

Sentencia T-693/11

DERECHO A LA LIBRE DETERMINACION Y PARTICIPACION DE COMUNIDADES ETNICAS-Ámbitos de protección

CONSULTA PREVIA-Exigibilidad frente a medidas legislativas y administrativas que afecten directamente a comunidades indígenas

CONSULTA PREVIA-Derecho fundamental de comunidades étnicas

COMUNIDADES ETNICAS-Derecho a participar en la toma de decisiones políticas

DERECHO AL AUTOGOBIERNO DE COMUNIDADES ETNICAS

CONSULTA PREVIA-Manifestación del derecho a la libre determinación de comunidades étnicas

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES ETNICAS-Alcance/**DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES ETNICAS**-Tipo de decisiones que se deben consultar

CONSULTA PREVIA-Finalidad

CONSULTA PREVIA-Características del proceso

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-Diseño y realización de proyectos de desarrollo en territorio ancestral indígena

PROPIEDAD DE TERRITORIOS INDIGENAS-Concepto colectivo

COMUNIDAD INDIGENA-Importancia del territorio como elemento esencial

PROPIEDAD COLECTIVA DE COMUNIDADES ETNICAS-Derecho fundamental

TERRITORIO DE COMUNIDADES INDIGENAS-Protección y reconocimiento internacional

TERRITORIOS INDIGENAS-Inembargables, inalienables e imprescriptibles según Convenio 169 de la OIT

TERRITORIO DE COMUNIDADES INDIGENAS-Reconocimiento legal

DERECHO AL TERRITORIO DE COMUNIDAD INDIGENA- Contenido

COMUNIDADES INDIGENAS-Derecho a constituir resguardos

COMUNIDADES INDIGENAS-Protección de áreas sagradas y de importancia ritual y cultural

COMUNIDADES INDIGENAS-Derecho a participar en la utilización, explotación y conservación de recursos naturales

ACCION DE TUTELA-Presentación en tiempo razonable

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ-Juez debe advertir justa causa que haya impedido la actuación oportuna

ACCION DE TUTELA-Subsidiariedad

ACCION DE TUTELA FRENTE A MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Procendencia excepcional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

ACCION DE TUTELA DE COMUNIDAD INDIGENA CONTRA MINISTERIO Y EMPRESA PETROLERA POR CONSTRUCCION DE OLEODUCTO RUBIALES CUSIANA SIN CUMPLIR CON LA CONSULTA PREVIA-Procendencia

DERECHO A LA LIBRE DETERMINACION Y PARTICIPACION DE COMUNIDADES ETNICAS-Violación por cuanto consulta previa era obligatoria para construcción de oleoducto Rubiales Cusiana

DERECHO A LA INTEGRIDAD CULTURAL Y SUPERVIVENCIA DE COMUNIDADES ETNICAS-Violación por cuanto intervención de río afectó bienestar espiritual e impidió continuar prácticas tradicionales

ACCION DE TUTELA DE COMUNIDAD INDIGENA POR CONSTRUCCION DE OLEODUCTO RUBIALES CUSIANA SIN CUMPLIR CON LA CONSULTA PREVIA-Improcedencia para suspender funcionamiento por daño consumado pues acarrearía mayores costos ambientales

CONSTRUCCION EN TERRITORIO INDIGENA DE OLEODUCTO RUBIALES CUSIANA SIN CUMPLIR CON LA CONSULTA PREVIA-Impacto cultural en modalidad de daño inmaterial por lesión a valores y creencias indígenas

ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-Revoca para amparar el derecho de participación a través de la consulta previa de comunidad indígena

Referencia: expediente T-2.291.201

Acción de Tutela instaurada por Marcos Arrepiche en calidad de Gobernador del Cabildo Indígena Resguardo Turpial - La Victoria contra los Ministerios del Interior y de Justicia y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la empresa Meta Petroleum Limited.

Magistrado Ponente:
JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil once (2011)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia proferida el cinco (5) de mayo de dos mil nueve (2009) por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual confirmó la sentencia del nueve (9) de marzo de dos mil nueve (2009) del Tribunal Superior de Villavicencio, en cuanto negó la tutela incoada por Marcos Arrepiche en calidad de Gobernador del Cabildo Indígena Resguardo Turpial- La Victoria contra los Ministerios del Interior y de Justicia y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la empresa Meta Petroleum Limited.

1. ANTECEDENTES

1.1 SOLICITUD

El señor Marcos Arrepiche, actuando en su condición de Gobernador del Cabildo Indígena Resguardo Turpial – La Victoria y a través de

apoderado judicial, **solicita¹ la protección de los derechos fundamentales a la consulta previa regulada por el Convenio 169 de la OIT, a otras formas de participación democrática, a la integridad étnica y cultural de la Nación y a la igualdad de culturas** que conforman la Nación, presuntamente vulnerados por el Ministerio del Interior y de Justicia, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la empresa Meta Petroleum Limited.

Sustenta su solicitud en los siguientes:

1.2 HECHOS

- 1.2.1. El accionante manifiesta que el pueblo indígena Achagua es una minoría étnica de menos de 1.000 habitantes, compuesto por un solo caserío ubicado en el Resguardo Turpial La Victoria, en el municipio de Puerto López, el cual fue erigido mediante Resolución No. 052 de 1978 expedida por el Incora, hoy Incoder, a favor de las comunidades Piapoco y Achagua.
- 1.2.2. Afirma que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, mediante Resolución No. 1712 del 29 de agosto de 2006, otorgó licencia a la empresa Meta Petroleum Limited para la realización del proyecto Oleoducto de los Llanos, desde el campo Rubiales hasta las facilidades del CPF-Cusiana, sin cumplir con la consulta previa a que tiene derecho el Pueblo Indígena Achagua y Piapoco del Resguardo Turpial-La Victoria, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT suscrito por Colombia y ratificado mediante la Ley 21 de 1991.
- 1.2.3. Alega que frente a esa situación, el 4 de septiembre de 2008, las autoridades indígenas solicitaron al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial la realización de la consulta previa, la cual fue negada mediante oficio 2400-E2-101308 bajo el argumento de que el Ministerio del Interior y de Justicia no certificó la existencia de comunidades indígenas o negras en el área de influencia del proyecto. Resalta que la comunidad Achagua desconoce los criterios utilizados por la sociedad petrolera para fijar el área de influencia del mencionado proyecto.
- 1.2.4. Expresa no estar de acuerdo con la respuesta, toda vez que la *“resolución 1712 de 2006 que concedió la licencia al proyecto, señala en las páginas 10 y 11 la existencia del resguardo de Humapo y avisa de no penetrar en su territorio”*.
- 1.2.5. No obstante la advertencia hecha por la autoridad ambiental, a juicio del actor, la empresa petrolera y sus filiales han violado la licencia

¹ La acción de tutela se presentó el 20 de febrero de 2009.

concedida al invadir el territorio de su comunidad, abrir broches y construir carreteras dentro de terrenos prohibidos, lo que ha generado graves impactos en el resguardo y en la reserva forestal, la cual ha sido arrasada por aserradores furtivos. Señala que más de cien árboles nativos *“han sido talados como efecto de la presión demográfica sobre el territorio que ha desatado la presencia de la Compañía. Ésta al no hacer consulta previa, no concertó con la comunidad las medidas de prevención o mitigación de estos impactos que eran perfectamente previsibles”*.

- 1.2.6. Alega que también se han causado impactos sobre la población, pues han aumentado las enfermedades por contaminación de las aguas, la deserción estudiantil y los embarazos de niñas y adolescentes, *“todos ellos impactos indirectos relativos a los efectos socioeconómicos de la actividad petrolera; efectos que eran previsibles y sobre los cuales debían concertarse acciones de prevención y mitigación por parte de la empresa petrolera”*.
- 1.2.7. Además, indica que el “tubo” del oleoducto cruza el río Meta por un sitio antiguo y sagrado y a menos de 50 metros del lugar donde la población tiene un asentamiento tradicional desde 1926, según la cronología oral de su comunidad, denominado *“Irriskuákaji Humapo”* o *“Charcón de Humapo”*. En dicho lugar, que alberga unas 20 familias, se realizan ceremonias de iniciación para los jóvenes bajo la vigilancia de los ancianos de la comunidad y se efectúan procesos de *“inculturación”* de niños relativos a la tradición oral del grupo que buscan recuperar su antigua fortaleza cultural. Alega que los Achagua se hacen llamar hijos del río, motivo por el cual efectúan pagos en el cauce a los seres espirituales de las aguas y evocan tradiciones antiguas de la comunidad.
- 1.2.8. Manifiesta que ante estos sucesos, la comunidad realizó una audiencia judicial indígena el 4 de febrero de 2009 con el fin de recaudar pruebas de las vulneraciones y trasladarlas al juez constitucional.
- 1.2.9. Sostiene que el Resguardo Turpial La Victoria recibió *“certificación de cumplimiento de la función ecológica de la propiedad para ampliación del resguardo mediante resolución 2320 de 28 de noviembre de 2006. (Ver anexo 4). El predio de que se trata esta ampliación es denominado ‘el Diamante’, con una extensión de 230 hectáreas, el cual es anexo al resguardo y dista unos 50 metros del lugar por donde el oleoducto cruza el caño La Ema en el extremo sur occidental del resguardo”*.
- 1.2.10. Concluye que las autoridades indígenas de la comunidad Achagua, conscientes de su vulnerabilidad, durante el año 2008 gestionaron ante los funcionarios de *“ODL y CRM la solución de las múltiples*

vulneraciones que está sufriendo la comunidad sin que se les haya solucionado tales impactos causados por la compañía”.

1.3 PRETENSIONES

A través de la acción constitucional, los accionantes pretenden:

- 1.3.1.** La suspensión provisional de la Resolución 1712 del 29 de agosto de 2006, mediante la cual el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial otorgó licencia ambiental al proyecto “Oleoducto de los llanos” desde el campo Rubiales hasta las facilidades del CPF Cusiana.
- 1.3.2.** La realización de la consulta previa correspondiente, inaplicando el Decreto 1320 de 1998.
- 1.3.3.** La suspensión de las actividades petroleras adelantadas por la empresa Meta Petroleum Limited, y toda actividad inconsulta hasta tanto no se culmine la consulta previa.

1.4 TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Recibida la solicitud de tutela, el Tribunal Superior de Villavicencio la admitió y ordenó correr traslado al Ministerio del Interior y de Justicia, al Ministerio del Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y a la empresa Meta Petroleum Limited.

1.4.1. Contestación del Ministerio del Interior y de Justicia

La Coordinadora del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia, en oficio 5548-DAI-0220 del 2 de marzo de 2009, señaló que en el caso del Proyecto “Oleoducto Campo Rubiales - El Porvenir” no se hacía necesario adelantar el procedimiento de consulta previa, dado que en el área de influencia del proyecto no se encuentran comunidades pertenecientes a grupos étnicos. Sin embargo, anotó que antes de ser notificado de la presente acción, el Ministerio no tenía conocimiento de los hechos narrados por el accionante, pero, en cumplimiento de sus funciones, se comprometió a efectuar las investigaciones pertinentes.

En relación con la afirmación de violación de la licencia ambiental por parte de la Empresa, agregó que el asunto debe ser conocido por las respectivas autoridades ambientales.

Finalmente, solicitó no conceder la tutela, por no ser un mecanismo para revivir términos cumplidos o suplir acciones dejadas de ejercer, ya que en el presente caso la comunidad indígena pudo haber solicitado la

nulidad de la Resolución 1712 del 29 de agosto de 2006 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo territorial.

1.4.2. Contestación del Ministerio de Ambiente, Vivienda y desarrollo Territorial

Esta entidad señaló que mediante Resolución 1712 de 29 de agosto de 2006, otorgó licencia ambiental a la Empresa Meta Petroleum Limited, después de que fuera allegada una certificación expedida por el Ministerio del Interior y de Justicia sobre la no presencia de comunidades indígenas en el área de influencia del proyecto. Por esta razón, consideró que no era procedente la convocatoria a un proceso de consulta previa con la comunidad accionante. Agregó que posteriormente, en la Resolución 1500 de agosto 27 de 2008, se autorizó la cesión de la licencia ambiental a favor de la empresa Oleoducto de los Llanos Orientales S.A.

