

Bogotá D. C., Noviembre 29 de 2010

Honorables Magistrados
Corte Constitucional
Sala Plena
E. S. D.

Ref: Intervención frente a las solicitudes de nulidad de la sentencia T-769 de 2009
Expediente: T-2315944
Actores: Álvaro Balarín y otros
Demandados: Ministerio del Interior, Muriel Mining Corporation y otros.

Honorables Señores Magistrados:

Nosotros, Rodrigo Uprimny Yepes, César Rodríguez Garavito, Natalia Orduz Salinas, Luz María Sánchez Duque, y Nelson Camilo Sánchez León, miembros del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –Dejusticia–, con el apoyo de Julián Martín Berrío Gómez y Sebastián Rubiano Galvis, obrando en calidad de ciudadanos colombianos, respetuosamente nos permitimos presentar ante ustedes este escrito con el propósito de aportar algunos argumentos frente a las solicitudes de nulidad de la sentencia T-769 de 2009 por parte del Ministerio del Interior y de Justicia y de la empresa Muriel Mining Corporation.

En la presente intervención explicaremos por qué la Corte no debería declarar la nulidad de dicha sentencia. Para ello presentamos tres argumentos. El primero es que la sentencia T-769 de 2009 no desconoció la cosa juzgada constitucional. Esto es así porque el fallo proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá el 28 de enero de 2009 (que no fue seleccionado para su revisión por parte de la Corte), si bien se refiere a los derechos de comunidades afectadas por el proyecto minero Mandé Norte, lo hace respecto a una acción de tutela en la que los demandantes son completamente distintos a los de la tutela que finalmente resolvió la Corte en la sentencia cuya nulidad se solicita. No se cumple, entonces, el requisito de identidad de partes, indispensable para que opere el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

El segundo argumento es que la sentencia T-769 de 2009, al exigir el consentimiento libre, previo e informado para proyectos de gran escala que tengan impactos graves y profundos sobre los pueblos indígenas, no constituye una variación de la jurisprudencia vigente de la Corte Constitucional en materia del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas. Al contrario, se trata de un desarrollo de la jurisprudencia existente y una especificación de ésta a la luz del derecho internacional sobre el alcance del derecho a la consulta previa, que permite garantizar materialmente la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas en casos en donde

proyectos de gran escala pueden generar cambios profundos en su vida social, cultural, económica y ambiental.

El tercer argumento es que la concreción de la línea jurisprudencial sobre consulta previa, no sólo no desconoció ningún precedente vigente, sino que además era necesaria y justificada por razones de proporcionalidad. En efecto, la exigencia del consentimiento en las circunstancias indicadas obedece al fin constitucional de garantizar la integridad y diversidad étnica y cultural, y constituye una medida adecuada para lograr tal fin. Se trata igualmente de una exigencia compatible con el convenio 169 de la OIT y que encuentra amplio sustento en los estándares recientes del derecho internacional. Es además una medida necesaria dado que, mejor que cualquier otra, evita que la decisión recaiga en autoridades que no puedan calcular y anticipar los daños que amenazan la supervivencia de las comunidades indígenas. Y es estrictamente proporcional, porque los potenciales daños que acarrearía la ausencia de la exigencia del consentimiento –que incluye el riesgo más extremo de la extinción de las comunidades–, son mayores que los posibles beneficios de la continuación de un proyecto sin el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas afectadas.

Finalmente, nos referiremos a algunas discusiones de fondo planteadas en las solicitudes de nulidad, que si bien no aluden a violaciones al debido proceso y no son por tanto tema de debate para declarar la nulidad de la sentencia, creemos importante rebatir. La primera de ellas es que, de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT y contrario a lo señalado por el Ministerio del Interior y de Justicia, la consulta previa debe hacerse antes de la autorización y emprendimiento de cualquier proyecto de prospección y explotación, lo cual significa que en proyectos mineros debe realizarse en la etapa de exploración, y no solamente de explotación. Adicionalmente, dado que la fase exploratoria genera impactos ambientales y socioculturales susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas, también argumentamos que debe mantenerse la orden que obliga al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial a realizar estudios de impacto ambiental del proyecto en esta fase del proyecto.

1. La sentencia T-769 de 2009 no desconoce la cosa juzgada constitucional

Según el apoderado de Muriel Mining Corporation, la sentencia T-769 de 2009 desconoció la cosa juzgada constitucional, por cuanto el fallo fue proferido a pesar de que la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá había dictado otra sentencia “*fundamentada en los mismos hechos e incoada por las mismas partes*”. Se trata de una sentencia dictada el 28 de enero de 2009, la cual no fue seleccionada para revisión por la Corte Constitucional.

De acuerdo con la Corte, para que se configure la cosa juzgada en materia de tutela “*es necesario que se presente respecto de los procesos de los que se predica coincidencia la triple identidad de las partes, las pretensiones y los hechos*”¹. En el presente caso, los dos procesos en cuestión fueron conocidos por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, y

¹ Corte Constitucional, sentencia T-382 de 1998, MP. José Gregorio Hernández Galindo.

ambos hacían referencia a la violación de derechos de comunidades afectadas por el proyecto Mandé Norte. El primero de ellos fue fallado en contra de los demandantes el 28 de enero de 2009. Dado que no fue impugnado ni seleccionado para su revisión, hizo tránsito a cosa juzgada precisamente en el momento en que la Corte decidió no seleccionarlo². El segundo proceso también fue fallado en contra de los demandantes el 23 de abril de 2009, decisión esta que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 27 de mayo de 2009. Este proceso sí fue seleccionado por la Corte para su revisión, dando así paso a la sentencia T-769 de 2009.

