

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL

Magistrado Ponente:
William Namén Vargas

Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil nueve (2009).
Discutido y aprobado en Sala de dieciséis (16) de septiembre de dos mil nueve (2009)

Referencia: 27001-22-08-000-2009-00075-01

Decide la Corte la impugnación interpuesta por la apoderada de Oscar Carupia Domicó, Doralina Domicó y Rosa Domicó frente al fallo de 10 de julio de 2009, proferido por la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, dentro de la acción de tutela promovida por los impugnantes como mecanismo transitorio, contra los Ministerios de Transporte, Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Interior y de Justicia, Minas y Energía, Agricultura y Defensa, Consejo Asesor de Regalías, Alcaldías de Unguía y Acandí, Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó, Ejército Nacional, Brigada XVII y Agencia Logística de las Fuerzas Militares.

ANTECEDENTES

1. Invocando la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, a no ser desplazados, al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación, a la vida, y de los derechos a la consulta previa, a la participación y a la propiedad colectiva, los promotores del amparo a nombre de los



Resguardos de Pescadito y Chidima, pertenecientes a la asociación de cabildos Kunas, Emberas y Katios, solicitaron ordenar la realización del proceso de consulta previa, como lo establecen los tratados internacionales de protección de derechos humanos ratificados por Colombia, la Constitución y la Ley, relacionada con la construcción de la carretera denominada Unguía – Acandí o Titumate – Balboa – San Miguel – Acandí en el sector Km 26 -00 al Km 34 + 700 en el Municipio de Acandí, que afecta gravemente el territorio de los resguardos, en consecuencia, disponer la suspensión de las obras y de la actuación e intervención de la Agencia Logística de las Fuerzas Militares, dentro de la ejecución de las mismas; ordenar al Ministerio de Transporte y Obras Públicas informar sobre el estado actual de la construcción de la vía, al Departamento Nacional de Planeación para que explique el proceso de asignación de recursos a través del Consejo Asesor de Regalías para las entidades territoriales, así como los procesos de control para que con ellos no se afecte a las comunidades étnicas con presencia en las zonas; a las entidades territoriales el reconocimiento y respeto a las autoridades propias, la autonomía y la consulta propia.

Igualmente solicitaron, ordenar la suspensión de las obras de minería, interconexión eléctrica, hidroeléctricas y otras obras que se planean en el territorio del resguardo, respecto de las cuales no ha existido consulta previa, para evitar que siga siendo invadido por colonos, interesados en las obras de infraestructura, en la explotación maderera y minera, se les titule como un globo de terreno, de acuerdo a la observación de la comisión de expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT; ordenar a la Fuerza Pública respetar el derecho de los pueblos indígenas a permanecer en el territorio, las autoridades propias y a la autonomía, suspendiendo la marcación de árboles que están realizando para la construcción de la carretera en apoyo con la agencia logística de las Fuerzas Militares; e instar a las entidades involucradas en la protección de sus derechos dar cumplimiento a la observación individual proferida por la comisión de expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT en marzo de



2009 y suspender las obras mencionadas hasta que se realice la consulta previa y se les titule como un solo globo de terreno.

2. Sustentaron sus peticiones, en síntesis, así:

2.1 En varias oportunidades y con diferentes nombres se ha iniciado la construcción de la vía Acandí – Unguía que tiene como objetivo unir por vía terrestre estos dos municipios, atravesando los resguardos indígenas de Chidima y Pescadito del pueblo Embera Katío, para cuyo mantenimiento y mejoramiento, según información de la defensoría del pueblo se adjudicó por parte del Ministerio de Transporte, mediante proceso de audiencias públicas, coordinadas por Planeación Nacional la suma de \$1.420.000.000.00, recursos que se han venido ejecutando, según dicho Ministerio, a través de dos convenios independientes, uno en su fase de iniciación por el Municipio de Acandí y otro en su fase final por el municipio de Unguía, sin que la vía haya sido terminada por la oposición de la comunidad indígena, debido a que no se ha agotado el proceso de consulta previa, pese a que las obras iniciaron en el mes de enero.