Adicionalmente, aclaró que durante una visita al municipio de Puerto López, la entidad identificó una vía de acceso al resguardo que la empresa pretendía usar para llegar a la línea del oleoducto, uso que no fue aprobado debido a que podía afectar a la población indígena allí asentada, es decir, el Ministerio no autorizó a la empresa emplear la vía que cruza el resguardo.

Manifestó que los impactos reseñados por el actor *“no fueron previstos, como quiera que el proyecto licenciado no cruza su territorio. Sin embargo frente a posibles impactos generados por el proyecto en consideración a la cercanía con el área de influencia, fueron tenidas en cuenta a tal punto que se establecieron unas medidas de manejo que la empresa está obligada a cumplir, con el fin de prevenir, mitigar y evitar posibles impactos a las comunidades del área de influencia del proyecto”*.

Expresó que el equipo técnico del Ministerio se encuentra realizando labores de seguimiento al proyecto ‘Campo Rubiales’ y que el día 4 de marzo de 2009 se trasladarían al sitio objeto de la demanda para verificar los hechos relatados en la tutela y verificar las presuntas afectaciones. Indicó que, posteriormente, los días 16 al 20 de marzo de ese mismo año, harían visita de seguimiento integral al proyecto para verificar la afectación de posibles sitios sagrados de la comunidad indígena.

Con relación a la existencia de sitios sagrados en el lugar del proyecto, manifestó que era el Ministerio del Interior *“quien debía certificar que el proyecto pasaba por un territorio sagrado indígena, lo cual al parecer según la propia versión de la comunidad, tampoco esa entidad conoce, de saberlo sin duda se hubiera tenido en cuenta por este Ministerio como zona de exclusión, sobre la cual no se podía autorizar*

ningún tipo de actividad, por tanto este asunto corresponde a la órbita de las competencias otorgadas por ley al Ministerio del Interior.”

Igualmente, mencionó que si bien se expidió la Resolución 2320 de 2006, mediante la cual se recomienda la ampliación del resguardo, el Ministerio no tiene conocimiento de que el Incoder o la autoridad competente haya obtenido la autorización para proceder a la ampliación; en consecuencia, el predio El Diamante hasta ahora no hace parte del resguardo indígena, ya que no existe acto administrativo que así lo declare, razón por la que los terrenos a los que se refiere el actor son de propiedad privada y no del resguardo.

De otro lado, adujo que la acción de tutela no procede, por existir otros mecanismos de defensa judicial, como serían, para este caso, las acciones populares y/o la acción de nulidad. Además, consideró que el Ministerio no ha vulnerado los derechos fundamentales señalados en la demanda de tutela ni se demostró la existencia de un perjuicio irremediable que justifique la acción.

Por último, resaltó que las actuaciones del Ministerio se han hecho de conformidad con las competencias que le asisten en los procesos de consulta previa.

1.4.3 Contestación de la Empresa Meta Petroleum Limited.

El 4 de marzo de 2009 y mediante apoderado judicial, la sociedad accionada se opuso a la tutela. Señaló, en primer lugar, que en febrero de 2004, la empresa Tethys Petroleum Company Ltd. presentó ante el Ministerio de Ambiente un diagnóstico ambiental de alternativas para el proyecto de construcción de un oleoducto entre el Campo Rubiales y la Estación El Porvenir, con el objeto de llevar al mercado internacional el crudo Rubiales. Para ese proyecto, adujo, la sociedad Meta Petroleum también presentó diagnóstico ambiental el 18 de julio de 2005, el cual fue aprobado por el citado Ministerio por ser el trazado más viable para la ejecución de la construcción.

Posteriormente, indicó que el Ministerio de Ambiente en Resolución 1712 de agosto 29 de 2006, otorgó licencia ambiental para la construcción y operación de la línea de conducción de hidrocarburos desde Campo Rubiales hasta las facilidades del CPF Cusiana.

Manifestó que la sociedad actuó sobre los parámetros fijados en la licencia ambiental concedida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Además, señaló que desde el principio “*se ha tenido conocimiento de que existe el territorio Humapo, pero siempre ha sido claro – incluso en la demanda – que el oleoducto no pasa por esos terrenos. De hecho está muy alejado, por lo que no era necesario*

hacer consulta previa.” Agregó que debido a que el proyecto no se realizaría dentro de territorio indígena, según mapa que anexó², no era necesario llevar a cabo la consulta previa, razón por la cual sólo se elaboró el estudio de impacto ambiental. Relató que, si bien en dicho estudio “se identificó que el derecho de vía del Oleoducto no se encuentra dentro de ‘ámbito territorial indígena’, si contempló la presencia del Resguardo Humapo en una zona de influencia indirecta. Lo anterior no significa, reiteramos, que se dieran los presupuestos para dar aviso al Ministerio del Interior”.

Sobre el uso de la vía que cruza el resguardo, manifestó que de conformidad con el plano, se observa que *“justo en el lindero inferior del Resguardo se identifica una línea negra que señala a la vía de acceso a dicho Resguardo. Como se ha repetido a lo largo de este escrito, la licencia ambiental vigente no prevé restricción alguna para su adecuación para la movilización de maquinaria, la adecuación de otras vías y la construcción de nuevos accesos. // Por otro lado, la vía separa el Resguardo de un predio de mayor extensión conocido como ‘Las Leonas’ (área de terreno delimitado en el mapa entre el resguardo y que incluso es atravesado por el Oleoducto), adjudicado a 126 familias de desplazados en común y proindiviso”.*

Explicó que lo que haya sucedido con posterioridad a la expedición de la licencia ambiental *“debe analizarse a la luz de las autorizaciones contenidas en la licencia y con fundamento en pruebas obtenidas en el proceso, con respeto a las garantías procesales de todas las partes y con la participación de quien tiene actualmente la licencia ambiental”.*

Alegó que la licencia fue cedida a la sociedad Oleoducto de los Llanos Orientales S.A. ‘ODL’ mediante Resolución 1500 del 27 de agosto de 2008, y que de conformidad con el artículo 29 del Decreto 1220 de 2005, la cesión de la licencia ambiental implica la cesión de los derechos y obligaciones que se derivan de ella, por lo que Meta Petroleum *“carece por completo de control y por ende de responsabilidad en cuanto se refiere a la conducta de las personas que trabajan en la construcción del oleoducto”.* Concluyó que el cesionario debía ser vinculado al trámite de la presente acción de tutela.

Por último, expuso que en el presente evento no se cumplía con el presupuesto de la inmediatez, toda vez que la licencia ambiental fue expedida en el año 2006 y la acción de tutela se presenta a principios del año 2009, es decir, más de dos años después del hecho que causó el supuesto perjuicio. A su juicio, la ausencia de inmediatez es indicador de la existencia de otros mecanismos para proteger el derecho que se

² Visible a folio 297 del cuaderno principal.

aduce como vulnerado, razón por la cual no es procedente reemplazar los procedimientos ordinarios con la acción constitucional.

1.5. PRUEBAS DOCUMENTALES

Obran en el expediente, entre otros, los siguientes documentos:

- 1.5.1.** Copia de la Resolución 052 del 21 de julio de 1983 del Incora, por medio de la cual se crea el resguardo indígena Turpial La Victoria ubicado en el Municipio de Puerto López, Meta (fls. 27 al 29 cuaderno 1).
- 1.5.2.** Copia de la Resolución 1712 del 29 de agosto de 2006 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, por medio de la cual otorga a la Empresa Meta Petroleum Limited licencia ambiental para el Proyecto Construcción y Operación del oleoducto campo Rubiales-El Porvenir (fls. 30 al 84 del cuaderno 1).
- 1.5.3.** Copia del derecho de petición radicado el 4 de septiembre de 2008 con el No. 4120-E1-101308, dirigido al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo territorial, en el cual se solicita la realización de la consulta previa a la comunidad Achagua Piapoco (fl 85 del cuaderno 1).
- 1.5.4.** Copia del oficio 2400-E2-101308 del Ministerio de Ambiente dando respuesta al derecho de petición, el 25 de septiembre de 2008 (fls. 86 y 87 del cuaderno 1).
- 1.5.5.** Copia del Acta de Audiencia e Inspección Judicial Indígena practicada por las autoridades del Resguardo Turpial La Victoria con anexo fotográfico y plano de la inspección judicial indígena (fls. 88 al 119 del cuaderno 1).
- 1.5.6.** Copia de la Resolución 2320 del 28 de noviembre de 2006 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, por la cual se certifica el cumplimiento de la función ecológica de la propiedad para la ampliación del resguardo Indígena Humapo, El Turpial y La Victoria (fls.121 al 133 del cuaderno 1).
- 1.5.7.** Documento que relaciona la caracterización de la situación en salud del resguardo Turpial La Victoria, realizado por la Gobernación del cabildo (fls. 134 y 135 del cuaderno 1).
- 1.5.8.** Estudio de deserción del resguardo y exogamia en Humapo, realizado por la Gobernación del cabildo (fl. 141 del cuaderno 1).
- 1.5.9.** Estudio de deserción escolar en Humapo y La Victoria realizado por la Gobernación del cabildo (fl. 142 del cuaderno 1).

- 1.5.10.** Copia del oficio 05-14638-DET-1000, expedido el 27 de septiembre de 2005 por la Directora de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, en el que certifica a la Empresa Meta Petroleum la no presencia de comunidades indígenas y/o negras en el área de influencia del proyecto, pero en la que se deja la siguiente observación: *"sin embargo, si al adelantar las actividades se establece que existe alguna comunidad indígena y/o negra, es necesario dar aviso por escrito a esta Dirección para dar cumplimiento a la realización del proyecto de consulta previa de que trata el artículo 330 de la Constitución Política, el artículo 7 de la Ley 21 de 1991 y el artículo 76 de la ley 9 de 1993"* (fl. 181 del cuaderno 1).
- 1.5.11.** Copia de la Resolución 1500 de agosto 27 de 2008, mediante la cual se autoriza la cesión de la licencia ambiental a la empresa Oleoductos de los Llanos Orientales S.A. (fls. 284 al 288 del cuaderno 1).
- 1.5.12.** Copia de la invitación a la comunidad Achagua a la reunión informativa y de socialización que realizó la empresa ODL el día 16 de agosto de 2008, y de la respectiva acta (fls. 135 al 143 del cuaderno 2).
- 1.5.13.** Copia de la Resolución 1617 de septiembre 17 de 2008, expedida por el Ministerio de Ambiente, mediante la cual se modifica la Resolución 1712 de agosto 29 de 2006, ampliando la autorización de nuevas actividades en la etapa de construcción y operación del oleoducto (fls. 229 al 282 del cuaderno 1).
- 1.5.14.** Copia de acta de reunión celebrada por la empresa ODL con la comunidad del Resguardo Humapo, el 20 de diciembre de 2008, en la escuela Humapo (fls. 308 al 314 del cuaderno 1).
- 1.5.15.** Copia de la Resolución 269 de 2005, mediante la cual el INCODER adjudica el predio Las Leonas (fls. 346 al 360 del cuaderno 1).
- 1.5.16.** Fotografías comparativas del estado de la vía de acceso al oleoducto antes de las mejoras realizada por la empresa (fls. 331 a 333 del cuaderno 1).
- 1.5.17.** Copia del Acta de reconocimiento de daños por parte de ODL a los propietarios del predio Las Leonas (fls. 343 al 345 del cuaderno 1).

2. DECISIONES JUDICIALES

2.1. DECISION DE PRIMERA INSTANCIA – TRIBUNAL SUPERIOR DE VILLAVICENCIO, SALA PENAL

Mediante sentencia del nueve (9) de marzo de dos mil nueve (2009), el Tribunal Superior de Villavicencio **negó la solicitud de amparo** de los derechos invocados por el tutelante, por considerar improcedente la acción de tutela por falta de los requisitos de subsidiaridad e inmediatez de la acción.

Manifestó el juzgador que el actor pudo haber ejercido la acción ordinaria de nulidad contra el acto administrativo que concedió la licencia ambiental o, si estimaba que se había presentado una vía de hecho en la actuación administrativa, debió acudir oportunamente a la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales y no 30 meses después cuando ya ha quedado desvirtuado el carácter urgente de la acción.

Respecto de la solicitud de vinculación de la empresa Oleoducto de los Llanos Orientales S.A., el Tribunal expresó que ante la improcedencia de la acción, tal omisión no genera nulidad.

2.2. IMPUGNACIÓN

2.2.1. Accionante

El demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia. El recurso no fue sustentado.