Dado que en ambas tutelas la fuente de la amenaza es la misma, a saber, el avance del proyecto Mandé Norte en la subregión de Urabá, buena parte de sus hechos y pretensiones coinciden. Así, en las dos tutelas se pide suspender los trabajos de exploración, el retiro de los miembros de las Fuerzas Armadas asentados en el municipio de Coredocito, la adopción de medidas de protección de la zona de reserva forestal en Jiguamiandó, y la revocación de permisos y concesiones otorgadas a empresas mineras en la zona. Igualmente, en la fundamentación fáctica se alude en ambas tutelas a la concesión de los títulos mineros a la empresa Muriel Mining Corporation, y al impacto del proyecto minero sobre el medioambiente y las comunidades.

Sin embargo, aunque los accionantes son completamente distintos. Así, la tutela fallada el 28 de enero fue presentada por Abilia Bailarín (miembro de la comunidad de Guagua del resguardo de Murindó-Antioquia); Remelina Sinigui (Coordinadora de mujeres del lote de Urada) y Efrén Romaña Cuesta (Representante legal del Consejo Comunitario del Río Jiguamiandó). Por su parte, la tutela que seleccionó la Corte fue presentada por Álvaro Bailarín, Benerito Domico, Hugo Rentería Durán, Germán Pernía, Argemiro Bailarín Bailarín, José Miguel Majore Bailarín, Zaginimbi Bailarín, Macario Cuñapa Bailarín, Andrés Domicó y Javier Bailarín Carupia (miembros de la Comunidad Bachidubi, Resguardo Río Murindó).

Aunque la misma empresa Muriel, en su respuesta a la tutela revisada por la Corte, reconoció que los accionantes de las dos tutelas eran personas distintas, en la solicitud de nulidad asegura que en ambos casos los demandantes actúan en calidad de representantes de las comunidades ubicadas en el área concesionada, de lo cual infiere la existencia de una identidad material entre aquellos. Sin embargo, la hipótesis de una identidad material entre las partes no resulta aceptable.

Para entender la inadmisibilidad de este planteamiento, es importante resaltar que el proyecto minero Mandé Norte operaría en una vasta zona que comprende los municipios de Carmen del Darién y Murindó, localizados en los departamentos de Chocó y Antioquia, respectivamente. Tal como lo advierte la Corte en la sentencia T-769 de 2009, en esta zona habitan varias comunidades indígenas y afrodescendientes que se verían afectadas directamente por el proyecto. Así, en la zona existen tres resguardos que congregan a las

² Al respecto ha dicho la Corte que *“la decisión de la Corte Constitucional consistente en no seleccionar para revisión una sentencia de tutela tiene como efecto principal la ejecutoria formal y material de esta sentencia, con lo que opera el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. Salvo la eventualidad de la anulación de dicha sentencia por parte de la misma Corte Constitucional de conformidad con la ley, la decisión de excluir la sentencia de tutela de la revisión se traduce en el establecimiento de una cosa juzgada inmutable y definitiva”*. Corte Constitucional, sentencia SU-1219 de 2001, MP. Manuel José Cepeda.

distintas comunidades indígenas: el Resguardo del Río Murindó, al cual pertenecen las comunidades Guagua, Isla, Bachidubi, Rancho Quemado y Coredó. El Resguardo de Uradá Jiguamiandó, constituido por las comunidades Coredocito-Alto Guayabal, Nueva Cañaveral y Uradá. Y el Resguardo de Río Chageradó-Turriquitadó al que pertenecen las comunidades Chageradó, Chibugadó, Turriquitadó Llano, Turriquitadó Alto y Ñaragué. Por su parte, los afrodescendientes de la zona están organizados en los Consejos Comunitarios de Curvaradó y Jiguamiandó.

No puede hablarse de la existencia de una identidad material entre las partes, porque si bien los demandantes de las dos tutelas pertenecen a comunidades ubicadas en el área del proyecto minero, en cada tutela están involucradas las reivindicaciones de comunidades distintas. Así, en la tutela que fue revisada por la Corte, todos los accionantes son indígenas que pertenecen a la comunidad Bachidubi del Resguardo del Río Murindó. Por su parte, en la tutela que no fue seleccionada, no sólo está representada otra comunidad del Resguardo del Río Murindó —a saber, la comunidad de Guagua—, sino que está representada una comunidad que hace parte de otro Resguardo —la comunidad de Uradá del Resguardo Uradá Jiguamiandó— y un Consejo Comunitario que congrega a los afrodescendientes —el Consejo Comunitario del Río Jiguamiandó—.

Esta falta de identidad entre las partes tiene una importancia capital para determinar la inexistencia de la cosa juzgada, en la medida en que usualmente los efectos de tutela son efectos *inter partes* y, por ello, los demandantes delimitan el alcance del fallo. Así, si se revisa el fallo proferido por el Tribunal el 28 de enero de 2009, se advertirá que sus consideraciones acerca del proceso de consulta previa se ciñen estrictamente al análisis de la participación de las comunidades representadas por los accionantes. Es decir, el fallo de se refirió únicamente a las vicisitudes del proceso de consulta previa en relación con las comunidades de Uradá, Guagua y del Consejo Comunitario de Jiguamiandó. No puede decirse, en conclusión, que se configuró la cosa juzgada constitucional en un fallo que únicamente se refirió a la situación de tan sólo unas cuantas de las comunidades afectadas directamente por el proyecto minero.

