales: integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas y principio de prevalencia del interés general (necesidad de progreso y mejoramiento de condiciones de bienestar) que debe resolverse a favor de este

¹⁵ Corte Constitucional. Auto 004 de 2009. M.P.: Manuel José Cepeda.

¹⁶ Corte Constitucional. C-461 de 2008. M.P.: Manuel José Cepeda.

último.

- c. La Corte Suprema de Justicia sostiene que no se aportaron elementos de juicio suficientes para demostrar que efectivamente se está violando el derecho a la consulta.

El primer argumento carece de sustento en las fuentes nacionales e internacionales sobre consulta previa. Según lo indicado en el anterior apartado, la consulta debe realizarse antes de que se adopten medidas susceptibles de afectar a las comunidades sin importar las denominaciones formales como “apertura” o “mejoramiento”, sino la posibilidad real de afectación a las comunidades por estas medidas. Pero además en este caso, tal como lo prueba la Resolución 051 de 2007 de la Defensoría del Pueblo, en *“los resguardos de las comunidades indígenas de Pescadito y Chidima no existe una vía transitable por vehículos, lo que requerirá la apertura de la misma y no un simple mantenimiento como el que se estableció en los contratos interadministrativos suscritos entre las alcaldías municipales y el Invias”*. En este sentido, los alegatos de las entidades demandadas carecen no sólo de fundamento jurídico, sino de sustento fáctico.

En el caso concreto, contrario a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, sí existían elementos de juicio para advertir la existencia de la vulneración del derecho a la consulta. En efecto, además de la referida resolución defensorial que demuestra que la obra implicaría la apertura de una vía inexistente que atravesaría los resguardos, de los hechos afirmados en la tutela –que no fueron objeto de controversia por parte de las entidades accionadas– se deducen por lo menos tres elementos de juicio que ponen en evidencia la afectación de las comunidades. En primer lugar, para la construcción de la carretera se tendrán que realizar todo tipo de obras (cunetas, drenes) que afectarían la estabilidad de las viviendas y las actividades de caza y pesca. En segundo lugar, la expectativa de la vía está atrayendo aceleradamente a colonos que están ocupando los terrenos entre los lotes del resguardo, y se están generando conflictos de los colonos con los indígenas por oponerse al proyecto. Y en tercer lugar, el Acuerdo del Consejo de Regalías que aprobó la financiación de este proyecto designó como ejecutor a la Agencia Logística de las Fuerzas Militares que ya ha hecho presencia en los territorios de los resguardos y ha marcado árboles.

Estos tres impactos muestran claramente que la medida de construcción de la vía no sólo es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas Embera Katío del resguardo Chidima y al pueblo Dobida del resguardo Pescadito, sino que de hecho ya los está afectando, lo cual hace obligatoria y necesaria la consulta previa y la suspensión del proyecto hasta que se realice la consulta de manera adecuada.

Finalmente, es importante referirse al argumento del Tribunal de Quibdó, según el cual en este caso debe prevalecer el interés general sobre el interés de 150 indígenas. Esta consideración es completamente inaceptable bajo los parámetros mínimos nacionales e internacionales de la consulta previa.

El mínimo efecto que debe surtir la consulta es la búsqueda de un acuerdo entre las partes para identificar conjuntamente los impactos y las medidas para prevenirlos y mitigarlos, que es lo consagrado por el Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional va más allá y aclara que *“cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo*

consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones”¹⁷ (resaltado nuestro).

En esta misma vía ha avanzado el derecho internacional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Saramaka vs. Surinam ordena obtener el consentimiento libre, previo e informado¹⁸ de los pueblos indígenas para proyectos que los afecten y aplica la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas. El Relator el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas recomienda constantemente obtener el consentimiento libre, previo e informado en este tipo de medidas¹⁹.

De acuerdo con lo anterior, tanto la más reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional, como el derecho internacional emergente en materia de derechos de los pueblos indígenas, sin embargo, va más allá y buscan que la consulta previa tenga como objetivo lograr el consentimiento libre, previo e informado del pueblo indígena. Por lo tanto, lo mínimo a lo que debe llegar la consulta es a un acuerdo sobre los impactos ambientales, sociales, económicos y culturales en el caso concreto, de forma tal que sean estudiados y evaluados por las mismas comunidades, y que además se llegue a un acuerdo sobre la forma de prevenirlos y mitigarlos, de manera respetuosa con sus usos y costumbres.