2.2.2. Fundación HEMERA

La representante legal de la Fundación HEMERA, en calidad de coadyuvante, también solicitó la revocatoria de la sentencia que denegó la tutela, por las siguientes razones:

Destacó el extremo grado de vulnerabilidad en el que se encuentra la Comunidad Achagua, víctima de grupos al margen de la ley y que se halla en una situación económica y social muy precaria.

Señaló que la licencia fue violada por la empresa que penetró al territorio indígena, construyó carreteras, taló su reserva forestal, actividades todas que generaron grave impacto en la comunidad.

Advirtió que la comunidad indígena no cuenta con asesoría legal y que pese a que sus líderes tienen conocimientos ancestrales sobre su cultura, desconocen la profundidad con la cual la lógica del ordenamiento jurídico colombiano resuelve los conflictos. Además, indicó que debía tenerse en cuenta que no es costumbre de la comunidad acudir a la vía judicial ante amenazas a su territorio.

De otro lado, señaló que si bien la comunidad pudo escuchar de alguna

forma sobre la presencia de la empresa en su territorio, *“nunca tuvieron conocimiento del momento en que fue concedida la licencia ambiental a la empresa Metra Petroleum Ltda. ya que como se vio, nunca hicieron parte de un proceso de consulta a pesar de tratarse de una afectación al territorio de su resguardo y al resto del territorio afectado, que si bien no hace parte de este, es por costumbre usado para ceremonias tradicionales, actividades de pesca como lo fue autorizado por el Ministerio de Agricultura hace algunos años, así como su destinación a eventos y usos sociales”*.

Por consiguiente, aseguró que el referido grupo étnico tuvo conocimiento desde cuando el Ministerio de Ambiente autorizó la cesión de la licencia ambiental a la empresa ODL, mediante la Resolución 1500 de agosto de 2008, documento que si bien no reconoce expresamente la existencia de la comunidad, *“trajo para su territorio el inicio de presencia de ‘blancos’, contactos con la empresa promovidos por esta con una intención mucho más precaria que lo que constituiría una consulta o al menos real participación de la comunidad en los impactos que los trabajos de la empresa han traído para el territorio Achagua”*.

Consideró que procede la acción de tutela por ser el único medio de defensa idóneo para la protección de los derechos de la comunidad.

Además, frente al presupuesto de inmediatez, resaltó que las autoridades indígenas dieron inicio a las actuaciones tendientes a la protección de sus derechos, tan pronto empezaron a notar los perjuicios ocasionados por los trabajos petroleros.

2.3. SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL

Mediante sentencia proferida el cinco (05) de mayo de dos mil nueve (2009), la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia **confirmó la sentencia de primera instancia**. En sustento de su determinación, consideró lo siguiente:

Consideró que el amparo promovido por el Gobernador del Cabildo accionante *“apunta a dejar sin efectos un acto administrativo expedido el 17 de agosto de 2006”* frente al cual existen otros mecanismos de defensa judicial que no fueron promovidos por la comunidad, razón por la cual, la tutela no puede ser entendida como el último recurso frente a la incuria del titular del derecho afectado.

Concluyó que si efectivamente la empresa petrolera violó la precitada licencia, la comunidad debe acudir ante la autoridad competente de la

jurisdicción ordinaria, en aras de obtener las indemnizaciones y reparaciones a que haya lugar.

3. ACTUACIÓN EN SEDE DE REVISIÓN

3.1. PRUEBAS E INTERVENCIONES SOLICITADAS POR LA SALA

3.1.1. La Sala Séptima de Revisión, mediante auto de fecha 23 de septiembre de 2009, resolvió oficiar al **Ministerio del Interior y de Justicia** para que informara al despacho lo siguiente:

“(i) si la comunidad indígena Achagua y Piapoco está inscrita en la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y ROM, (ii) el área específica en donde se encuentra el resguardo indígena perteneciente a la referida etnia y las normas de ordenamiento territorial por medio de la cual se les asigna el área y (iii) las razones por las cuáles consideró que el oleoducto que va desde el Campo Rubiales hasta las facilidades del CPF-Cusiana no afectaba a dicho pueblo ancestral.”

Igualmente, ordenó oficiar a la empresa **Meta Petroleum Limited**, con el fin de que explicara al despacho *“las razones por las cuales, no informó al Ministerio del Interior y de Justicia sobre la supuesta afectación al grupo indígena Achagua y Piapoco, a raíz de la construcción del oleoducto”*.

Finalmente, suspendió los términos de manera indefinida hasta tanto se recibieran y evaluarán las pruebas solicitadas.

3.1.2. Mediante auto de fecha 19 de octubre de 2009, este despacho comisionó al Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto López (Meta) la realización de una inspección judicial *“a los territorios de la comunidad Indígena Achagua y Piapoco del Resguardo Turpial-La Victoria”* con el fin de determinar *“si el oleoducto que va desde el Campo Rubiales hasta las facilidades del CPF-Cusiana, afecta de alguna forma los territorios de la referida comunidad”*.

3.1.3. Mediante auto de fecha 20 de octubre de 2010, esta Sala de Revisión resolvió oficiar al **Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial** para que remitiera copia de los antecedentes y de los expedientes administrativos de las resoluciones 1712 del 29 de agosto de 2006, 2320 del 28 de noviembre de 2006 y 1617 del 18 de septiembre de 2008.

En el mismo auto, ordenó oficiar al **Incoder** para que informara a esta Sala de Revisión si ha adelantado gestiones para dar cumplimiento a la

recomendación dada por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en la Resolución 2320 de noviembre 28 de 2006, para ampliar el resguardo indígena de las comunidades Achagua y Piapoco, con el fin de garantizar el cumplimiento de la función ecológica de la propiedad.

Por último, ordenó vincular a la empresa **Oleoducto de los Llanos Orientales S.A ‘ODL’**, con el fin de garantizar sus derechos al debido proceso y de defensa.

- 3.1.4.** En auto del 15 de marzo de 2011, se ordenó la práctica de una inspección judicial en la zona del resguardo Turpial – La Victoria y en el lugar denominado por las comunidades como “Charcón de Humapo” en el Río Meta, para el día 15 de abril de 2011, con el acompañamiento de la Defensoría Regional del Pueblo del Departamento del Meta.

Posteriormente, en auto del 7 de abril de 2011, la Sala fijó como nueva fecha para realizar la citada inspección el día 13 de mayo de 2011.

- 3.1.5.** Por último, en auto del 2 de junio de 2011, se vinculó a las alcaldías municipales de Puerto Gaitán y de Puerto López para que informaran a esta Sala lo siguiente:

- a) *“Cuáles fueron los criterios empleados por las Secretarías de Planeación de dichos municipios para certificar, el 10 de agosto y el 25 de septiembre de 2005, que en el área de influencia del proyecto “Oleoducto Campo Rubiales – El Porvenir” no existían comunidades indígenas que pudieran verse afectadas con la ejecución del mismo.*
- b) *Según la información catastral y vial de las Secretarías de Planeación de los municipios, cuál es la naturaleza de la vía que divide el resguardo indígena Turpial – la Victoria con el predio ‘Las Leonas’.”*

Igualmente, se solicitó al Incoder que informara si la vía que divide el resguardo indígena Turpial – La Victoria y el predio ‘Las Leonas’ hace parte del resguardo.

3.2. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES OFICIADAS Y PRUEBAS RECAUDADAS

3.2.1. Ministerio del Interior y de Justicia

En cumplimiento de la orden dictada en el auto del 23 de septiembre de 2009, el **Ministerio del Interior y de Justicia** respondió en los siguientes términos:

“i) Con respecto a si las comunidades indígenas Achagua y Piapoco están inscritas en la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y ROM, le informamos, que consultadas las bases de datos institucionales de esta Dirección y las aportadas por el Incora (hoy Incoder), se confirmó que las comunidades Achagua y Piapoco hacen parte del Resguardo Turpial – La Victoria, en jurisdicción del municipio de Puerto López, departamento del Meta, constituido legalmente por el Incora (hoy Incoder) según Resolución N° 052 del 21 de julio de 1983 y

ii) Frente al área específica en donde se encuentra el Resguardo indígena perteneciente a las referidas comunidades y las normas de ordenamiento territorial, por medio de las cual se les asigna el área, éstas se encuentran contempladas en las Resoluciones 204 del 21 de agosto de 1979 y 052 del 21 de julio de 1983, las cuales fueron el fundamento legal para que el entonces Incora constituyera el Resguardo (se adjunta copia de las mismas en nueve folios³).”

Por último, sobre las razones que tuvo el Ministerio para considerar que el oleoducto que va desde el Campo Rubiales hasta las facilidades del CPF-Cusiana, no afectaba a los pueblos indígenas Achagua y Piapoco asentados en el Resguardo indígena El Turpial – La Victoria, argumentó que el Grupo de Consulta Previa, encargado de dicho proceso, se basó en una comunicación de la Dirección de Etnias de dicha entidad, de fecha 27 de septiembre de 2005, dirigida al representante de Meta Petroleum, en la que se señala: *“Teniendo en cuenta las certificaciones suscritas por el Ingeniero Luis Felipe Piñeros Rojas, Secretario de Planeación del Municipio de Puerto Gaitán de fecha 22 de agosto de 2005, y el doctor Carlos Julio Gutiérrez Turriago, Secretario de Planeación y Desarrollo Urbanístico del Municipio de Puerto López, Departamento del Meta, de fechas 10 de agosto y 20 de septiembre de 2005 **NO SE REGISTRAN** comunidades indígenas ni negras en el área de influencia del proyecto Oleoducto Campo Rubiales – El Porvenir, que puedan verse afectadas con la ejecución del mismo”*. (Negrilla del texto original).

Concluyó que, con base en la información disponible, en el presente caso no se hacía necesario adelantar el procedimiento de consulta previa, puesto que en el área de influencia del proyecto no se encontraban comunidades pertenecientes a grupos étnicos.

3.2.2. Meta Petroleum Limited

³ Ver folios 63 al 69 del cuaderno 3.

La empresa manifestó que *“por una parte, el proyecto no se desarrolló dentro de territorio del resguardo El Turpial – La Victoria, y en segundo lugar, que durante la ejecución del proyecto no se le dio aviso al Ministerio del Interior y de Justicia de la presencia de los indígenas del Resguardo El Turpial – La Victoria puesto que no se daban los supuestos establecidos en el parágrafo primero del artículo tercero del Decreto 1320 de 1998, en particular el hecho de verificar la presencia de dicha comunidad dentro del área de influencia directa del proyecto”*. (Subraya original).

3.2.3. Inspección judicial

El juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto López practicó la inspección judicial comisionada el día 29 de octubre de 2009. La diligencia reposa a folios 98 al 137 del cuaderno 3.

La diligencia se inicia en la vía que del municipio de Puerto López conduce a Puerto Gaitán, en el kilómetro 73 + 70 mts. El despacho manifestó que se desplazaba hasta la entrada de la vía veredal que conduce al resguardo La Victoria y resaltó lo siguiente:

“(...) durante el recorrido por la misma, no tuvimos impedimento u obstaculización alguna; dicha vía tiene una anchura aproximada de 6 mts y en todo su recorrido es destapada. Igualmente la misma divide el predio denominado Las Leonas del predio La Victoria asentamiento de la comunidad indígena El Turpial. Siguiendo el recorrido de la misma, avanzamos unos 2.700 mts en línea recta y desde allí giramos a mano derecha en una extensión de 1.700 mts hasta llegar al oleoducto. En este sitio y sobre el tubo se observa vegetación escasa y en recuperación. Y a 150 mts aproximadamente se observa una vivienda a la cual nos dirigimos; (...) es de aclarar que esta parcela se encuentra dentro de los predios de la vereda Las Leonas. (...).