2. La sentencia T-769 de 2009 no cambia la jurisprudencia de la Corte sobre consulta previa

Según las solicitudes de nulidad, la sentencia T-769 de 2009 cambió la jurisprudencia de la Corte sobre consulta previa, al exigir el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas y afrodescendientes cuando se trate de proyectos a gran escala que tengan un alto impacto en su territorio y en su vida social, cultural y económica. De acuerdo con estas solicitudes, la jurisprudencia de la Corte indica que es obligatorio consultar a las comunidades, pero si no es posible llegar a un acuerdo, las autoridades pueden concluir la consulta y adoptar una decisión razonada, desprovista de arbitrariedad.

Considerando que únicamente las violaciones protuberantes al debido proceso pueden justificar la anulación de un fallo de la Corte, ésta ha dispuesto estrictos requisitos para determinar si una sentencia cambia efectivamente la jurisprudencia. Tales requisitos son:

*(i) que la sentencia objeto de la solicitud de nulidad en forma expresa acoja una interpretación normativa contraria a una línea jurisprudencial establecida por la Corte Constitucional, (ii) que los supuestos fácticos motivantes de la sentencia que constituye el precedente sean los mismos de la sentencia cuya nulidad se pide declarar, y (iii) que la diferencia en la aplicación del ordenamiento jurídico conlleve que la resolución adoptada en la sentencia atacada sea diferente a la que se venía adoptando, es decir que se desconozca el principio de igualdad.*³

En la sentencia T-769 de 2009, la Corte especifica y desarrolla su línea jurisprudencial sobre la consulta previa, a la luz de cuatro elementos fácticos, a saber: (i) la existencia de proyectos de gran escala, que causan (ii) un impacto profundo en la vida social, económica, cultural y ambiental de (iii) pueblos indígenas comunidades afrocolombianas en (iv) situaciones que los ponen en riesgo de exterminio físico o cultural o en altísimo grado de vulnerabilidad por presiones territoriales en el marco del conflicto armado, relacionadas con proyectos de extracción de recursos.

Si bien este último punto no fue mencionado explícitamente en la Sentencia T-769 de 2009, en los Autos 004 y 005 de 2009 la Corte declaró que los cuatro pueblos embera en Colombia -uno de los cuales habita en la zona del Proyecto Mandé Norte- hacen parte de los 34 pueblos que se encuentran en riesgo de exterminio físico y cultural, y que las comunidades pertenecientes a los Consejos Comunitarios de Jiguamiandó y Curvaradó han sufrido un impacto desproporcionado del desplazamiento forzado –razón por la cual, además, son beneficiarias de medidas provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Constitucional, en la sentencia T-769 de 2009, especificó la regla general de consulta previa para casos en donde se presenten los elementos descritos, de manera que, sin contrariar su jurisprudencia anterior, ciñó su decisión al artículo 7 de la Constitución, los Autos 004 y 005 de 2009 y el Convenio 169 de la OIT, adelantándose así a daños potenciales que no sólo amenazan la integridad de pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas, sino su existencia misma como pueblos y comunidades.

En lo que sigue, presentaremos los argumentos por los que consideramos que la sentencia T-769 de 2009 no cambia la jurisprudencia vigente. Para ello, haremos referencia, en primer lugar, a los Autos 004 y 005 de 2009, en los cuales la Corte constató y resaltó la grave situación de riesgo que afrontan las comunidades indígenas y afrodescendientes del país en virtud del conflicto armado, particularmente aquellas asentadas en territorios de interés para el desarrollo de grandes proyectos, en los cuales el conflicto tiende a agudizarse. Aludimos a estos autos porque lo constatado en ellos por la Corte, marca una variación en el contexto fáctico relativo al ejercicio de la consulta previa por parte de estas comunidades en alto riesgo, variación esta que resulta determinante para distinguir el caso decidido en la sentencia T-769 de 2009, de los casos anteriores relativos a la consulta previa. En segundo lugar, precisaremos las diferencias entre los supuestos fácticos que

³ Corte Constitucional, Auto 291 de 2006, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

motivaron la sentencia T-769 de 2009, y aquellos presentados y considerados en los fallos de casos similares señaladas por los solicitantes de la nulidad.

a. La situación de alto riesgo de las comunidades indígenas y afrodescendientes resaltada en los Autos 004 y 005 de 2009: un nuevo contexto fáctico para la decisión de asuntos sobre consulta previa

Con la expedición de los Autos 004 y 005 de 2009, la Corte puso de presente la situación de riesgo en la que se encuentran los pueblos indígenas y las comunidades afrocolombianas, muchos de los cuales ven incluso amenazada su supervivencia física y cultural. Así, la Corte declaró en el Auto 004 que los cuatro pueblos embera de Colombia se encuentran en riesgo de “exterminio físico y cultural”, de manera que su situación comporta “una emergencia tan grave como invisible” que “no ha sido reconocido aún en sus reales dimensiones por las autoridades encargadas de preservar y proteger a los pueblos indígenas del país”⁴. La constatación de esta realidad insoslayable fija un nuevo contexto fáctico para el análisis de los asuntos que comprometen los derechos de estas comunidades amenazadas. En este sentido, a partir de dichos autos, todas las decisiones constitucionales relacionadas con presiones territoriales sobre pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas, deben tener en cuenta el riesgo que ello implica para la integridad y supervivencia física y cultural de estos.

Estas amenazas sobre los pueblos indígenas se ven acentuadas por presiones sobre sus territorios que se dan alrededor de o con motivo de proyectos extractivos. Así, la Corte precisa que *“el interés de los actores no indígenas sobre la tierra se deriva de varios factores: por recursos naturales, por su valor militarmente estratégico, por su valor económico, y por la distancia de centros urbanos. Las partes interesadas pueden ser actores armados o no armados, legales e ilegales, y a menudo se entrelazan. Los conflictos territoriales se resuelven violentamente, en detrimento de los indígenas, con graves violaciones de derechos humanos y del DIH, por su incorporación a un conflicto que no les pertenece”*⁵.