De acuerdo con este mínimo estándar de la consulta, sólo en caso de que no sea posible llegar a un acuerdo podría eventualmente la autoridad competente tomar una decisión desprovista de autoritarismo y arbitrariedad²⁰. Esta decisión sólo podría en caso de no requerirse el consentimiento libre, previo e informado, llegar a tomarse después de haber realizado la consulta y si se dan dos condiciones: que se haya realizado con todas las garantías constitucionales y que no se haya llegado a un acuerdo. Es por lo tanto inaceptable hacer un juicio *a priori* sobre los derechos e intereses que estarían en juego frente a un proyecto susceptible de afectar a los pueblos indígenas para descartar la consulta previa, como lo hizo el Tribunal de Quibdó.

Adicionalmente, la ponderación realizada entre el interés general y “*la conveniencia de las luces del progreso*” frente al interés del “*escaso número de alrededor de 150 integrante de los resguardos*” carece en sí misma de un sustento jurídico fuerte. Principalmente desconoce que la diversidad étnica y cultural también hace parte del interés general de la nación y que, con respecto al desarrollo, la Constitución no defiende una sola forma de entenderlo y alcanzarlo.

La Corte Constitucional ha reiterado en varias ocasiones que la prevalencia del interés general no puede menoscabar derechos fundamentales. Bajo esta premisa, en un caso muy similar al que se debate en esta ocasión, mediante sentencia T-428 de 1992 la Corte amparó el resguardo indígena de la localidad de Cristianía que demandó la suspensión de

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-769 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁸ Corte Interamericana. Caso Saramaka vs. Surinam, 2007.

¹⁹ Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, Informe temático *El impacto de los grandes proyectos de desarrollo en los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas y comunidades*, 2003, párrs. 66, 73. Informe temático *Mejores prácticas en la implementación del enfoque de derechos humanos al desarrollo de los pueblos indígenas: Los pueblos indígenas como sujetos de derechos*, 2007, párr. 18(b), 23 y 69.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia SU-039/1997 y T-652 de 1998. Guía de Aplicación del Convenio.

las obras que se adelantaban en su territorio con el objeto de ampliar una carretera de interés nacional. En este fallo la Corte advirtió que ninguna disposición de la Constitución puede interpretarse de modo que justifique “*la violación de los derechos fundamentales de unos pocos en beneficio del interés de todos*”, por cuanto “*el progreso social no puede construirse sobre la base del perjuicio individual así se trate de una minoría o incluso de una persona*”. Una sentencia muy reciente de la Corte Constitucional reitera que la prevalencia del interés general nunca puede menoscabar derechos fundamentales: En efecto, en la sentencia 381 de 2009 dijo la Corte:

“si bien es cierto que conforme lo enuncia el artículo 58 de la Constitución, 'el interés privado deberá ceder al interés público o social', éste último no puede lograrse a costa del desconocimiento de derechos fundamentales. Ciertamente, en el modelo que propone la Constitución que nos rige, el Estado sólo puede buscar el bien común dentro de la garantía de los derechos fundamentales. No existe pues una prevalencia absoluta del interés general sobre el particular, pues tal prevalencia no puede obtenerse a costa del sacrificio de tales derechos”²¹.

La Corte ha indicado además que cuando exista una tensión entre el interés general y los derechos fundamentales, a estos últimos se les debe otorgar una prevalencia *prima facie* sobre el primero. Así, en la sentencia C-309 de 1997 indicó “*en caso de conflicto irresoluble entre derechos constitucionales fundamentales, como la libertad y la autonomía personales, y la persecución de objetivos estatales de interés general, como el aumento de la producción nacional o la protección de la financiación de la seguridad social, debe el juez constitucional dar una prevalencia prima facie a los derechos de la persona, pues es la única forma de conferir un efecto interpretativo real a la Carta de derechos*”. Igualmente, en la sentencia C-251 de 2002, la Corte resaltó que un elemento básico de la eficacia jurídica de los derechos constitucionales fundamentales es precisamente la capacidad de ser oponibles frente a los intereses de la mayoría o frente a los objetivos de interés general perseguidos por el Estado.