Seguidamente, retomamos el recorrido desde el km. 2 + 700 mts, de la vía veredal y avanzamos en dirección sur oeste, cruzando por el centro poblado de la comunidad indígena Piapoco del Resguardo El Turpial – La Victoria; siguiendo la ruta en el mismo sentido y llegando hasta llegar (sic) al caño La Emmita, en una longitud de 6 kms. Aproximadamente, caño que es el lindero que aparece dentro de las copias que fueron enviadas por parte de la Secretaría de la Corte Constitucional para el cumplimiento de esta diligencia y que según la resolución No. 204 del 21 de agosto de 1979, firmada por el Ministro de Agricultura de ese entonces y resolución No. 252 del 21 de julio de 1983, por medio de la cual se confiere el

carácter legal de Resguardos a las tierras reservadas en beneficio de las comunidades indígenas Achagua y Piapoco, que actualmente ocupan (...). Seguidamente procedimos a desplazarnos a pie siguiendo la ruta veredal y hasta una distancia de 2 kms aproximadamente llegamos a las inmediaciones de la casa de la Finca Las Juanas por donde cruza una parte del tramo del oleoducto. Igualmente se observa allí vegetación escasa pero en recuperación. Una vez observado el lugar regresamos hasta el caño La Emmita y retornamos hasta la vía central que conduce de Puerto López a Puerto Gaitán. Una vez en este punto retornamos por la vía a Puerto López hasta llegar a la entrada de la vereda de Puerto Guadalupe, demarcada como el km. 70. De allí giramos a mano derecha y avanzamos hasta la portada de la Finca Umapo en una extensión de 1600 mts. De este punto y en dirección nororiental efectuamos el recorrido aproximadamente en una longitud de 4.5 kms hasta llegar al punto donde se encuentra ubicada la válvula de seccionamiento. De allí partimos en dirección al río Meta en una distancia de 500 mts aproximadamente. Vale aclarar que este recorrido se efectúa dentro de predios independientes al resguardo indígena.

(...) a continuación y atendiendo la solicitud tanto del apoderado del accionante, como de este mismo, nos dirigimos aguas abajo en una longitud aproximada de 520 mts hasta el lugar por los indígenas denominado El Charcón de Humapo, donde según el Gobernador del Cabildo indígena y accionante, ilustró a la comisión sobre las costumbres por ellos realizadas en ese sector y que utilizaban para educar culturalmente a sus descendientes y adiestrarlos en las labores de pesca y en aspectos de constelaciones. De este lugar avanzamos hasta la desembocadura del Caño Los Indios al Río Meta, en una longitud aproximada de 2 km, que es donde inician los territorios de la comunidad Indígena Achagua del Resguardo El Turpial La Victoria.

Durante el recorrido efectuado a los territorios por medio de los cuales se les confirió el carácter legal de Resguardos a las comunidades indígenas Achagua y Piapoco del Resguardo El Turpial La Victoria, no se observó que se afectaran de forma alguna por el oleoducto, que va desde el Campo Rubiales hasta el Municipio de Monterrey, Casanare. Así mismo se pudo establecer que el punto más cercano del oleoducto a los territorios de las comunidades indígenas Achagua y Piapoco, se encuentra aproximadamente ubicado a una distancia de 3 kms; que es donde se inició el recorrido, es decir, del mojón

km. 73 + 70 mts de la vía que de Puerto López conduce a Puerto Gaitán, hasta la entrada de la carretera veredal que conduce al centro poblado del Resguardo La Victoria.

*Así mismo se puede colegir que durante la construcción del oleoducto en este sector, **posiblemente se vio afectada la comunidad indígena de alguna forma, en razón a la excavación que se tuvo que hacer para la instalación de la tubería y en la perforación que se hizo para atravesar el oleoducto bajo el lecho del Río Meta; pero que durante la realización de la inspección no se observa rastro de ello.***”
(Negrilla fuera del texto original).

Durante la diligencia, el apoderado de la parte accionante manifestó que con posterioridad a la construcción del oleoducto, la comunidad suspendió las prácticas ancestrales realizadas en el Charcón de Humapo, por temor a la presencia de extraños en sus ceremonias y ritos. Consideró que era importante concertar con la comunidad, medidas de compensación cultural para la restauración de los efectos causados.

Por su parte, el apoderado de la empresa accionada resaltó que la construcción del oleoducto se realizó por fuera de los territorios del resguardo indígena y que el punto más cercano a este se encontraba a 1.7 kms de distancia. Además, señaló que existe certificación de la Alcaldía de Puerto López indicando que la vía que separa el predio Las Leonas del Resguardo es veredal. Por estas razones, a su juicio, la empresa no ha incumplido con sus obligaciones legales y no ha afectado directamente al resguardo indígena.

3.2.4. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial

El Ministerio, mediante oficio de fecha 27 de octubre de 2010, remitió a esta Sala de Revisión los antecedentes de la licencia ambiental y de su cesión a ODL.

3.2.5. Incoder

Mediante escrito presentado el 2 de noviembre de 2010, la entidad manifestó, respecto de las gestiones adelantadas para dar cumplimiento a la recomendación hecha por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial para ampliar el resguardo indígena de las comunidades Achagua y Piapoco, lo siguiente:

“Conforme al procedimiento señalado en el Decreto Reglamentario de la Ley 160 de 1994, No. 2164 de 1995, el Incoder adelanta la ampliación del resguardo denominado El

Turpial y la Victoria, constituido mediante Resolución 052 de 21 de julio de 1983, con un área de 4.838 hectáreas.

La ampliación consiste en 200 hectáreas segregadas del predio Las Leonas, por medio de la Resolución Incoder No. 131 de 7 de febrero de 2007 y entregado a la comunidad con Acta de 6 de mayo de 2009 con el nombre de predio Las Leonas 2, dicho predio fue recibido por Incoder de la Dirección Nacional de Estupefacientes.

Para ser viable el procedimiento de ampliación del resguardo es requisito de Ley la certificación del cumplimiento de la función ecológica por parte de la comunidad, del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, parágrafo del Artículo 10 del Decreto 2164 de 1.995, la cual profirió dicho Ministerio mediante Resolución 2320 de 28 de noviembre de 2006.

Por lo tanto, para culminar el procedimiento de ampliación del resguardo hace falta el levantamiento del plano ampliado del resguardo y el levantamiento de una hipoteca que pesa sobre el predio Las Leonas 2 por \$9.600.000.00 del Banco BBVA a solicitud de la dirección Nacional de Estupefacientes, lo cual se encuentra en este momento en curso.”

Posteriormente, en respuesta al auto del 2 de junio de 2001, la entidad manifestó que al momento de constituir el resguardo “efectivamente parte de la vía quedó incluida, no así la parte de la vía que divide el predio las leonas con el Resguardo Indígena Turpial – la Victoria”.

3.2.6. Oleoductos de los Llanos Orientales S.A. (ODL)

La empresa manifestó en su defensa que en el presente evento no se habían vulnerado los derechos fundamentales de la comunidad Achagua, toda vez que las obras de construcción del oleoducto no se desarrollaron dentro de los límites del resguardo, razón por la cual no era necesario realizar la consulta previa alegada.

Señaló que el Ministerio del Interior certificó la inexistencia de comunidades indígenas en el área de influencia del proyecto, afirmación que fue ratificada posteriormente por la misma entidad gubernamental al responder el derecho de petición elevado por el pueblo Achagua en septiembre de 2008.

Adicionalmente, consideró que durante el trámite de la acción no se logró demostrar un perjuicio irreparable que amenazara la subsistencia de la comunidad Achagua y Piapoco. Por esta razón, solicitó a la Corte

Constitucional tener en cuenta la *“diferencia de tratamiento a que debe someterse un proyecto cuando afecta áreas protegidas constitucionalmente como lo son los territorios indígenas, de aquellos proyectos ubicados fuera de ellas”*.

Alegó que el perjuicio en este caso no es susceptible de ser determinado jurídicamente, ya que si las medidas debían ser impostergables debieron tomarse mientras se encontraba en construcción el oleoducto.

De otro lado, manifestó que en el presente caso no se cumple con el requisito de inmediatez. A su juicio, la acción de tutela fue interpuesta por *“la supuesta omisión de la consulta previa, sin embargo, cuando se interpuso ya había sido expedida la licencia ambiental y se encontraba en construcción el Oleoducto, con lo que se desvirtúa la proximidad del hecho”*.

Por último, señaló que la compañía ha efectuado inversión social en el resguardo por una suma superior a los \$102'155.316, a través de **(i)** la entrega de regalos de navidad y material escolar a los niños de la comunidad; **(ii)** el suministro de agua potable en carro tanques durante 45 días mientras se tramitaban los permisos para una solución definitiva; **(iii)** entrega de uniformes y balones de fútbol; y **(iv)** el suministro de una electrobomba.

3.2.7. Alcaldías municipales de Puerto Gaitán y Puerto López

La Alcaldía de Puerto Gaitán manifestó que el resguardo indígena se encuentra ubicado en territorio del municipio de Puerto López, razón por la cual dicha autoridad no había emitido certificación alguna.

Por su parte, la Alcaldía de Puerto López manifestó que no conocía los criterios con fundamento en los cuales el secretario de planeación del momento expidió la certificación en la que afirmó que no existían comunidades indígenas o negras que pudieran verse afectadas con la realización del oleoducto.

Además, señaló que, de acuerdo con el Plan Básico de Ordenamiento Territorial contenido en el Acuerdo No. 12 del 2000, la vía que divide el resguardo indígena Turpial – la Victoria con el predio ‘Las Leonas’ es una vía pública y terciaria.

3.2.8. Concepto técnico de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC)

En primer lugar, la Organización manifestó:

*“Los Achagua y Piapoco son pueblos Indígenas, en tanto (i) descienden de la familia lingüística Arawak que habitaba en la región de la orinoquía colombiana y venezolana en la época de la conquista y del establecimiento de las actuales fronteras estatales, (ii) conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas (iii) demuestran una conexidad con el eje del río Meta y (iv) se autoidentifican colectivamente como pueblo indígena. (...) La convivencia territorial les ha permitido implementar una economía conjunta sustentada principalmente en la agricultura de consumo interno, en menor grado en la ganadería y conforme a los ritmos del caudal del río Meta, obtienen recursos de la cacería y la pesca. Otra fuente de ingresos proviene de la elaboración de artesanías. Cabe mencionar que las prácticas de agricultura tradicional, que son la principal fuente de pervivencia de ambos pueblos, se encuentran restringidas debido a la estrechez del territorio. Aspecto que incide directamente en la formulación de nuevas prácticas culturales ajenas a la del Derecho Mayor. (...) **Todas sus actividades económicas y religiosas giran en torno a los ritmos estacionales de las aguas del Meta, por lo cual no dudan en proclamarse sus descendientes, gente del río.**”* (negrilla fuera del texto)

En segundo lugar, expuso que “los pueblos Achagua y Piapoco ejercen una función ecológica, reconocida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, mediante resolución número 2320 de 28 de noviembre de 2006. Lo anterior, en atención a que el resguardo cuenta con diferentes ecosistemas, tales como, Bosques de Galería, Morichales, Sabanas Naturales, los cuales se caracterizan por desempeñar un papel importante en la preservación de los recursos hídricos y sirven de albergue para la fauna en épocas secas. Igualmente, dentro del resguardo están ubicados los caños el Aceitico, Los Indios, Laguna Brava y algunos arroyuelos que sirven para el consumo diario de los habitantes indígenas.”

En tercer lugar, resaltó que la situación ambiental de la región es de tal gravedad que entre las razones del reconocimiento de la función ecológica de los Achagua y Piapoco, el Ministerio de Ambiente afirmó que “la afectación y degradación de los bosques y el suelo han deteriorado el factor de regulación hídrica en las cuencas altas, generando el desbalance en el caudal del río Meta. Los caudales máximos y mínimos se incrementan causando inundaciones en invierno y las sequías en verano”. Consideró que esta problemática ha afectado la pervivencia de ambos pueblos dado que han tenido que ajustar su agricultura para poder garantizar la subsistencia interna, a pesar de sus esfuerzos por conservar y proteger la fauna y flora de la región.

Finalmente, solicitó que se suspendieran los efectos de la resolución 1712 de 2006 y se ordenara la realización de una consulta previa con las comunidades afectadas.

3.2.9. Concepto técnico de la Universidad de Los Andes

La Universidad de Los Andes resaltó, en primer lugar, que el área de influencia del proyecto en cuestión *“fue definida por la empresa petrolera a priori: es decir, antes de que se iniciaran las actividades del proyecto y antes de que se produjeran los efectos y consecuencias de las mismas”*.