Lo descrito por el Auto 004 de 2009 sobre la situación de los pueblos indígenas en Colombia es de tal gravedad, que el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas recientemente recomendó al gobierno colombiano *“invitar al Asesor Especial para la Prevención del Genocidio de las Naciones Unidas para monitorear la situación de las comunidades indígenas que se encuentran amenazadas por el exterminio cultural o físico, según la Corte Constitucional en su Auto 004. Asimismo, insta al Estado a continuar su cooperación con el Fiscal de la Corte Penal Internacional”*⁶.

⁴ Corte Constitucional, Auto 004 de 2009, M: Manuel José Cepeda.

⁵ *Ibíd.*

⁶ Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, “La situación de los pueblos indígenas en Colombia: Seguimiento a las recomendaciones hechas por el relator especial anterior”, 8 de enero de 2010.

En el caso de las comunidades negras, la Corte describió en el Auto 005 cómo la población afrocolombiana es especialmente vulnerable al desplazamiento forzado y cómo los impactos del mismo la afectan de manera especial, entre otras dos razones, por “*la existencia de procesos mineros y agrícolas en ciertas regiones que impone fuertes tensiones sobre sus territorios ancestrales y que ha favorecido el despojo*”⁷. Esto no implica que las empresas sean responsables de las amenazas del conflicto que se ciernen sobre pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas, sino que la existencia de proyectos extractivos en sus territorios es susceptible de atraerlas.

Estas providencias de la Corte establecen un vínculo jurisprudencial que lleva a que, en adelante, las del Alto Tribunal tengan en cuenta los daños potenciales que puedan surgir de un proyecto de exploración o explotación económica, dada la extrema vulnerabilidad de pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas, frente a procesos que los afecten, en especial proyectos extractivos que generen tensiones en su territorio y que amenacen aún más –o terminen consumando– su exterminio físico y cultural.

En efecto, en dichos autos, la Corte constató dos factores fundamentales que resultan relevantes para comprender el contexto fáctico en el cual se inscribe la sentencia T-769 de 2009. En primer lugar, que los procesos extractivos, en particular los mineros, son factores que, en el marco del conflicto armado, pueden ser determinantes para el riesgo de exterminio físico y cultural de estos pueblos. En segundo lugar, que el pueblo embera y las comunidades afrodescendientes de los Consejos Comunitarios de Jiguamiandó y Curvaradó, todos actualmente afectados por el proyecto Mandé Norte, se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad.

De lo anterior se colige que en la sentencia T-769 de 2009, a diferencia de los casos mencionados en la línea jurisprudencial señalada por los solicitantes, la Corte contempló un caso en el cual se dan elementos contemplados explícitamente en los Autos 004 y 005 y que generan un riesgo extraordinariamente grave para pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas. Estas situaciones, en cumplimiento de dichos Autos, del artículo séptimo de la Constitución y del Convenio 169 de la OIT, obligan a todas las instituciones del Estado a precisar sus estándares de protección en proyectos de extracción de recursos de gran escala para garantizar la supervivencia física y cultural de estos pueblos y comunidades, como lo hizo la Corte en la mencionada sentencia T-769 de 2009.

b. Diferencias con respecto a casos anteriores

Los solicitantes señalan una serie de sentencias de la Corte Constitucional que ordenan que las decisiones finales sobre las medidas objeto de consulta previa sean tomadas por la autoridad competente cuando resulte imposible llegar a un acuerdo con los pueblos indígenas afectados. Sin embargo, entre el largo número de fallos señalados por los solicitantes, sólo dos deciden casos de consulta previa en materia de extracción de recursos naturales, de manera que sólo estos son comparables con el caso que nos ocupa. De un lado, está la sentencia T-652 de 1998, que decidió sobre la consulta previa en el caso del

⁷ Corte Constitucional, Auto 005 de 2009. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda.

pueblo Embera Katío del Alto Sinú en el marco del proyecto Urrá y, de otro lado, la sentencia SU-039 de 1997, sobre la consulta previa del caso del pueblo U'wa en contra de la explotación petrolera de la Occidental Petroleum.

Existen, sin embargo, dos diferencias importantes del caso que nos ocupa con respecto a los anteriores. Primero, en los casos de los embera katío y los u'wa, la situación de los pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas era de alta vulnerabilidad, pero no había acarreado, al momento de dichos fallos, el número, la frecuencia y la gravedad de violaciones de derechos que constituyen los patrones que señaló la Corte en los Autos 004 y 005 de 2009, especialmente la relación existente entre presiones territoriales asociadas a proyectos extractivos y el desplazamiento forzado, la pérdida de integridad cultural y social, y la amenaza a la supervivencia física y cultural colectiva. En consecuencia, en el caso que nos ocupa, a diferencia de los dos citados, la Corte no sólo pudo, sino que estaba en la obligación de prever los riesgos y adelantarse a los daños potenciales a los que están sometidos el pueblo embera y las comunidades negras frente a las presiones territoriales que los proyectos extractivos de gran escala implican.

Segundo, en el caso bajo examen, la Corte Constitucional suspendió el proyecto y ordenó la consulta previa en un momento en que ésta puede tener un efecto práctico y efectivo en la prevención de considerables daños. Dado que el proyecto aún no ha comenzado a ejecutarse, los directos afectados aún pueden evaluar y dar o negar su consentimiento al proyecto, así como la nación en su conjunto aún tiene la oportunidad de reflexionar sobre la viabilidad del mismo.