2.2 El Ministerio ha respondido a la Defensoría que este eje vial es de carácter terciario y que se inició a través de caminos vecinales hace 24 años, cuando no existían las normas ambientales de hoy, motivo por el cual no se ha solicitado licencia ambiental y realizado la consulta previa, empero, contrario a ello en visita de campo efectuada por la Defensoría del Pueblo, se encontró, que en tales resguardos no existía una vía transitable por vehículos, lo que requerirá su apertura, no un simple mantenimiento como el que se estableció en los contratos interadministrativos suscritos entre las alcaldías municipales e INVIAS, en virtud de lo cual CODECHOCÓ comunicó a la Defensoría que todos los proyectos obras o actividades relacionadas con la iniciación de vías requieren de licencia ambiental, y por afectar comunidades étnicas, necesitan la realización de la respectiva consulta previa, no obstante lo anterior se firmaron los referidos contratos.



2.3 Como no existe vía en esos terrenos se tendrán que hacer excavaciones manuales y mecánicas, rellenos, obras geotécnicas y construcción de obras de arte, como filtros, cunetas y drenes, entre otros, que van a afectar no solo el derecho a la consulta previa sino también la estabilidad de sus viviendas, la caza y la pesca dentro del territorio, además de lesionar gravemente su cultura, por lo que al no estar conectada la carretera contratada por el Ministerio de Transporte con las Alcaldías de Unguía y Acandí, pues los 4 kilómetros que atraviesan los resguardos indígenas de las Comunidades Chidima y Pescadito están sin construir, se torna evidente la necesidad de agotar el proceso de consulta previa, debido a que afecta una comunidad étnica de especial protección constitucional.

2.4 Igualmente existe un proyecto de interconexión eléctrica binacional (entre Colombia y Panamá) que se encuentra en la etapa de factibilidad, cuya fecha de iniciación de la fase de construcción está condicionada al avance en la ejecución de los estudios técnicos y ambientales requeridos, no obstante la comunidad del resguardo de Chidima, ha sido informada desde septiembre del año 2007 que sin tener en cuenta el procedimiento de consulta previa, ingenieros de la empresa "Interconexión Eléctrica S.A." han realizado dentro del territorio, mediciones y ha señalado los puntos Geo-referenciados donde posiblemente se colocarían las torres para la electrificación, apoyados en fotografías satelitales, proyecto respecto del cual el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial informó que la licencia ambiental se encuentra en trámite y por ahora se está realizando el diagnóstico ambiental de alternativas en el que según el Ministerio no es exigible la consulta previa; la servidumbre de la línea afecta un área aproximada de 21,45 hectáreas y genera un grave riesgo para los derechos de la comunidad indígena a más de la ocupación del territorio y la destrucción de la biodiversidad.



2.5 De otra parte, el Ministerio de Minas y Energía otorgó una concesión minera en el Municipio de Acandí, comprendida entre los ríos Muerto y Toló, en un área de 40.000 hectáreas para actividades de prospección, exploración y explotación de minerales, cuyos trabajos los está realizando "Gold Plata Corporation", que como en los casos anteriores aún no se ha realizado consulta previa, a pesar de que la legislación nacional establece que la explotación de recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales, empero, para esos efectos se está aplicando el Decreto 1320 de 1998, que solo prevé la consulta previa para obras de explotación y prospección, etapa en la que se encuentra la mencionada empresa, en tanto según el citado Ministerio la actividad minera que se está efectuando no es de este tipo motivo por el que la nombrada empresa y las que han obtenido título minero registrado no estarían infringiendo la legislación con la ausencia de consulta previa a los pueblos indígenas y tribales en la zona, lo cual es contrario a la jurisprudencia constitucional.

2.6 Finalmente, destacan que se está frente a la producción cierta y evidente de un perjuicio irremediable sobre un derecho fundamental, porque se afectan los derechos a la participación, a la consulta previa y a la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación, que de no tutelarse no existiría forma de reparar el daño tutelado.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal denegó el amparo solicitado, porque consideró que en lo referente al mejoramiento y terminación de la vía carretable entre los Municipios de Unguía - Acandí, se presentaba un conflicto entre los principios de la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, como derecho fundamental y el de la



prevalencia del interés general, referido a la necesidad de progreso y mejoramiento de las condiciones de bienestar, debiendo predominar éste último, en razón a que la unión de ese corredor vial significa avance para el común de los habitantes de todo el recorrido vial y para los de las respectivas cabeceras municipales, mayor que al número de integrantes de los resguardos Chidima – Toló y Pescadito, más aún cuando la culminación de los escasos 4 kilómetros de la vía no implica realizar explotación de recursos naturales en territorios indígenas, que imponga necesariamente la obligación de la consulta previa dentro del trámite de una eventual licencia ambiental en los términos de la jurisprudencia constitucional y del Decreto 1320 de 1998.