Además, señaló que *“suponer que los impactos ambientales, sociales y culturales puedan ser contenidos en los límites de un área de influencia definida ex ante no parece válido, precisamente por la naturaleza misma de los impactos en cuestión: efectos ambientales y en particular los sociales, no constituyen cadenas causales simples. Estos impactos deben pensarse como procesos socio-ecológicos complejos que resulta imposible enmarcar en un área discreta: se producen impactos primarios y secundarios, directos e indirectos, previsibles e imprevisibles. Tales impactos se encuentran siempre entrelazados y, puesto que los impactos producen a su vez nuevos impactos, la conexión entre los mismos es de naturaleza reflexiva y neuronal, y no de una causalidad lineal o simple”*.

Por último, indicó que el hecho de que los sitios importantes en materia cultural y ambiental que integran el territorio indígena no se hubieran incluido en el área de influencia directa, no significa que dichas zonas no se hayan visto afectadas por las actividades de construcción, vigilancia y mantenimiento del oleoducto. En tal virtud, aseguró que debe ordenarse la práctica de una consulta que permita determinar los impactos que ha generado el proyecto y las medidas de compensación y de mitigación que deben adoptarse.

3.2.10. Concepto técnico de la Universidad del Cauca

El Profesor Herinaldy Gómez del departamento de Antropología de la Universidad del Cauca indicó que se reunió con el director de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, con el fin de obtener información sobre la certificación de presencia positiva o negativa de comunidades en el área de influencia del proyecto. Al respecto, señaló:

“(...) la aceptación, por parte de esta dependencia del MIJ, de no existencia de protocolo y la no obtención del estudio de verificación me llevan a inferir, tal y como también se puede deducir de la información consignada en el expediente, que los únicos elementos en los que la autoridad competente se apoyó

*para dar la Certificación de no Presencia de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto referenciado, fueron: la constancia del INCODER correspondiente a los límites Resguardo Turpial- La Victoria de propiedad de los Achaguas -Piapoco de Puerto López –Meta-; la cartografía del Agustín Codazzi existente sobre dicho resguardo; el cotejo de esta cartografía con la cartografía contenida en los diseños, suministrados por la compañía, del trazado del oleoducto; la respuesta o información suministrada al MIJ por el alcalde de Puerto López, en la que se informa que en el área de construcción del oleoducto no se tiene conocimiento de presencia de comunidades indígenas. Conjunto de elementos que si bien son indispensables **no resultan suficientes para colegir de ellos que no existe presencia de comunidades indígenas en el área influencia del proyecto.** De haber sido este el procedimiento institucional realizado para la expedición de la Certificación en referencia, puede colegirse entonces que todo se hizo, sin justificación alguna, a espaldas de las comunidades indígenas que a la postre y en su propia valoración se sintieron vulneradas en sus derechos y en consecuencia procedieron a entablar la demanda que dio origen al presente proceso. Si en efecto esta inferencia corresponde con lo que realmente se realizó institucionalmente para emitir la certificación exigida por ley, en mi entender considero que se está ante un acto administrativo que en la práctica no cumplió, ni se corresponde debidamente con lo que jurídica y culturalmente se espera debe ser un proceso o estudio de verificación que de sustento a la certificación *positiva y negativa*”. (negrilla fuera del texto)*

De otro lado, el Profesor Gómez, después de llevar a cabo una visita a las comunidades demandantes, aseguró que dada la cercanía del proyecto al territorio indígena, por lo menos debieron realizarse estudios en conjunto con aquellas en los términos del Convenio 169 de la OIT. Al respecto, expresó:

“(…) la construcción del oleoducto por ser, de una parte, una actividad de desarrollo de impacto en la región , de otra, ser una obra que pasaría cerca a los límites fiscales del Resguardo Turpial-La Victoria (de 2 a 3 kms en su punto más cercano, según los estudios de diseño) constituían elementos evidentes que daban ‘lugar a efectuar estudios de cooperación con los pueblos interesados (es este caso Achaguas y Piapoco) a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente’. En suma, se estaba ante una obra que en caso de no requerir consulta previa, si requería aplicar, por parte del Estado, en este caso por el MIJ y MAVIDETE, la

normativa aquí reiterada. Omisión legal institucional, que a la postre se tornó aún mas grave cuando CMR -empresa constructora del ducto- utilizó para la construcción de algunos de sus tramos la trocha-carreteable interna del Resguardo Turpial –La victoria o Humapo cuyo uso primordial es para la entrada y salida de sus propios habitantes (comunidad Achaguas-Piapoco). Utilización con la cual incumplió con la advertencia expresamente estipulada en la Licencia Ambiental en el numeral ‘2. Actividades básicas de la fase constructiva’, literal “b El acceso al trazado del oleoducto entre el río Yucao y el río Meta deberá hacerse a través del mismo derecho de vía, para garantizar que no se afectarán las comunidades étnicas (resguardo de Humapo)”. Esta expresa recomendación existente en la Licencia Ambiental y la no objeción de la misma por la empresa solicitante devela, por un lado, que **sí existía presencia étnica en el área de influencia del proyecto**. Por otro lado, que si bien el ducto no pasaría por territorio de resguardo, algunas de las actividades básicas de la fase constructiva podrían requerir del uso de las vías internas del resguardo y a fin de no afectar a las comunidades étnicas que lo habitan la Licencia Ambiental determinó que en el ‘trayecto del ducto (Rio Yucao- Meta) el acceso al trazado deberá hacerse a través del mismo derecho de vía. La manifiesta contradicción institucional que se evidencia entre el MIJ cuando Certifica que no hay presencia indígena en el área de influencia del proyecto y el MAVIETE da a entender todo lo contrario cuando en la Licencia Ambiental establece expresamente la recomendación de proceder en la fase constructiva de una manera particular para no afectarlas, vale decir, cuando advierte que en el ‘trayecto del ducto (Rio Yucao- Meta) el acceso al trazado deberá hacerse a través del mismo derecho de vía, para garantizar que no se afectarán las comunidades étnicas (resguardo de Humapo)’. Contradicción a la que hay que sumar el hecho que la empresa constructora del ducto incumplió y realizó un claro desacato a esta recomendación, con la excusa de que la vía utilizada ‘no está dentro del Resguardo sino en sus límites’. En síntesis, la contradicción oficial ya evidenciada y el mismo incumplimiento de ODL obligan a preguntarse si en realidad no es hoy razonable pensar que se está ante una situación que requería consulta previa ya fuera porque en el área de influencia del ducto sí había presencia étnica o porque **las actividades básicas de la fase constructivas** demandaban el uso de vías internas del resguardo y en tal sentido se trataba de un proyecto que los afectaba directamente, como en efecto se previó en la Licencia Ambiental y a la postre terminó sucediendo”. (negrilla original)

Con relación al reclamo de la perforación del subsuelo subacuático en un lugar sagrado para la comunidad, denominado el Charcón, manifestó lo siguiente:

“(...) es fácil identificar que si bien el lugar no hace parte del territorio actualmente reconocido como Resguardo sí corresponde a un espacio tradicional en el que se realizan prácticas ancestrales de vital importancia para la reproducción de sus concepciones culturales como para la vida comunitaria y la subsistencia. Espacio acuático que la comunidad Achagua habita desde hace un poco más de 50 años y que desde entonces en la región se le reconoce como espacio de usufructo de los achagua, algo así como lugar de pesca propio de los indígenas achaguas. (...) Desde el punto de vista cosmogónico se trata de un espacio en el que los niños reciben los conocimientos tradicionales que se requieren para ser un buen pescador, vale decir, espacio en el que por excelencia se realiza la socialización y aprenden las normas, principios éticos y formas de comportamiento de relación con la naturaleza acuática y los seres que la habitan, tales como: el espíritu del agua que allí habita, el dueño de la casa de la tortuga, el cuidador de los bufeos que permite que pasen por el lugar los delfines rosados y grises, el dueño de cada tipo peces que tiene su casa en el lugar. Este espacio, si se tiene presente que por regla común los pueblos indígenas tienen una concepción del territorio de carácter vertical (que en algunas comunidades llega hasta 9 mundos y cuando menos a tres), hace parte de uno de los mundos que configuran su territorio, es decir, el mundo del medio o de la mitad (y en el cual habitan los Achagua-Piapoco y del cual hacen parte los espacios acuáticos como el Charcón). Espacio acuático que está conectado y relacionado con el mundo de abajo-subacuático y con los mundos de arriba, uno de los cuales es el que en occidente se identifica con la vía láctea. Mundos de los cuales hablan los Achaguas con suma propiedad y conocimiento (acuático y astronómico) a las nuevas generaciones. Conocimiento que transmiten de forma muy especial en el Charcón, aprovechando la época de verano en la que coinciden dos fenómenos, la mayor abundancia de peces y la mayor visibilidad de la vía láctea razón por la cual se volvió costumbre que un significativo número de padres-hijos habiten transitoriamente dicho lugar para pescar y al mismo tiempo socializar los conocimientos propios de esta actividad, Conocimientos que seguramente un estudio de las categorías lingüísticas permitirán conocer cuáles son las concepciones y relaciones entre estos dos mundos y las razones por las cuales

la cultura establece son necesarios de conocer para ser un buen pescador. Pesca que conjuntamente con la fabricación de la fariña (hecha a partir de la mandioca o yuca brava) son fundamento de su dieta alimenticia tal y como pueden verse en las fotos infra. Todo lo cual sirve para evidenciar porque el etnónimo Achaguas traduce o significa Gente del Agua. La Comunidad Achagua-Piapoco hace parte del complejo cultural de pueblos de la Orinoquia y Amazonía cuya alimentación depende, principalmente, del pescado y la fariña fabricada de la yuca brava”. (negrilla fuera del texto)

Concluyó que con la certificación de no presencia étnica en el área de influencia directa del proyecto, “*se le negó e impidió, de hecho, a la Comunidad Achagua-Piapoco ser informada con antelación sobre las posibles incidencias positivas o negativas, para su supervivencia e integridad como pueblo, derivadas de la instalación del oleoducto y las ocasionadas por las actividades básicas de su fase constructiva. Las afectaciones causadas por la realización de dicho proyecto deben ser objeto de una evaluación cuidadosa que permitan determinar de manera justa las compensaciones económicas y las formas de reparación cultural más apropiada para esta comunidad. Valoración que requiere, de una parte, del diseño y aplicación de metodologías especiales, de otra ser realizada conjuntamente por la comunidad y por profesionales con experiencia en dicho campo y capacitados para tal fin*”.

3.2.11. Inspección judicial practicada por el Despacho del Magistrado Sustanciador

El día 13 de mayo de 2011, se practicó la diligencia de inspección judicial en el resguardo indígena Turpial – La Victoria, con el acompañamiento de la Defensoría Regional del Pueblo del Departamento del Meta, del Ministerio del Interior, de las empresas accionadas. En dicha diligencia se empleó el sistema de grabación magnetofónica de acuerdo con los parámetros establecidos en el artículo 109 del Código de Procedimiento Civil y, posteriormente, se elaboró la respectiva acta, de la cual se corrió traslado a las partes.

4. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

4.1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia. Además, procede la

revisión en virtud de la selección realizada por la Sala Octava y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

4.2. PROBLEMA JURÍDICO

En la presente ocasión, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si el derecho fundamental de participación en las decisiones que los afectan del pueblo indígena Achagua Piapoco, en particular su derecho a la consulta previa, fue vulnerado por los Ministerios del Interior y de Justicia y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, la empresa Meta Petroleum Limited y la empresa Oleoducto de los Llanos Orientales ‘ODL’, el primero por no certificar la presencia de la comunidad en el área de influencia del proyecto Oleoducto de los Llanos y no disponer la realización de una consulta previa a su ejecución, el segundo por conceder licencia ambiental al proyecto sin verificar que la comunidad fuera consultada, y las dos últimas empresas por llevar a cabo el proyecto sin consultar a la comunidad.

Para resolver este problema jurídico, la Sala analizará **(i)** el contenido del derecho fundamental a la participación de las comunidades étnicas y la consulta previa como manifestación de este derecho; **(ii)** el derecho de estas comunidades al territorio y a la propiedad colectiva a nivel constitucional, internacional y nacional; **(iii)** la procedencia de la acción bajo estudio, teniendo en cuenta que la misma fue instaurada tres años después de haberse otorgado la licencia ambiental para la construcción del oleoducto; y **(iv)** en caso de que la tutela resulte procedente, si en el caso sometido a estudio se vulneraron los derechos de la comunidad tutelante.