Esta oportunidad temporal para realizar dicha evaluación no se presentó de la misma manera en los casos anteriormente mencionados. En cuanto al proyecto Urrá que afectó al pueblo indígena embera katío del Alto Sinú, la Sentencia T-652 de 1998 se produjo después de construida la represa y desviado el río Sinú, cuando sólo faltaba su llenado y su entrada en operación. Los impactos de las obras civiles del proyecto ya habían generado o propiciado algunos de los daños más graves: pérdida de la pesca del bocachico, principal fuente de alimento de los embera katío, presiones de actores armados sobre los indígenas que se oponían al proyecto, y divisiones entre las comunidades, entre otros. La Corte Constitucional, por tanto, no pudo pronunciarse de manera preventiva sobre los daños potenciales del proyecto, que, de hecho, siguieron ocurriendo y han generado impactos tan profundos en el pueblo embera katío que hoy en día su situación constituye “un claro caso de etnocidio”, como lo señaló el Relator de Naciones Unidas sobre pueblos indígenas en un informe mundial sobre los proyectos de desarrollo de gran escala⁸. Dado que la consulta se realizó cuando la represa ya estaba construida, no hubo lugar para el consentimiento sobre el proyecto, sino tan solo para la discusión de medidas de corrección y mitigación de impactos, compensaciones e indemnizaciones.

⁸ Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. Misión a Colombia”, 10 de noviembre de 2004.

Una situación análoga se presentó en el caso del pueblo U'wa al momento de ser fallado por la Corte. También en ese proceso, la sentencia tuvo lugar cuando el proyecto económico (en este caso, de exploración petrolera) se encontraba en una fase más avanzada, pues ya se había otorgado la licencia ambiental para las actividades de prospección del proyecto. Este procedimiento no es exigible para actividades de prospección minera, como las realizadas en el proyecto Mandé Norte. Sin embargo, la expedición de una licencia ambiental en el proyecto petrolero mencionado, implicó la realización de estudios, toma de medidas e inicio de actividades de seguimiento por parte de la autoridad ambiental, lo cual no ocurrió en el proyecto Mandé Norte.

c. Constitucionalidad de la medida

De acuerdo con lo anterior, la sentencia T-769 de 2009 estaba precedida por los Autos 004 y 005 que relacionan estrechamente las presiones territoriales, causadas en ocasiones por proyectos mineros, con los factores que amenazan la supervivencia física y cultural de pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas. Y, a diferencia de casos anteriores, se expidió en un momento en donde la decisión podía efectivamente prever y pronunciarse sobre daños potenciales y cambios profundos de estos pueblos y comunidades. De esto se colige que los presupuestos fácticos y jurídicos de la decisión T-769 de 2009 son distintos a los casos anteriores y justifican claramente la especificación de la línea jurisprudencial acometida en este fallo.

De este modo se confirma la conclusión de que la Corte Constitucional no cambió su jurisprudencia, sino que la precisó con respecto a casos de proyectos de gran escala que puedan generar cambios profundos en pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas, todo ello el marco del Convenio 169 de la OIT, aplicando los estándares internacionales vigentes sobre consulta previa de una manera constitucional.

3. La necesidad y razonabilidad de concretar la línea jurisprudencial sobre consulta previa.

El examen anterior ha mostrado claramente que la sentencia impugnada no desconoció ningún precedente sino que se limitó a concretar la línea jurisprudencial sobre consulta previa a aquellos casos de exploraciones mineras que ponen en peligro grave la existencia de comunidades indígenas o afrodescendientes. Ahora bien, esa concreción era además necesaria y justificada, por razones de proporcionalidad.

La Corte Constitucional ha aplicado en toda la jurisprudencia sobre consulta previa los estándares del Convenio 169 de la OIT. En dicho Convenio se ordena realizar consultas con pueblos indígenas siempre que se prevean medidas administrativas o legislativas que los afecten directamente o antes de autorizar o emprender proyectos de prospección o explotación en sus territorios. La única calificación que el Convenio le da a la afectación es que la misma sea directa, pero no establece niveles de gravedad. De ahí se concluye que la afectación directa requiere siempre consulta, así sea leve, moderada o grave.

Al ser el objetivo de la consulta previa, según el Convenio 169 de la OIT, llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento libre, previo e informado sobre medidas que afecten a los pueblos indígenas, se sigue que la gran mayoría de las afectaciones derivadas de dichas medidas son susceptibles de que sobre ellas se explore una manera de mitigarlas, compensarlas o corregirlas de manera que el daño potencial sobre los pueblos indígenas se restrinja a tal grado que no se amenacen sus derechos fundamentales.

En este contexto, tiene sentido que las afectaciones sean objeto de negociación o ponderación. No obstante, en casos extremos en donde dichas medidas sean tan potentes y la capacidad de adaptación, deliberación o resistencia de los pueblos tan menguada, la negociación o ponderación de las medidas resulta una garantía insuficiente para la protección de la integridad y supervivencia física y cultural de estos pueblos. En este supuesto, resulta necesario aplicar los estándares más altos del Convenio 169 de la OIT, de la Constitución, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y demás fuentes normativas aplicables, pues de lo contrario, el Estado estaría incumpliendo con la obligación de proteger y respetar la diversidad étnica y cultural de la nación⁹ y de respetar el derecho de los pueblos indígenas vivir conforme a sus propias prioridades frente al desarrollo¹⁰.

En virtud de lo anterior, la sentencia T-769 de 2009 recoge diversos pronunciamientos y fuentes jurídicas internacionales de las que se deriva que el estándar más alto de consulta previa aplicable a casos de proyectos de inversión o desarrollo a gran escala es la exigencia del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas. De ahí se concluye que no se trata de una creación de una nueva regla, sino la aplicación y concreción de la regla general a casos de alta gravedad, lo cual es necesario por razones de proporcionalidad.