Juzgó que el proyecto vial también beneficiaría a los miembros del resguardo indígena.

Respecto a los proyectos de interconexión eléctrica, exploración y explotación minera, el Tribunal *a quo* concluyó que consultada las respuestas a la acción de tutela del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y de Minas, no se vislumbraba la afectación del derecho fundamental a la consulta previa porque ésta hace parte del trámite de las licencias ambientales aún no iniciados.

LA IMPUGNACIÓN

Los accionantes impugnaron el fallo de primera grado, exponiendo como motivo de disenso, en suma, que el Tribunal hizo una interpretación errada del alcance del derecho a la consulta previa, en particular del Convenio 169 de la OIT, en tanto que las obras a las que se hace alusión en el libelo de tutela son producto de medidas administrativas que afectan sus derechos; más aún cuando la Constitución Política, establece que uno de los fines del Estado es la



participación de todos en las decisiones que los afecten en la vida económica, política y administrativa de la nación, reconoce y protege la diversidad étnica, todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación y control del poder político, por lo que con esa interpretación se está condenando a la desaparición del pueblo Embera que habita los Resguardos de Pescadito y Chidima, pérdida mayor para la Nación Colombiana, sentido en el que debe interpretarse el interés general.

Añaden que el juez constitucional *a quo* no se pronunció sobre todos los derechos vulnerados o amenazados y respecto de la responsabilidad de quienes los amenazan o vulneran, particularmente las acciones del ejército dentro de los resguardos, los sobrevuelos de helicópteros las entradas al territorio sin el respeto a las autoridades propias.

CONSIDERACIONES

1. La Constitución Política consagra especial protección al derecho de participación de las comunidades indígenas en la adopción de las decisiones que les conciernen y las puedan afectar, para cuyo propósito el ordenamiento reconoce el mecanismo de la consulta previa, elevado a derecho fundamental en pos de preservar la integridad étnica, social y cultural de los mencionados grupos étnicos y tribales, proceso de consulta que constituye una forma de expresión democrática previsto en el artículo 330 superior y con sustento adicional en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo OIT , aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991.

Sin embargo, cuando se trata de conjurar la amenaza o vulneración de un derecho fundamental, es requisito indispensable la demostración de los fundamentos fácticos en que se apoya el reclamo, de tal



suerte que permita al operador judicial hacer frente a la lesión o concluir de manera razonable que el daño o menoscabo material o moral se consumará de no adoptar las medidas inmediatas y urgentes que la verdadera situación reclama y de esa forma cumplir los mandatos que la Carta Política ha confiado al juez constitucional.

2. En el presente caso los accionantes acudieron a este mecanismo excepcional en procura de protección de los derechos fundamentales que estiman conculcados, cardinalmente por no haberse respetado el derecho a la consulta previa para la construcción de 4 kilómetros de la carretera Acandí – Unguía, que atraviesa los Resguardos Pescadito y Chidima del pueblo Embera – Katío, para cuya ejecución se celebraron contratos interadministrativos entre INVIAS y los respectivos municipios, que tienen por objeto el mejoramiento de dicha vía, sin que en el texto de los mismos se hubiera especificado las obras materia de ejecución. Así mismo, por no haberse respetado el aludido derecho en los proyectos de interconexión eléctrica binacional que se encuentra en etapa de factibilidad y la iniciación de la fase de construcción está condicionada al avance en la ejecución de los estudios técnicos y ambientales requeridos, con licencia ambiental en trámite, según información del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; y en el otorgamiento de una concesión minera en el Municipio de Acandí, comprendida entre los ríos Muerto y Toló, en un área de 40.000 hectáreas para actividades de prospección, exploración y explotación de minerales.