4.3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA LIBRE DETERMINACIÓN Y A LA PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES ÉTNICAS

El derecho fundamental de los pueblos indígenas a la libre determinación tienen fundamento en los artículos 1, 7, 70, 171, 176, 246, 286, 329 y 330, entre otros, de la Carta, en el Convenio 169 de la OIT “Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes” y otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas adoptada en el 2007.

Como ha indicado la jurisprudencia constitucional, la libre determinación comprende el derecho de las comunidades étnicas a “(...) *determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno; a darse o conservar sus normas, costumbres, visión del mundo y opción de desarrollo o proyecto de vida; y de adoptar las decisiones internas o*

locales que estime más adecuadas para la conservación o protección de esos fines”.⁴ Así, la consagración de este derecho, junto con el de otros derechos de las comunidades étnicas, como se manifestó en la **sentencia C-030 de 2008**, parte del reconocimiento del valor intrínseco de las comunidades étnicas como grupos diferenciados culturalmente.

Este derecho comprende al menos **tres ámbitos de protección** ligados a distintos factores de interacción, como precisó la Corte en la **sentencia T-973 de 2009**:

*“En el ámbito externo, el respeto por la autonomía de las comunidades indígenas exige reconocer el derecho de tales grupos, a **participar en las decisiones que los afectan**. Ese reconocimiento supone que en las relaciones entre estos pueblos y el Estado, **la consulta previa a las comunidades indígenas juega un rol necesario en los términos previamente enunciados**, para asegurar que las aspiraciones culturales, espirituales y políticas de los pueblos indígenas sean consideradas en el ejercicio de las demás atribuciones y competencias de la Administración. Por lo tanto, estos pueblos tienen el derecho a ser consultados previamente con relación a las decisiones que los afecten, en los términos que determine la Constitución y la ley. Un segundo ámbito de protección, también externo, tiene que ver **con la participación política de estas comunidades**, en la esfera de representación nacional en el Congreso. Así, las comunidades indígenas tienen el derecho de participar en la circunscripción especial electoral prevista para ellas, de acuerdo con la Constitución. (...)”*

*Finalmente, existe un tercer ámbito de reconocimiento a la autonomía de estas comunidades que es de orden interno, y que está relacionado con **las formas de autogobierno y de autodeterminación de las reglas jurídicas al interior de los pueblos indígenas**. Ello supone el derecho de las comunidades, (i) a decidir su forma de gobierno (CP art. 330); (ii) el derecho a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (C.P. art. 246) y (iii) el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus resguardos y territorios, con los límites que señale la Constitución y la ley. La autonomía política y*

⁴ Cfr. Sentencia T-514 de 2009. En la sentencia T-973 de 2009, la Corte Constitucional nuevamente definió el derecho de la siguiente manera: “a *decidir por sí mismos los asuntos y aspiraciones propias de su comunidad, en los ámbitos material, cultural, espiritual, político y jurídico, de acuerdo con sus referentes propios y conforme con los límites que señalen la Constitución y la ley.*” Por su parte, el artículo 4 de la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas dispone: “*Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.*” El artículo 5 agrega que los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, y a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

*jurídica, relacionada de este modo con una autogestión territorial, actúa así como un instrumento de reafirmación de la identidad de las comunidades indígenas, las cuales, mediante el ejercicio de sus prácticas tradicionales, avanzan en el fortalecimiento de sus autoridades internas y en el auto-reconocimiento de sus espacios de expresión colectiva”.*⁵

En el **primer ámbito**, se encuentra entonces el derecho general de las comunidades étnicas a **participar en la toma de cualquier decisión que pueda concernirles**. Así, la participación se convierte en vehículo que permite a las comunidades expresar los valores e intereses culturales que las diferencian de la cultura mayoritaria predominante, a fin de que sean tenidos en cuenta a la hora de adoptar decisiones que les conciernen y de esta forma cumplir el objetivo constitucional de proteger su integridad cultural⁶.

Este primer derecho se manifiesta a su vez de distintas formas. Primero, el literal a) del artículo 6 del Convenio 169 reconoce el derecho de las comunidades étnicas a: *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”*. A su turno, el artículo 7-1 del Convenio prevé que las comunidades tienen derecho a:

“(…) 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. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.”

Por su parte, el párrafo del artículo 330 de la Constitución señala que el Gobierno debe propiciar la participación de los representantes de las comunidades indígenas en la toma de decisiones relacionadas con la explotación de los recursos naturales de sus territorios. Por su parte, la Ley 70 prevé la realización de consultas a las comunidades afrocolombianas en cuatro eventos: **(i)** en la definición del plan de manejo de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, cuando en ellos se encuentren familias o personas de comunidades afro

⁵ Cfr. Sentencia T-973 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo. En la sentencia C-030 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte ya había resaltado los dos primeros componentes del derecho a la libre determinación de las comunidades étnicas: participación en términos generales y consulta previa.

⁶ Cfr. Sentencias C-620 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-208 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-702 de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

que desarrollen prácticas tradicionales (artículo 22); **(ii)** en la definición de la organización y el funcionamiento de los programas especiales de formación técnica, tecnológica y profesional para los miembros de dichas comunidades (artículo 38); **(iii)** en la conformación de la “unidad de gestión de proyectos” que tendrá que existir en los fondos estatales de inversión social, para el apoyo de las comunidades negras en los procesos de capacitación, identificación, formulación, ejecución y evaluación de proyectos (artículo 58); y **(iv)** en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socio-económico y cultural que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere la ley. Estos preceptos reconocen entonces el derecho fundamental de las comunidades a la **consulta previa** de cualquier decisión susceptible de afectarles **directamente**. El contenido de este derecho será desarrollado más adelante.

Segundo, respecto de **otras decisiones que puedan afectar indirectamente** a las comunidades, el artículo 7-3 del mismo Convenio prevé la obligación de los estados parte de “(...) *velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.*” (negrilla fuera del texto). Así, esta disposición estipula que respecto de las decisiones que conciernen indirectamente a las comunidades étnicas, éstas tienen derecho a participar en los respectivos estudios para determinar su incidencia, lo que supone que, por lo menos, deben ser informadas de los planes, proyectos u otras decisiones que se pretenda tomar.

Así, sobre la diferenciación para efectos de participación entre decisiones que conciernen directamente o indirectamente a las comunidades étnicas, la Corte precisó lo siguiente en la **sentencia C-030 de 2008**⁷:

“De este modo, cuando se adopten medidas en aplicación del convenio, cabe distinguir dos niveles de afectación de los pueblos indígenas y tribales: el que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les conciernan, evento en el que debe hacerse efectivo un derecho general de participación, y el que corresponde a las medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente, caso para el cual se ha previsto un deber de consulta.”

⁷ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

El segundo ámbito de protección comprende el derecho de las comunidades étnicas a **participar en la toma de decisiones políticas**. Este ámbito de protección se fundamenta, entre otras disposiciones, en el literal b) el artículo 6 del Convenio 169, según el cual los estados parte tienen la obligación de: *“b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan”*. A nivel nacional, el derecho a la participación en las decisiones políticas se concreta, como se indicó en la **sentencia C-030 de 2008**⁸, en ámbitos como los siguientes:

“De manera específica ese derecho general de participación se manifiesta, en el ámbito de las medidas legislativas que conciernan a los pueblos indígenas, y tribales, (1) en la posibilidad que sus integrantes tienen de concurrir, en igualdad de condiciones con todos los colombianos, en la elección de sus representantes en las corporaciones de elección popular; (2) en el hecho de que, en desarrollo del carácter público del proceso legislativo, pueden conocer las iniciativas en trámite, promover discusiones, remitir conceptos, solicitar audiencias⁹ y, (3) en las previsiones constitucionales sobre la circunscripción especial indígena, porque si bien quienes allí resulten elegidos no representan formalmente a las distintas comunidades indígenas, si son voceros, de manera amplia, de su particular cosmovisión y pueden constituir efectivos canales de comunicación entre las células legislativas y las autoridades representativas de las comunidades indígenas y tribales.”

Finalmente, el tercer ámbito de protección se refiere al **derecho al autogobierno de las comunidades étnicas**. Esta prerrogativa se fundamenta, por ejemplo, en el literal c) del artículo 6 del Convenio 169, de acuerdo con el cual los estados deben: *“c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.”* A nivel nacional, este ámbito de protección es concreto, por ejemplo, en el artículo 246 superior, que permite a las autoridades indígenas ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial; el artículo 286, según el cual los territorios indígenas son entidades territoriales; y el artículo 330, que indica que los

⁸ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁹ En el Capítulo IX de la Ley 5 de 1992 se regula la participación ciudadana en el estudio de los proyectos de ley, asunto en relación con el cual, en el artículo 230 se dispone que “Para expresar sus opiniones toda persona, natural o jurídica, podrá presentar observaciones sobre cualquier proyecto de ley o de acto legislativo cuyo examen y estudio se esté adelantando en alguna de las Comisiones Constitucionales Permanentes.”

territorios indígenas deben ser gobernados por consejos conformados según los usos y costumbres de la respectiva comunidad.

A continuación la Sala se centrará en el derecho a la consulta previa, teniendo en cuenta los alegatos de la comunidad demandante.

4.4. EL DERECHO A LA CONSULTA COMO UNA MANIFESTACIÓN DE LOS DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LAS COMUNIDADES ÉTNICAS

La Corte ha destacado que la protección constitucional del derecho a la libre determinación de las comunidades étnicas se hace efectiva de manera especial mediante el deber estatal de adelantar **procesos de consulta** antes de la adopción y la ejecución de decisiones que directamente puedan afectarles.

La jurisprudencia constitucional desde sus comienzos ha reconocido que la consulta previa es un derecho fundamental de titularidad grupal en cabeza de las comunidades étnicas, lo que significa una ruptura con la teoría tradicional de los derechos individuales de marcado corte individualista. Por ejemplo, en la **sentencia T-428 de 1992**¹⁰, la Corte Constitucional reflexionó sobre el alcance de los derechos de las comunidades indígenas a propósito de la construcción de una importante troncal –la Carretera del Café– en parte del territorio de una comunidad, y puso en evidencia la naturaleza grupal de sus derechos como la consulta previa.

Con fundamento en el anterior pronunciamiento en el que se reconoció el carácter grupal del derecho a la consulta previa, en varias sentencias posteriores esta garantía se asimiló a los derechos colectivos reconocidos en la Carta en el capítulo III del título II (también denominados derechos de tercera generación por parte de la doctrina, con el fin de denotar su reconocimiento relativamente reciente en el derecho internacional de los derechos humanos), para cuya protección el Constituyente previó específicamente la acción popular.¹¹ La confusión fue aclarada en la **sentencia T-380 de 1993**¹², en la que Corte tuteló el derecho al territorio de la comunidad Emberá-Catío del río Chajeradó (Antioquia), especialmente su derecho a ser consultadas antes de que se llevara a cabo la explotación de recursos naturales renovables ubicados en su territorio, y precisó que la consagración del principio de diversidad étnica y cultural implica el reconocimiento de “(...) **personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas**

¹⁰ M.P. Ciro Angarita Barón.

¹¹ Esta afirmación fue hecha por la Corte en un momento en el que aún no había admitido la naturaleza fundamental de los derechos económicos, sociales y culturales, y de los derechos colectivos, tales como el derecho al espacio público y a un ambiente sano, junto a los derechos civiles y políticos.

¹² M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que les sean conculcados.”¹³

En esta sentencia, la Corte también precisó que la titularidad grupal de un derecho por una comunidad étnica no puede confundirse con la naturaleza colectiva de otros derechos reconocidos en la Constitución o con el concepto de intereses difusos. Para la Corte:

*“Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. **La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos** (CP art. 88). En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes.”* (Subraya y negrilla fuera del texto original).

Esta postura ha sido ratificada en sentencias como la **SU-039 de 1997**¹⁴ y **T-652 de 1998**¹⁵, en las que también se ha precisado que los derechos fundamentales de los grupos son susceptibles de ser amparados mediante la acción de tutela.

En resumen, por ser la consulta previa una forma de participación que realiza el derecho a la libre determinación de las comunidades étnicas e, incluso, su derecho a la supervivencia como grupo diferenciado,¹⁶ este mecanismo ha sido protegido por esta Corporación como un derecho fundamental, tanto en ejercicio del control abstracto de

¹³ La Corte también explicó: “8. La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser “sujeto” de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a “la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” (CP art. 1 y 7).

(...)

(...) El reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural.”