Corresponde ahora hacer un corto análisis sobre la proporcionalidad del consentimiento libre, previo e informado en los casos descritos por la Corte. Para ello revisaremos tres puntos. En primer lugar, si se trata de una medida idónea, es decir, si se enmarca dentro de la Constitución y es adecuada para alcanzar el fin deseado. En segundo lugar, si es una medida necesaria, o dicho de otro modo, si no hay otra medida menos costosa para el ordenamiento que proteja los mismos derechos en la misma medida. Y, finalmente, si es estrictamente proporcional, es decir, si el beneficio constitucional con la aplicación de la medida es mayor que los daños o perjuicios causados.

Con respecto al primer punto, el consentimiento libre, previo e informado cumple con los dos requisitos mencionados. De un lado, es acorde con el ordenamiento constitucional y del otro, es una medida adecuada para salvaguardar la integridad y diversidad étnica y cultural. Es constitucional, porque los estándares de consulta previa en el derecho internacional lo señalan como un fin deseable. El artículo 6.2. del Convenio 169 de la OIT dispone que “[l]as 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” (resaltado nuestro).

⁹ Constitución Política, artículo 7

¹⁰ Convenio 169 de la OIT artículo 7

De manera que el consentimiento libre, previo e informado está contemplado dentro del Convenio, y, como lo expresó James Anaya, antes de ser nombrado Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, del Convenio se deriva que cuando se afectan derechos de propiedad de los pueblos indígenas, debe lograrse el consentimiento libre, previo e informado de los mismos. Y, en caso de que los recursos del subsuelo pertenezcan al Estado, si no se obtiene el consentimiento libre, previo e informado, hay una “gran presunción de que el proyecto no debería desarrollarse”¹¹.

Al mismo tiempo, el Convenio aclara que traza solamente estándares o mínimos y que sus disposiciones no excluyen ni limitan otros estándares más exigentes de protección de los pueblos y comunidades titulares del derecho a la consulta. En este sentido, el Convenio anota en el artículo 35 que “[l]a aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales”. El Convenio, entonces, no se opone, sino que al contrario ve como un fin deseable que se exija el consentimiento libre, previo e informado a los pueblos indígenas en algunas situaciones si ello es importante para salvaguardar sus derechos fundamentales.

Los solicitantes de nulidad sugieren tomar como parámetro interpretativo la Guía de Aplicación del Convenio 169 elaborada por la OIT, como la misma Corte lo señaló entre otras, en la sentencia C-418 de 2002. Al respecto, hay que tener en cuenta que dicha Guía no tiene carácter vinculante y que no es un parámetro interpretativo de autoridad del Convenio. La Corte tiene total autonomía para acudir a los parámetros interpretativos que considere reflejen mejor el estado del derecho internacional y nacional sobre la materia, así como la finalidad de las normas que debe aplicar.

En aquella ocasión, la Corte acudió a la Guía pues era el único parámetro existente en ese entonces. Pero en el caso del proyecto Mandé Norte, la Corte legítimamente decidió acudir a otros parámetros interpretativos válidos, vinculantes y más recientes que la Guía de Aplicación, como la Sentencia Saramaka vs. Surinam de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las recomendaciones del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas. Estos pronunciamientos se basan en una interpretación garantista del Convenio 169 y en su armonización con la Declaración Universal de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Si bien dicha Declaración no es un instrumento vinculante para el Estado colombiano, sí tiene fuerza y valor jurídico justamente como parámetro de interpretación. Además, es más reciente y tiene más legitimidad y valor en el sentido de que fue un instrumento que en su proceso de elaboración contó durante más de veinte años con la participación de Estados y pueblos indígenas de todo el mundo. Y sobre

¹¹Anaya, James. 2005. “Indigenous peoples’ participatory rights in relation to decisions about natural resource extraction: the more fundamental issue of what rights indigenous peoples have in lands and resources”. *Arizona Journal of International & Comparative Law* Vol 22, No. 1.

todo, tiene un carácter y una vocación de universalidad, al haber sido votada a favor en la Asamblea General de la ONU por 143 países¹².

El consentimiento libre, previo e informado, como se muestra en la Sentencia T-769 de 2009 es una exigencia que encuentra un amplio sustento en los estándares recientes del derecho internacional¹³. Esta exigencia, en las situaciones descritas, tiene varias características. En primer lugar, no equivale a un poder incondicional y *a priori* de veto. El hecho de que sea libre, previo e informado, no implica una oposición *per se* al proyecto y, al contrario, exige la participación en un proceso de consulta que cumpla con todos los estándares del mismo, en donde pueblos y comunidades deben escuchar y valorar el proyecto.

En segundo lugar, el consentimiento libre, previo e informado es una medida necesaria, dado que mejor que cualquier otra, evita que la decisión recaiga en autoridades que no puedan calcular y anticipar los daños que amenazan la supervivencia de los pueblos indígenas y comunidades afrocolombianos. Al respecto, el Relator de Naciones Unidas anota que, “[s]iempre que se lleven a cabo proyectos a gran escala en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que **las autoridades competentes no son capaces de entender, mucho menos anticipar**”¹⁴. Adicionalmente, es una medida que respeta la autonomía de los pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas, reconocida y protegida en la Constitución.