En el caso de los pueblos Chidima Tolo y Pescadito el Tribunal de Quibdó desconoció los anteriores criterios constitucionales al considerar predominante el interés social en la construcción de la carretera como medida de modernización sobre los derechos fundamentales de los pueblos indígenas afectados, indicando incluso que se trataba de un proyecto que los beneficiaría. No obstante, el Convenio 169 explícitamente sostiene que tales proyectos que obedecen a una específica concepción del desarrollo no pueden ser impuestos a los pueblos indígenas, sino que por el contrario “*los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el 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*” (Artículo 7. 1). Así se trate entonces de una medida para el desarrollo social y se presuma un interés general, cuando se afectan pueblos indígenas debe realizarse la consulta previa.

Por las razones anteriores, la Corte Constitucional debe apartarse de la argumentación y decisión del Tribunal de Quibdó y de la Corte Suprema de Justicia y conceder la tutela ordenando la realización de la consulta previa sobre el proyecto de la vía Acandí –

²¹ Corte Constitucional, sentencia T-381 de 2009. M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

Unguía y la suspensión de toda actividad hasta tanto aquella no se realice.

2. Proyecto de interconexión eléctrica

En relación con la obligación de realizar la consulta previa para el proyecto de interconexión eléctrica, el Tribunal de Quibdó y la Corte Suprema de Justicia acogieron el planteamiento del Ministerio de Ambiente según el cual no ha llegado el momento de realización de la consulta previa, pues la misma sólo procede después de que se haya entregado el estudio de impacto ambiental y como requisito del otorgamiento de la licencia ambiental.

Al respecto cabe reiterar que la consulta debe realizarse antes de cualquier medida susceptible de afectar a los pueblos indígenas. Los impactos del proyecto de conexión eléctrica ya comenzaron a sentirse sin que el pueblo haya sido siquiera informado sobre el proyecto que se estaba estudiando. De acuerdo con el texto de la tutela, ingenieros hicieron mediciones y señalamientos de puntos en el resguardo y los indígenas sólo tuvieron noticia del proyecto por información publicada en la página web de la empresa Interconexión eléctrica S.A. (ESP-ISA).

La consulta previa no es un requisito meramente formal para otorgar una licencia ambiental en un momento específico de acuerdo con procedimientos institucionales. Por el contrario, se trata de la cristalización del derecho fundamental de participación de los pueblos indígenas para que las medidas que los afecten no vulneren su derecho a la integridad étnica y cultural, ni amenacen su subsistencia física y cultural. Además, para que la participación en la consulta previa no sea una simple concurrencia de las comunidades para la aprobación de un requisito, es necesario que se supere adecuadamente la brecha de información que existe entre las diferentes partes: empresa, Estado y pueblos indígenas. Normalmente estos últimos cuentan con menores fuentes de información, lo cual limita fuertemente su posibilidad real de participar activamente en la consulta.

Un presupuesto básico para que la participación de los pueblos indígenas sea efectiva es que los estudios previos que se realicen al proyecto contemplen no sólo sus efectos ambientales, sino también los sociales, económicos y culturales. Por esta razón, la realización de estos estudios no debe estar exclusivamente a cargo de la empresa, sino que deberán contar con la participación de las comunidades. El Convenio 169 de la OIT lo describe de la siguiente manera: *“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 pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”* (Artículo 7º, numeral 3º. Subrayas fuera de texto).

Incluso el Decreto 1320 de 1998 –cuya inaplicación ha ordenado la Corte Constitucional en varias ocasiones por no adecuarse a los estándares del Convenio 169²²– dispone que la elaboración de los estudios cuente con la participación de las

²² Así, en la sentencia T-652 de 1998 la Corte 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”. También

comunidades. De hecho, dicho decreto establece que dentro de los términos de referencia para los estudios ambientales se incluyan lineamientos que analicen elementos socioculturales. En este sentido, la participación de las comunidades en el proceso de elaboración de los estudios ambientales es un presupuesto mínimo que hace parte del derecho a la consulta previa y, por tal razón, restringir el ejercicio de este derecho al específico momento del trámite de la licencia ambiental constituye una violación del derecho a la participación de las comunidades, incluso si se mira únicamente a partir de la ya restrictiva noción de consulta previa que sustenta el Decreto 1320 de 1998.