¹⁴ M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁵ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁶ En la sentencia C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte explicó que “en cuanto hace a los pueblos indígenas y tribales, una de las formas de participación democrática previstas en la Carta es el derecho a la consulta, previsto de manera particular en los artículos 329 y 330 de la Constitución, que disponen la participación de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios”.

constitucionalidad¹⁷ como en sede de tutela,¹⁸, cuando se trata de la adopción de medidas normativas o administrativas que directamente conciernen a dichas comunidades.¹⁹

A continuación se analizan los alcances de este derecho:

4.4.1. Tipos de decisiones que se deben consultar

En relación con **los alcances del derecho de consulta** de las comunidades étnicas previsto en el literal a) del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, en **sentencia T-769 de 2009**²⁰ la Corte reiteró los aspectos fijados en la **sentencia C-030 de 2008**, en los siguientes términos:

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

De lo anterior, se concluyó que ‘en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios’.

De manera que cuando se adopten medidas en aplicación del artículo 6 del Convenio, cabe distinguir dos niveles de afectación de estos pueblos: *“el que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les conciernan, evento en el que debe hacerse efectivo un derecho*

¹⁷ Consúltese, entre otras, las sentencias C-418 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Gálvis, C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-461 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y C-175 de 2009 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

¹⁸ Consúltese, entre otras, las sentencias SU-383 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Gálvis, T-737 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Gálvis y T-382 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁹ Sobre la naturaleza fundamental de este derecho se pueden ver, entre otras, las sentencias C-175 de 2009 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva; C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-461 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-382 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y C-418 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

²⁰ M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

*general de participación, y el que corresponde a las medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente, caso para el cual se ha previsto un deber de consulta”.*²¹ (Negrilla y subraya fuera de texto original).

De lo anterior se desprende que existen varios tipos de decisiones que se deben consultar:

4.4.1.1. Decisiones administrativas relacionadas con proyectos de desarrollo: licencias ambientales, contratos de concesión y concesiones mineras, entre otros

Sobre la naturaleza de este tipo de decisiones a consultar, la jurisprudencia ha tenido una evolución importante. Parte importante de la jurisprudencia en la materia se ha concentrado en **medidas administrativas –especialmente licencias ambientales y contratos de obra o concesión- ligadas a proyectos de desarrollo que afectan directamente a las comunidades étnicas**, particularmente decisiones que permiten la explotación o el aprovechamiento de recursos naturales ubicados en sus territorios. Por ejemplo, en la **sentencia SU-039 de 1997**²² la Corte tuteló el derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad indígena U’wa, debido que el Ministerio de Medio Ambiente había otorgado licencia ambiental a Occidental de Colombia Inc. para realizar actividades de explotación de hidrocarburos en áreas del resguardo de la comunidad, sin llevar a cabo un proceso previo de consulta.

Un año más tarde, en la **sentencia T-652 de 1998**,²³ la Corte tuteló el derecho a la consulta previa del pueblo Embera del Alto Sinú debido a que las autoridades ambientales habían otorgado licencia ambiental para la construcción de una represa en su territorio sin consultarlos previamente.²⁴

También es necesario resaltar la **sentencia T-769 de 2009**²⁵, en la que la Corte tuteló el derecho a la consulta previa, entre otros, de la Comunidad Bachidubi, Resguardo Río Murindó, debido a que se había

²¹ Sentencia C-030 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²² M.P. Antonio Barrera Carbonell.

²³ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁴ La Corte afirmó: “En conclusión, la Corte estima que el procedimiento para la expedición de la licencia ambiental que permitió la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica Urrá I se cumplió en forma irregular, y con violación de los derechos fundamentales del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, pues se omitió la consulta que formal y sustancialmente debió hacersele. Así, no sólo resultaron vulnerados el derecho de participación (C.P. art. 40-2 y parágrafo del art. 330), el derecho al debido proceso (C.P. art. 29), y el derecho a la integridad de este pueblo (C.P. art. 330), sino que se violó el principio del respeto por el carácter multicultural de la nación colombiana consagrado en el artículo 7 Superior, y se viene afectando gravemente el derecho a la subsistencia de los Embera del Departamento de Córdoba (C.P. art. 11), a más de que el Estado incumplió los compromisos adquiridos internacionalmente e incorporados al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991 en materia de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas.”

²⁵ M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

concedido autorización a la Compañía Muriel Mining Corporation para la exploración y explotación de una mina de cobre, oro y molibdeno en los departamentos de Antioquia y Chocó, proyecto Mandé Norte, sin consultar con antelación a sus miembros. En consecuencia, la Corporación ordenó suspender las actividades de exploración y explotación hasta que no fuera agotada la consulta y se materializara el consentimiento libre, informado y previo.

Posteriormente, en la **sentencia T-547 de 2010**²⁶, en la que la Corte revisó los fallos de instancia dictados dentro de la acción de tutela interpuesta por pueblos Kogi, Arhuaco, Kankuamo y Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta contra los ministerios de Interior y Ambiente y otras autoridades, con ocasión del inicio de las obras de Puerto Brisa, la Corte precisó que los actos administrativos que preceden el desarrollo de un proyecto de infraestructura –en ese caso portuaria, como la respectiva licencia ambiental, así como la ejecución misma del proyecto, deben ser consultados previamente a las comunidades étnicas, no solamente cuando el proyecto se ubica dentro de los resguardos de las comunidades, sino también **cuando se planea realizarlos en territorios de usos ancestrales y donde las comunidades desarrollan prácticas tradicionales**.

Luego, en la **sentencia T-745 de 2010**²⁷, la Corte tuteló los derechos de la comunidad afrocolombiana asentada en la isla Barú a la participación y a la consulta previa, debido a que la alcaldía de Cartagena celebró el contrato de concesión vial N° VAL-02-06 con el Consorcio Vial Isla Barú para el estudio, diseño y construcción de la vía transversal Barú y de las entradas a los puertos de los poblados de la Isla, Ararca, Santana y Barú, sin llevar a cabo previamente el proceso de consulta a la comunidad. Por ello se ordenó suspender la ejecución del proyecto hasta que se realizará la respectiva consulta.

En la **sentencia T-1045A de 2010**²⁸, la Corte amparó el derecho a la consulta previa de la comunidad afrocolombiana perteneciente al Consejo Comunitario del corregimiento La Toma, municipio de Suárez, Cauca, el cual había sido vulnerado por el otorgamiento un particular de una concesión minera para la explotación aurífera, dentro del territorio de su asentamiento ancestral.

Por último, en la **sentencia T-129 de 2011**²⁹, la Corte amparó los derechos a la consulta previa y a la integridad y supervivencia cultural, entre otros, de la etnia Embera-Katío ubicada en los resguardos Chidima-Tolo y Pescadito, departamento de Chocó, ya que varias

²⁶ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²⁷ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁸ M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

²⁹ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

entidades públicas como los ministerios de Ambiente, Interior y Minas, Codechoco y las alcaldías de municipios como Acandí y Ungía, por acción u omisión, permitieron que se adoptarían decisiones como **(i)** dar inicio a la construcción de una carretera para la conexión de Colombia y Panamá que se planea en el resguardo, y **(ii)** conceder permisos mineros y permitir la explotación minera en el área de influencia del pueblo Embera-Katío sin llevar a cabo primero un proceso de consulta. Por ello se ordenó suspender todas las actividades de prospección, exploración - legal e ilegal- o similares en materia minera que puedan afectar a las comunidades indígenas, así como la construcción de la carretera. En este caso, la Corte además precisó que la consulta debe hacerse antes no sólo de comenzar la exploración de los recursos naturales, sino **antes de llevar a cabo las actividades de prospección.**

4.4.1.2. Presupuestos y proyectos de inversión financiados con recursos del presupuesto nacional

De acuerdo con la **sentencia C-461 de 2008**,³⁰ la consulta previa también debe realizarse antes de la **elaboración de los presupuestos y la ejecución de proyectos de inversión financiados con recursos del presupuesto nacional** que afecten directamente a las comunidades indígenas. Por ello la Corte declaró la exequibilidad condicionada de la Ley 1151 de 2007 “*por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010*”, “*en el entendido de que se suspenderá la ejecución de cada uno de los proyectos, programas o presupuestos plurianuales incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades étnicas afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específica exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por la jurisprudencia constitucional*”.³¹

4.4.1.3. Decisiones sobre la prestación del servicio de educación que afectan directamente a las comunidades

La jurisprudencia constitucional también ha precisado, de la mano con la “Guía para la aplicación del Convenio 169 de la OIT”, que las decisiones relacionadas con la prestación del servicio público de educación dentro de los territorios de las comunidades étnicas deben

³⁰ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³¹ El demandante alegaba que las minorías indígenas en el Congreso no han podido surtir una incidencia efectiva sobre la aprobación del Plan Nacional de Desarrollo en forma tal que éste sea sensible a los intereses de los grupos étnicos del país; y señala que “como comunidades indígenas no podemos estar de acuerdo con iniciativas preparadas desde un escritorio por funcionarios que desconocen nuestras costumbres, nuestra cultura, la forma en que nos relacionamos con la tierra y con los recursos naturales, quienes por mejor intención que tengan, no podrán entender la visión de desarrollo o nuestro concepto de bienestar que hace parte de la autodeterminación que tenemos como pueblos legalmente reconocidos. En nuestra condición de minorías (...) es que hoy accionamos para que se nos reivindique el derecho de participar en la planificación de nuestro desarrollo”.

someterse a consulta previa. Así, en la **sentencia T-116 de 2011**³², la Corte tuteló los derechos a la consulta previa y a la cultura, entre otros, de la comunidad indígena Páez de la Gaitana, departamento del Cauca, por cuanto la Institución Educativa Promoción Social de Guanacas y sus sedes, la cual atendía un porcentaje importante de miembros de la comunidad, había sido declarada establecimiento educativo oficial por el Decreto 0591 de 2009 y, por tanto, excluida de la política de etnoeducación, sin que se consultara previamente a la comunidad. En este caso el Ministerio de Educación –una de las entidades demandadas– alegaba que el colegio no se ubicaba dentro del territorio de la comunidad y que por ello no era necesaria la consulta. La Corte, por el contrario aclaró que “*al tenor del artículo 6 del Convenio 169 de OIT, la obligación de adelantar la consulta previa se activa en presencia de cualquier medida que afecte directamente a una comunidad étnica y no solamente con aquellas que se ejecuten en su territorio*”. (negrilla fuera del texto)

4.4.1.4. Medidas legislativas

A partir del año 2001, la Corte comenzó a discutir si el deber de consulta previa se extendía a los **proyectos de ley**. En un comienzo la Corte adoptó una postura restringida y aseguró que dado que ni la Constitución ni la ley orgánica que regula el procedimiento legislativo exigen la consulta previa en el procedimiento de aprobación de un proyecto ley, la consulta no es necesaria en estos casos. Así, en la **sentencia C-169 de 2001**,³³ en la que se analizó la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria por el cual se creó una circunscripción electoral especial para que las comunidades afrocolombianas, la Corte consideró que la omisión de consulta no viciaba la constitucionalidad de la ley.³⁴

En pronunciamientos más recientes, la Corte abandonó esta posición. En efecto, en la **sentencia C-030 de 2008**,³⁵ la Corporación declaró inexecutable la Ley Forestal –Ley 1021 de 2006 – por no haber sido consultada a las comunidades afrocolombianas e indígenas antes de su

³² M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³³ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

³⁴ En esta primera oportunidad, la Corte expresó textualmente lo siguiente: “Lo que resulta de especial importancia para el caso presente, es que ni la Constitución, ni el Congreso, han previsto la realización de la consulta previa cuando se adopten medidas legislativas como la que se estudia. Ante tal silencio normativo, se debe entender que, en este momento, el alcance que le han atribuido los órganos representativos del pueblo colombiano a la obligación que consta en el artículo 6 del Convenio 169 de la O.I.T., es el de consagrar la consulta previa como un procedimiento obligatorio en las específicas hipótesis arriba señaladas. En criterio de la Corte, ello no desconoce los límites de la discrecionalidad que este tratado otorga a sus Estados Partes, puesto que cada una de ellas pretende combinar la protección del territorio en que habitan estas etnias y la salvaguarda de su identidad particular, por una parte, con el fomento de su participación, por otra; lo cual, a todas luces, satisface el objetivo principal del Convenio referido.”