Dadas las características anteriores, en situaciones de proyectos de gran escala que puedan generar cambios extremos en la vida de los pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas, el consentimiento libre previo e informado es una medida adecuada y necesaria, porque en la práctica no existe otra mejor que proteja su supervivencia sin

¹² Colombia se abstuvo en esta votación. No obstante, posteriormente decidió anunciar su respaldo unilateral a dicha Declaración. Ver <http://www.mij.gov.co/eContent/newsdetailmore.asp?id=3345&idcompany=2>

¹³ Según la Guía para la Aplicación del Convenio 169 de la OIT, instrumento de interpretación no vinculante, “ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecte a todo el país”. No obstante, este estándar ha cambiado recientemente. Varios organismos internacionales han apuntado al consentimiento, entre ellos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, (ver: CEDR, Recomendación General No. 23, 1997, art. 4(d) y CEDR, Observación Final a Ecuador, 2003, párr. 16.); el Foro Permanente para las cuestiones indígenas de la ONU (ver Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Informe del Taller sobre Metodología de Consentimiento Previo e Informado, 2005, párr. 15); y el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas (ver Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, Informe Temático, 2003, párr. 73). La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas establece en el artículo 19 que “[l]os Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.” Adicionalmente, dispone en el artículo 28 que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado”. Este estándar fue aplicado directamente por la Corte Interamericana, cuya jurisprudencia es vinculante, en el caso Saramaka vs. Surinam, según la cual “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones” (Corte IDH, Saramaka v. Surinam, párr. 134.)

¹⁴ Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Informe a la comisión de derechos humanos, sesión 59, 9 de abril de 2004.

afectar la autonomía de estos pueblos. Finalmente, la aplicación de la medida, a corto y a largo plazo, es estrictamente proporcional porque garantiza mayores beneficios constitucionales a la nación que perjuicios. Puestos sobre la balanza, los potenciales daños que el proyecto pueda acarrear sobre los pueblos indígenas y comunidades negras, que podrían desembocar en su extinción colectiva, son claramente más costosos para el ordenamiento constitucional que la eventual renuncia a dicho proyecto – en caso de que las comunidades no den su consentimiento-, del cual no dependen directamente derechos fundamentales de tan alto calado y urgencia. En cuanto a que un proyecto de este tipo podría ser considerado de interés general de la nación, vale recordar que la diversidad étnica y cultural también lo es, y, en el caso concreto, está aún más amenazada la segunda que el primero.

4. Discusiones de fondo propuestas en las solicitudes de nulidad

Aunque la revisión de una solicitud de nulidad no es el escenario para reabrir debates constitucionales abordados en la decisión cuya nulidad se pide, el Ministerio del Interior y de Justicia plantea dos discusiones en su solicitud que retoman cuestiones de fondo ya abordadas por la sentencia T-769 de 2009 –cuestiones que no tienen relación con las violaciones al debido proceso que pueden fundar la nulidad de un fallo. Se trata, por un lado, de la cuestión acerca de la realización de la consulta previa no sólo antes de la explotación de los recursos naturales, sino previamente a su exploración y, por otro lado, de la cuestión acerca de la obligación de realizar estudios ambientales integrales no sólo para la etapa de explotación, sino también para la de exploración.

Aunque conscientes de que tales asuntos no pueden ser retomados en el ámbito de la discusión sobre la nulidad del fallo, estimamos oportuno efectuar algunas consideraciones al respecto en aras de contribuir a la discusión sugerida por el Ministerio.

4.1. La consulta previa debe realizarse antes de la exploración

A manera de argumento subsidiario en la solicitud de nulidad de la Sentencia T-769 de 2009, el Ministerio de Interior y de Justicia afirma que de acuerdo con la legislación interna de Colombia, no es válido exigir la realización de consulta previa para la ejecución de la fase de “exploración minera”¹⁵. A su juicio, salvo en casos excepcionales para la “exploración de hidrocarburos”, la consulta previa es un procedimiento que se adelanta sólo en las fases de explotación.

En relación con este razonamiento jurídico vale la pena hacer unas aclaraciones sustanciales. Cabe destacar, por ejemplo, que el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT establece que la consulta debe realizarse previamente a cualquier medida susceptible de

¹⁵ Con el legislación interna, el Ministerio de Interior y de Justicia se refiere a el art. 8 del Decreto 1220 de 2010 y al art- 205 de la Ley 625 de 2001.

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 actividades¹⁶.

De la disposición citada se desprenden dos reglas importantes en materia de consulta previa. La primera regla es que la consulta debe hacerse tanto en caso de prospección como en caso de explotación de recursos. En este aspecto, el Convenio 169 -al integrar el bloque de constitucionalidad colombiano- fija la pauta de interpretación del derecho fundamental a la consulta previa y 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.

Para mayor claridad, es posible representar las categorías de estas dos reglas a la manera de ejes de un cuadro que recoja todas las situaciones en las que resulta obligatorio hacer una consulta previamente. El siguiente cuadro hace este ejercicio, ubicando como eje horizontal los momentos de los proyectos económicos (prospección vs. explotación) y, como eje vertical, los momentos del procedimiento administrativo que avale dichos proyectos (autorización inicial vs. autorización para el inicio de la actividad de prospección o explotación).

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

Dado que el artículo 330 de la Constitución sólo se refiere a la explotación, y dado que tanto el artículo 8 del Decreto 1220 de 2005 como el artículo 205 de la Ley 685 de 2001 sólo contemplan la exigencia de la licencia ambiental para la fase de explotación, el Ministerio del Interior –con claro desconocimiento del carácter vinculante y complementario del Convenio 169– considera que la consulta previa únicamente es

¹⁶ Convenio 169, artículo 15.2

obligatoria como requisito para conceder la licencia ambiental, la cual se otorga para las actividades de explotación, no de exploración.

Sin embargo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6° del Convenio 169, así como en las dos reglas incluidas en el artículo citado arriba, las cuales son imperativas constitucionalmente, 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 exploración¹⁷. El fundamento de ello, es que la exploración misma, es una actividad que trae efectos susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas, entre ellos, por ejemplo, la atracción de colonos a la zona y una mayor presencia militar en el territorio.