En virtud de lo anterior, la Corte Constitucional debe ordenar que los estudios se realicen con la participación de los pueblos Embera Katío y Embera Dobida de los dos resguardos y que la consulta previa se efectúe antes de que se generen impactos.

3. Exploración y explotación minera

El Tribunal Superior de Quibdó y la Corte Suprema de Justicia coincidieron en afirmar que la ausencia de consulta previa frente a los proyectos de prospección y explotación minera no implicaba una vulneración o una amenaza a este derecho por cuanto hasta ahora sólo se han otorgado los títulos mineros.

Al respecto cabe destacar que la misma regla del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT aplica para proyectos de extracción de recursos naturales. Es decir, la consulta debe realizarse previamente a cualquier medida susceptible de afectar a los pueblos indígenas. Para el caso de exploración y explotación de recursos naturales, el Convenio contiene una disposición específica que indica:

En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades (Artículo 15, numeral 2°. Subrayas fuera de texto).

De la disposición citada se desprenden dos reglas importantes en materia de consulta previa que tienen que ver, por un lado, con los eventos en los cuales esta debe realizarse y, por el otro, con el momento en que debe hacerse cuando se trata de extracción de recursos minerales. La primera regla es que la consulta debe hacerse en caso de prospección o explotación de recursos. En este aspecto el Convenio 169, que como ya

en las sentencias T-737 de 2005 y T-880 de 2006 la Corte indicó que el referido Decreto resultaba contrario a la Constitución en la medida en que no era coherente con los estándares fijados en el Convenio 169 de la OIT y además se había omitido la consulta previa a las comunidades antes de su adopción. En estos fallos advirtió también la Corte que 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 [...]”.

advertimos fija la pauta de interpretación del derecho fundamental a la consulta previa, complementa el artículo 330 de la Constitución que únicamente se refiere a la consulta para los casos de explotación de recursos y no para exploración. La segunda regla, que se deriva de la anterior, es que la consulta se debe realizar antes de autorizar o emprender cualquier programa de exploración o explotación.

Es decir, la consulta debe realizarse antes de una decisión formal sobre la prospección o explotación, o antes de que empiecen a ejecutarse las obras materiales de tales actividades. De acuerdo con lo anterior, la consulta previa debe realizarse antes de cualquiera de las siguientes situaciones:

	Prospección	Explotación
Autorización (formal)	Concesión	Licencia ambiental
Emprendimiento (material)	Actividades de exploración	Actividades de explotación

Dado que el artículo 330 de la Constitución sólo se refiere a la explotación, tanto las entidades accionadas, como los jueces de instancia –con claro desconocimiento del carácter vinculante y complementario del Convenio 169– consideraron que la consulta previa únicamente era obligatoria como requisito para conceder la licencia ambiental, la cual se otorga para las actividades de explotación, no de exploración²³. Sin embargo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6° del Convenio 169, así como en las dos reglas incluidas en el artículo arriba citado, las cuales son imperativas constitucionalmente, por cuanto dicho Convenio hace parte del bloque de constitucionalidad y condiciona la interpretación de los derechos fundamentales, la consulta también debe realizarse antes de otorgar la autorización formal para realizar las actividades de prospección, es decir, antes de otorgar los respectivos títulos mineros o, en su defecto, antes de iniciar las actividades de exploración.

De conformidad con lo anterior, la sentencia de la Corte Constitucional más reciente sobre consulta previa frente a un proyecto minero en un territorio de indígenas y de comunidades afrocolombianas, ordena suspender todas las actividades de exploración y explotación del proyecto minero Mandé Norte hasta que se realice el proceso de consulta previa. Esta sentencia resalta la importancia de la realización de la consulta previa no sólo antes de las actividades de explotación, sino también de exploración. Al respecto señala que: *“La exploración y explotación de los recursos naturales en estos territorios protegidos, debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades nativas, integridad que como se ha visto antes configura un derecho fundamental para la comunidad, por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Y precisamente, para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación y exploración de recursos naturales en su hábitat, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha actividades”*²⁴ (resaltado nuestro).