En lo concerniente al primero de los supuestos fácticos invocados por los accionantes como fundamento de la protesta constitucional, esto es, el atinente a la construcción de 4 kilómetros de vía entre los Municipios de Unguía - Acandí, precisa señalar que los elementos de juicio obrantes en la actuación no ofrecen certidumbre al respecto, puesto que el convenio interadministrativo acompañado con la demanda de tutela no permite concluir tal aseveración en la



medida que allí se alude particularmente al mejoramiento de la vía, situación distinta a la esbozada en el libelo genitor, más aún cuando el Acuerdo No.076 de 31 de diciembre de 2008 del Consejo Asesor de Regalías alude al mejoramiento del mismo tramo (fl.100).

A propósito de la demostración de los hechos invocados por el actor en tutela, memorase que “[q]uien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que se funda su pretensión, como quiera que es razonable sostener que quien conoce la manera exacta como se presentan los hechos y las consecuencias de los mismos, es quien padece el daño o la amenaza de la afectación” (sentencia T-835 de 2000), dado que el Juez Constitucional no puede adoptar sus determinaciones “(...) con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental (...)” (sentencia T-298 de 1993).

Ahora, frente al proyecto de interconexión eléctrica por la no realización de la consulta previa, informa el expediente de tutela que el trámite de la licencia ambiental, se halla suspendido porque la empresa de Interconexión Eléctrica S.A. ESP no ha presentado el estudio de impacto ambiental y en caso de serlo el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial no la otorgará “hasta tanto no cumpla con el proceso de consulta previa establecido en el Decreto 1320 de 1998” (fl.226), careciendo, por tanto, de sustento el reclamo de los gestores, pues ante a esa realidad no puede predicarse vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, cuando en estrictez la autoridad pública encargada de adelantar el trámite donde tiene espacio la materialización de dicho derecho revela la necesidad de su cumplimiento.

Igualmente, en lo atañadero al otorgamiento de la concesión minera es de verse que de los elementos de convicción allegados a este proceso



de tutela no se desprende la iniciación del trámite tendiente a la obtención de la licencia ambiental, donde se garantiza a los pueblos aborígenes el derecho a la consulta previa, como quiera que hasta ahora se han otorgado los títulos mineros, según afirmación de los accionantes (fl.9), razón por la cual resulta prematuro asegurar que por esa circunstancia los derechos esenciales reclamados estén siendo vulnerados o amenazados, pues superada esa fase es que podrá determinarse la efectividad del mecanismo de la consulta.

4. En el anterior contexto, aunque la Sala no desconoce el derecho constitucional fundamental de los pueblos indígenas y tribales asentados en el territorio nacional a ser consultados en los proyectos destinados que puedan afectar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen con miras a tener la oportunidad de ser oídos y expresar sus inquietudes en lo que concierna a la defensa de sus intereses, en el caso específico, como quedó visto, no se estructuran los presupuestos para otorgar la prerrogativa reclamada, aún como mecanismo transitorio, por ausencia de demostración de quebrantamiento o amenaza de los derechos fundamentales invocados.

Aun cuando por lo expuesto en precedencia no hay lugar a dispensar el amparo solicitado, adviértase que ello de manera alguna comporta para las autoridades públicas accionadas, dentro del marco de sus competencias, dejar de aplicar el proceso de consulta previa reglamentado a través del Decreto 1320 de 1998 en los correspondientes procesos de contratación, así como en los trámites y otorgamiento de licencias ambientales para la ejecución de proyectos, obras o actividades que puedan generar deterioro grave al medio ambiente y a los recursos naturales en territorios de las comunidades indígenas y negras tradicionales, en orden a mantener su integridad cultural, social y económica, acorde con lo establecido en el artículo 330 de la Constitución Política, Ley 70 de 1993, artículo 76 de la Ley 99 de



1993 y demás disposiciones constitucionales y legales que sustentan la obligación de realizar consulta previa con los pueblos interesados.

5. Coherente con los anteriores razonamientos, se impone confirmar la sentencia materia de impugnación

DECISION

Con fundamento en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** el fallo de primera instancia.

Comuníquese mediante telegrama a los interesados, y remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

WILLIAM NAMÉN VARGAS

JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR

RUTH MARINA DIAZ RUEDA