En este sentido, vale la pena destacar que 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 ésta debe realizarse con los pueblos indígenas y tribales “*cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente*”.

De conformidad con esta regla 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.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sentencia T-769 de 2009, es coherente con el derecho nacional e internacional en materia de consulta previa cuando 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*¹⁸.

4.2 Estudios de impacto ambiental

Otro punto importante de la solicitud de nulidad planteada por el Ministerio de Interior y de Justicia tiene que ver con la realización de los estudios de impacto ambiental de los

¹⁷ Ibíd.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-769 de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

proyectos de desarrollo. Para el Ministerio, los estudios de impacto ambiental sólo se pueden realizar una vez se tenga certeza sobre la existencia de recursos mineros en los territorios explorados, pues es sólo en ese momento cuando se puede determinar la cantidad de recursos mineros encontrados, su ubicación precisa y la tecnología que se debe usar para explotarlos y extraerlos.

En este sentido, el Ministerio de Interior advierte que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial sólo interviene en el proceso de adjudicación de una concesión de explotación minera cuando existe certeza sobre la existencia de recursos en un área determinada y, en consecuencia, decide si otorgar o denegar la licencia ambiental. Por esta razón, en la solicitud de nulidad, el Ministerio del Interior controvierte la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la Sentencia T-769 de 2009 y señala: “[...] *la afirmación que realiza nuestro juez constitucional en cuanto a que el proyecto Mandé Norte causará un impacto ambiental, y por ende un daño en el respectivo territorio sin contar con los estudios pertinentes para determinar eso, [hace que debemos recordar] que este proyecto está sólo en fase exploratoria, la cual, de acuerdo con nuestra normatividad, no exige licencia ambiental*”¹⁹.

En contravía de este argumento, en este punto resulta aplicable la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en lo que respecta a la realización de los estudios de impacto ambiental. De acuerdo con la Corte Interamericana, es coherente con el derecho internacional relativo a los pueblos indígenas, exigir la realización de estudios ambientales y sociales de forma previa al otorgamiento de las concesiones, realizados por personas independientes y técnicamente capaces. En el Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, la Corte estableció que para la preservación del derecho de los pueblos indígenas y tribales a los recursos naturales y en sus territorios garantizado por el artículo 21 de la Convención Americana en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro del territorio, el Estado en cuestión:

[...] de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los Saramakas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante “plan de desarrollo o inversión”) que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka

¹⁹ Ministerio de Interior y de Justicia. Solicitud de nulidad contra la Sentencia T-769 de 2009 M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá. 14 de Abril de 2010.

tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal.²⁰.(subrayas fuera de texto)

En el presente caso, como la misma solicitud de nulidad lo admite, no se ha realizado ningún estudio de impacto ambiental ni social hasta la fecha. De esta manera, como lo advirtiera la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA), en su intervención en este mismo proceso el 27 de Febrero de 2009, estamos en presencia de una abierta violación del artículo 1.1. de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

En esta misma vía, el incumplimiento de la obligación de realizar de manera previa los estudios de impacto ambiental, es violatorio del deber constitucional del Estado de buscar la protección ambiental del territorio (Art. 80 C.P.) y de los compromisos internacionales suscritos por Colombia en esta materia. No sobre mencionar, por un lado, el artículo 14 del Convenio sobre la Diversidad Biológica que obliga a los Estados partes a establecer “*procedimientos apropiados por los que se exija la evaluación del impacto ambiental de sus proyectos propuestos que puedan tener efectos adversos importantes para la diversidad biológica*”. Y, por el otro, el artículo 17 de la Declaración de Río que establece la idoneidad de estos estudios: “*Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente*”.

Adicionalmente, al no haberse realizado los estudios de manera previa — estudios que, de hecho, aún hoy no existen—, se produjo igualmente una violación al derecho fundamental de las comunidades a la información. Este derecho, además de estar consagrado en la Constitución Política²¹, se encuentra incluido en la Carta Democrática Interamericana y en la Convención Americana de Derechos Humanos²². Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resalta este derecho como un “componente fundamental” para el ejercicio de la democracia, vinculado además con el derecho y la libertad de buscar, recibir y brindar información²³.

Conclusión

De conformidad con lo anterior, estimamos que la sentencia T-769 de 2009 no incurre en ninguno de los vicios que justificarían su anulación, pues ella no varió —sino que simplemente precisó— la jurisprudencia existente sobre consulta previa, a la luz de un caso concreto y distinto de los resueltos anteriormente por la Corte. Tampoco hubo desconocimiento de la cosa juzgada constitucional, porque no existe identidad de partes en

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 129.

²¹ Constitución Política de Colombia, artículo 20.

²² Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 13 “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole...”

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, par. 76 y 79.

los dos procesos de tutela adelantados frente al proyecto Mandé Norte. Consideramos, por todo ello, que el fallo no debe ser anulado.

De los Honorables señores Magistrados,

Rodrigo Uprimny Yepes
C.C. No. 79.146.539 de Usaquén
Director
Centro de Estudios Dejusticia

César Rodríguez Garavito
C.C. No 79.555.322 de Bogotá
Socio Fundador
Centro de Estudios Dejusticia

Natalia Orduz Salinas
C.C. No. 53079886 de Bogotá
Investigadora
Centro de Estudios Dejusticia

Luz María Sánchez Duque
C.C. No. 30.233.501 de Manizales
Investigadora
Centro de Estudios Dejusticia

Nelson Camilo Sánchez León
C.C. No. 11.203.155 de Chía
Investigador
Centro de Estudios Dejusticia

Julián Martín Berrío Gómez
C.C. No. 1.032.401.238 de Bogotá

Sebastián Rubiano Gálvis
C.C. No 1.010.178.371 de Bogotá