Por tal razón, contrario a lo sostenido por los jueces de instancia, el hecho de que se hayan efectuado concesiones mineras para la realización de proyectos de prospección y explotación sin que se haya consultado previamente a los pueblos Embera Katío y Embera Dobida de los dos resguardos que se verían afectados con tales actividades, sí

²³ Al respecto ver el Decreto 1220 de 2005.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-769 de 2009. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla

implica una vulneración de su derecho fundamental a la consulta previa y una amenaza a sus derechos a la diversidad cultural y al territorio.

Por lo anterior, solicitamos respetuosamente a la Corte Constitucional que ordene la suspensión de todas las actividades que emanen de la concesión minera en tanto se realice la consulta previa con todas las garantías constitucionales.

4. Protección del territorio

Tanto el derecho internacional como la Constitución, según lo tiene bien establecido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, han comprendido que los pueblos indígenas tienen un vínculo especial y colectivo con sus territorios, del cual dependen sus tradiciones, expresiones orales, costumbres, artes y en general toda su vida cultural y colectiva²⁵. Esta interdependencia del territorio con la supervivencia física y cultural de los pueblos ha llevado a que las diferentes fuentes jurídicas sobre derechos de los pueblos indígenas otorguen una protección muy fuerte a los derechos territoriales.

Dicha protección no se limita a los aspectos formales y legales de los territorios titulados, sino que propende porque en la práctica se salvaguarde el vínculo entre el territorio y los pueblos indígenas. Así, no solamente está protegido el derecho a la propiedad del territorio, sino también el derecho de posesión sobre los territorios que tradicionalmente ocupan permanentemente o usan los pueblos indígenas para diferentes actividades.

Por otro lado, el Estado tiene diferentes obligaciones con respecto a los territorios de los pueblos indígenas. La primera de ellas consiste en adjudicar territorios a pueblos indígenas, es decir, en delimitar, demarcar y titular estos territorios de manera colectiva²⁶. Incluso la Corte Interamericana considera posible que el Estado subordine la propiedad privada al interés social del pueblo indígena si esta medida es legal, necesaria, proporcional y persigue el objetivo de salvaguardar la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas. Si decide no entregarles tierras privadas a los indígenas, deberá entregarles otras de por lo menos igual calidad y extensión²⁷.

Adicionalmente, el Estado tiene el deber de proteger el territorio de los pueblos indígenas contra acciones de terceros que buscan atribuirse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras de los indígenas²⁸. Para hacer efectivo este derecho, el Estado debe tomar por lo menos dos medidas: disuadir a terceros de infringir los derechos territoriales de los pueblos indígenas y sancionar en caso de que esto ocurra²⁹.

²⁵ Corte Interamericana, *Yakye Axa v. Paraguay*, 2004

²⁶ En el caso *Awas Tingni versus Nicaragua*, la Corte Interamericana afirmó que el Estado había violado el artículo 21 de la Convención por no delimitar, demarcar y titular la propiedad de las comunidades indígenas.

²⁷ Corte Interamericana, *Yakye Axa vs. Paraguay*.

²⁸ Convenio 169 de la OIT, artículo 17.3.: Artículo 17. 3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

²⁹ Guía de Aplicación del Convenio 169 de la OIT: “*Los artículos 17 y 18 revisten especial importancia por exigir a los gobiernos el establecimiento de medidas disuasivas dirigidas a evitar que ciudadanos no indígenas, aprovechando el desconocimiento de las leyes nacionales por parte de los pueblos indígenas y tribales, invadan sus tierras sin autorización previa. Se deben establecer por ley sanciones apropiadas en*

Finalmente, el Estado tiene el deber de contar con mecanismos efectivos para la reclamación de tierras³⁰. De acuerdo con lo anterior, los mecanismos no deben existir formalmente, sino que deben ser efectivos, ágiles, transparentes y sencillos. Deben proteger el vínculo especial y colectivo del pueblo indígena y su territorio, de manera que deben propender por el disfrute efectivo de su territorio.

El derecho a la propiedad colectiva es en Colombia un derecho fundamental³¹ por cuanto este es un modo de proteger la integridad de los pueblos indígenas. La Corte Constitucional ha señalado, de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT, que todos los derechos relacionados con los pueblos indígenas deben realizarse con miras a garantizar su integridad. De conformidad con esta idea, en el caso de los Embera Katío del Alto Sinú, la Corte Constitucional señaló que el Incora al titular dos resguardos para un mismo pueblo indígena sin solución de continuidad, había incurrido en una vía de hecho porque había atentando contra la integridad del pueblo indígena³². Por ello, en esa sentencia, la Corte ordenó constituir un solo resguardo en un solo globo de terreno.

En el caso del resguardo Chidima, tenemos los siguientes presupuestos fácticos:

1. El territorio del resguardo Chidima fue titulado en tres globos de terreno.
2. La titulación fragmentada del territorio ha permitido la invasión por parte de colonos, especialmente en el lote tres.
3. Ninguna de las sentencias de tutela se pronunció sobre este punto.
4. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT recomendó el 6 de marzo de 2009 al gobierno colombiano tomar medidas para unir los tres lotes y proteger efectivamente los derechos a la propiedad y a la posesión.

De estos hechos se puede inferir que el pueblo Embera Katío del resguardo Chidima no está disfrutando de sus derechos territoriales porque el Estado ha fallado en sus obligaciones de protegerlos. En primer lugar, no ha disuadido, ni sancionado a los colonos por invadir el territorio de los Embera Katío. Y, en segundo lugar, no sólo no ha cumplido con lo anterior, sino que con la titulación fragmentada está propiciando la vulneración de los derechos territoriales del pueblo Embera Katío y de su integridad.

Por lo anterior, solicitamos respetuosamente a la Corte Constitucional ordenar medidas para disuadir y sancionar a los colonos que atenten contra los derechos de propiedad y posesión del pueblo Embera Katío y ordenar, como en el caso de los Embera Katío del Alto Sinú, que se titule en un solo globo continuo el resguardo de este pueblo, adoptando la recomendación de la Comisión de Expertos y cumpliendo con el deber de propender por la protección de la integridad de los pueblos indígenas.

IV. Recomendaciones

Con base en todo lo anterior solicitamos respetuosamente a la Corte Constitucional tutelar los derechos fundamentales a la consulta previa, a la participación, al territorio y

caso de intrusiones no autorizadas?

³⁰ Convenio 169 de la OIT

³¹ Corte Constitucional T-188 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

³² Corte Constitucional. T-652 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

a la vida, así como proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación, para lo cual respetuosamente le sugerimos considerar las siguientes recomendaciones:

- Ordenar suspender todas las actividades relacionadas con la construcción de la vía Acandí – Unguía, con el proyecto hidroeléctrico de Interconexión Eléctrica S.A (E.S.P-ISA) y con la prospección minera en los territorios de los pueblos Embera Katio y Embera Dobida de los resguardos Chidima Tolo y Pescadito, hasta la realización de una consulta adecuada y orientada a obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos en cuestión, con todas las garantías constitucionales definidas de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y las normas del Convenio 169 de la OIT .
- Ordenar estudios serios y neutrales sobre los impactos ambientales, culturales y sociales de los tres proyectos con la participación de los pueblos afectados.
-
- Ordenar medidas de protección efectiva de los derechos territoriales de los pueblos indígenas para disuadir y sancionar a terceros que invadan sus territorios colectivos, así como los que ocupan tradicionalmente.
- Acoger la recomendación de la Comisión de Expertos de la OIT y ordenar la unificación en un solo globo de terreno del resguardo Chidima Tolo.

Del Honorable señor Magistrado Ponente y de los Honorables señores Magistrados,

Rodrigo Uprimny Yepes
C.C. No. 79.146.539 de Usaquén
Director
Centro de Estudios de Derecho,
Justicia y Sociedad DeJuSticia

Natalia Orduz Salinas
C.C. No. 53079886 de Bogotá
Investigadora
Centro de Estudios de Derecho,
Justicia y Sociedad DeJuSticia

Nelson Camilo Sánchez León
C.C. No. 11.203.155 de Chía
Investigador
Centro de Estudios de Derecho,
Justicia y Sociedad DeJuSticia

César Rodríguez Garavito
C.C. No 79.555.322 de Bogotá
Investigador
Centro de Estudios de Derecho,
Justicia y Sociedad DeJuSticia

Luz María Sánchez Duque
C.C. No. 30.233.501 de Manizales
Investigadora
Centro de Estudios de Derecho,
Justicia y Sociedad DeJuSticia