³⁵ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

aprobación legislativa, pese a que ninguna ley o decreto ordenaba la consulta de manera explícita.³⁶ La Corte expresó:

“En primer lugar, tratándose específicamente de medidas legislativas, es claro que el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente, evento en el cual, a la luz de lo expresado por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, la consulta contemplada en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT deberá surtirse en los términos previstos en la Constitución y en la ley.”

Posteriormente, en la **sentencia C-175 de 2009**,³⁷ la Corte declaró inexecutable la Ley 1152 de 2007, *“por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones”* por no haberse surtido la consulta previa. En esa oportunidad, se precisó:

“38. La Ley 1152 de 2007 configura una regulación integral y sistemática sobre el desarrollo rural y el uso y aprovechamiento de la propiedad agraria, régimen jurídico que debió someterse al trámite de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, en razón de la especial connotación que el territorio tiene para estos pueblos, al igual que por la existencia de disposiciones particulares y concretas en el EDR que los afectan directamente.

39. Sin embargo, de conformidad con los argumentos de índole fáctica recopilados en esta sentencia, la Corte pudo comprobar que las actividades desarrolladas por el Gobierno Nacional no cumplieron con las condiciones constitucionales de la consulta. En especial, los procesos de acercamiento fueron realizados de forma inoportuna, cuando el trámite legislativo ya se encontraba en curso, circunstancia incompatible con la vigencia del principio de buena fe en los procesos de consulta previa. Adicionalmente, no se comprobó que fuera adelantado un procedimiento preconsultivo con las comunidades tradicionales, tendiente a definir las reglas de deliberación del proceso de consulta previa. De este modo, resulta desacertado sostener que dichos acercamientos extemporáneos suplen el

³⁶ Sin embargo, la Corte aseguró que su decisión no se apartaba del precedente fijado en la sentencia C-169 de 2001, pues en este caso la falta de consulta no fue demandada como un vicio del procedimiento legislativo —como ocurrió en la anterior sentencia—, sino como un vicio sustantivo previo al inicio del trámite de la ley y que se proyecta sobre su contenido. Pese a esta argumentación, en la práctica la Corte modificó la línea al establecer que la consulta previa de cualquier medida legislativa que afecte directamente a las comunidades étnicas es obligatoria aunque ninguna ley expresamente la disponga.

³⁷ M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

requisito de consulta previa, puesto que fueron ejecutados luego de haberse iniciado el trámite legislativo y en escenarios propios de éste. En ese sentido, responden a formas de participación democrática de carácter general, los cuales difieren de las modalidades concretas de incidencia de las comunidades indígenas y afrodescendientes a las que se refiere el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, las cuales corresponde a un procedimiento sustantivo de índole constitucional, dirigido a satisfacer el derecho fundamental a la consulta previa, del cual son titulares las comunidades indígenas y afrodescendientes.

40. Debido a la pretermisión del requisito de consulta previa, la norma acusada deviene inexecutable en su integridad. Ello debido a que, en razón de constituir, por expreso mandato del Legislador, un régimen general y sistemático en materia de uso y aprovechamiento de los territorios rurales, (i) no resulta viable diferenciar entre las normas que afectan directamente a las comunidades y aquellas que no tienen ese efecto, amén de la posibilidad que en casos concretos cualquier disposición del EDR contraiga esa afectación; y (ii) la exclusión, en virtud de su inexecutable, de las normas que hagan referencia nominal a los pueblos indígenas y tribales, generaría un régimen discriminatorio en contra de los mismos, puesto que contribuiría a un déficit de protección jurídica, contrario a los derechos que la Constitución reconoce a dichas minorías étnicas.”

Más recientemente, en la **sentencia C-702 de 2010**,³⁸ la Corte extendió esta doctrina a los **actos reformativos de la Constitución** y declaró inexecutable el inciso 8° del artículo 2° del Acto Legislativo N° 01 de 2009, “*Por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia*”. A juicio de la Corte, el concepto de **medida legislativa** cubija los actos legislativos pues, en primer lugar, la finalidad que animó la expedición del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT fue la de asegurar la preservación de la cultura de las comunidades étnicas, a través de un mecanismo de participación eficaz. Así las cosas, la expresión “**medidas legislativas**” utilizada por el artículo 6° del Convenio 169, no puede ser entendida en un sentido restringido alusivo en forma estricta a la ley en sentido formal, sino en uno amplio que cobije todo tipo de medidas normativas no administrativas susceptibles de afectar directamente a dichas comunidades. En segundo lugar, de acuerdo con una interpretación *pro homine*, la exégesis de la expresión “**medidas legislativas**” que debe ser

³⁸ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

escogida es aquella que permita ampliar el espectro de ejercicio del derecho fundamental de las comunidades étnicas.

Por último, en el derecho constitucional colombiano, la palabra *ley* no tiene un sentido unívoco y, por lo tanto, el adjetivo *legislativo* tampoco lo tiene. La expresión “*medidas legislativas*” no puede entenderse que concierne exclusivamente a las leyes en sentido formal; a la hora de hacer la exégesis de dicha expresión para determinar el alcance del derecho de consulta previa, es menester escoger la interpretación que permita hacer realidad el deber estatal de reconocimiento, garantía y promoción de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, así como lograr la efectividad del derecho a la consulta.

En resumen, de acuerdo con el Convenio 169, el mecanismo de consulta allí previsto debe surtir no solamente cuando se trate de la explotación de recursos naturales existentes en territorio pertenecientes a las comunidades étnicas, sino también cuando involucre decisiones administrativas y legislativas del Estado que afecten o comprometan intereses propios de dichas comunidades.

4.4.2. Finalidad de la consulta

La Corte ha precisado que la consulta previa tiene **la finalidad** de (i) dotar a las comunidades de conocimiento pleno sobre los proyectos y decisiones que les conciernen directamente -como los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, así como los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución; (ii) ilustrar a las comunidades sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares; (iii) brindar la oportunidad a las comunidades para que libremente y sin interferencias extrañas, mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, valoren conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto; sean oídas en relación con las inquietudes y pretensiones que tengan en lo que concierne a la defensa de sus intereses y puedan pronunciarse sobre la viabilidad del proyecto.³⁹

Es por ello que en reciente jurisprudencia se ha resaltado que con la consulta previa se debe busca el **consentimiento libre e informado** de las comunidades étnicas frente a las medidas que puedan afectar directamente sus intereses. Tal consentimiento es además indispensable cuando las medidas, entre otros casos extremos, “(i) impliquen el

³⁹ Ver la sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

*traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros”.*⁴⁰ En estos casos, dada la gravedad de sus posibles consecuencias, el deber de las autoridades de llevar a cabo procesos de concertación con las comunidades étnicas se refuerza, sin que ello signifique en modo alguno que se dote a las comunidades de un poder de veto.

4.4.3. Características del proceso de consulta

En este punto, es preciso aclarar que el Convenio 169 no establece unas reglas de procedimiento y en tanto las mismas no hayan sido fijadas en la ley, debe atenderse a la flexibilidad que sobre el particular consagra ese instrumento y al hecho de que, de acuerdo con el mismo, el trámite de la consulta se somete al principio de buena fe, *“lo cual quiere decir, por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de términos perentorios para su realización, ni de condiciones ineludibles para el efecto. Se trata de propiciar espacios de participación, que sean oportunos en cuanto permitan una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar.”*⁴¹

Teniendo en cuenta la finalidad de la consulta previa, la Corte ha resaltado las siguientes características que debe tener el proceso que se adelanta con las comunidades étnicas:

En primer lugar, en la sentencia SU-039 de 1997,⁴² la Corte dejó claro que **no puede tener el valor de consulta previa “(..) la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales.** *Es necesario que se cumplan las directrices antes mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica.”* (Resaltado fuera del texto original).

Por eso, en el caso que dio lugar a dicho pronunciamiento, la Corte estimó que una reunión de divulgación de un proyecto en la que no se

⁴⁰ Ver sentencia T-129 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴¹ Sentencia T-769 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁴² *Ibidem*.

brinda oportunidad a los representantes de las comunidades de pronunciarse, no puede hacer las veces de una consulta previa. En el mismo sentido se pronunció la Corte en la **sentencia C-175 de 2009**⁴³, al indicar que las audiencias públicas en el trámite legislativo no agotan el requisito de consulta.

En segundo lugar, como se indicó en la **sentencia C-461 de 2008**⁴⁴, antes de llevar a cabo la consulta previa en estricto sentido, se deben realizar conversaciones preliminares –una especie de preconsulta- con la comunidad o comunidades concernidas, cuya finalidad es identificar las instancias de gobierno local y los representantes de la comunidad, así como socializar el proyecto, y concertar la metodología de la consulta. Al respecto se indicó lo siguiente en la sentencia citada:

“La manera en la que se habrá de realizar cada proceso de consulta previa, habrá de ser definida en forma preliminar con las autoridades de cada comunidad indígena o afrodescendiente, a través de un proceso pre-consultivo específicamente orientado a sentar las bases del procedimiento a seguir en ese caso en particular, respetando a las autoridades de cada comunidad y las especificidades culturales de la comunidad: ‘el proceso consultivo que las autoridades realicen ante los pueblos indígenas para tomar una decisión que afecte sus intereses, deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo’.”

En tercer lugar, la consulta **debe realizarse indefectiblemente antes de que se comience el proyecto de explotación (incluso desde la formulación del proyecto y antes del inicio de las actividades de prospección) o se tome la decisión normativa que concierne a las comunidades directamente**. La Corte precisó en la **sentencia SU-039 de 1997**⁴⁵ que actuaciones posteriores a la adopción de la decisión no pueden subsanar el vicio que se genera por la ausencia de consulta previa.⁴⁶ En el mismo sentido se manifestó la Corte en la **sentencia C-702 de 2010**,⁴⁷ en la que afirmó que la omisión de la consulta antes de

⁴³ M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

⁴⁴ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁵ M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁴⁶ La Corte manifestó lo siguiente: “Para la Corte resulta claro que en la reunión de enero 10 y 11 de 1995, no se estructuró o configuró la consulta requerida para autorizar la mencionada licencia ambiental. Dicha consulta debe ser previa a la expedición de ésta y, por consiguiente, actuaciones posteriores a su otorgamiento, destinadas a suplir la carencia de la misma, carecen de valor y significación. Tampoco pueden considerarse o asimilarse a la consulta exigida en estos casos, las numerosas reuniones que según el apoderado de la sociedad Occidental de Colombia Inc. se han realizado con diferentes miembros de la comunidad U'wa, pues aquélla indudablemente compete hacerla exclusivamente a las autoridades del Estado, que tengan suficiente poder de representación y de decisión, por los intereses superiores envueltos en aquélla, los de la comunidad indígena y los del país relativos a la necesidad de explotar o no los recursos naturales, según lo demande la política ambiental relativa al desarrollo sostenible.”

⁴⁷ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

dar inicio al trámite legislativo es un vicio insubsanable que da lugar a la declaración de inconstitucionalidad de cualquier medida legislativa.

En cuarto lugar, la Corte ha precisado que el proceso de consulta debe **regirse por el mutuo respeto y la buena fe entre las comunidades y las autoridades públicas**. El que la consulta se rija por el principio de buena fe significa que los procesos de consulta no deben ser manipulados y que debe existir un ambiente de confianza y claridad en el proceso, para lo cual es necesario que las comunidades sean dotadas de información suficiente y oportuna.

En quinto lugar, con miras a lograr que las comunidades étnicas estén plenamente informadas de la propuesta y sus implicaciones, y puedan tomar decisiones informadas, las autoridades que dirigen el proceso consultivo deben velar por que las comunidades estén acompañadas por la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, cada una dentro de sus órbitas de competencia, y siempre y cuando así lo soliciten los respectivos grupos.⁴⁸

En sexto lugar, para la Corte, **la consulta debe tener efectos sobre la decisión a adoptar**.⁴⁹ La efectividad de la consulta se refiere entonces al deber de las autoridades de dar valor a la palabra de las comunidades.

Así las cosas, para que la consulta previa cumpla con su finalidad y sea un mecanismo eficaz y útil de participación, es necesario que en su realización se adopten procedimientos apropiados que permitan la creación de espacios de negociación y de intervención de las instituciones representativas indígenas, que contribuya al desarrollo y a la resolución efectiva de los diferentes desafíos asociados con el respeto de los derechos a la subsistencia y la integridad cultural de estos pueblos.

4.5. DERECHO A LA CONSULTA PREVIA PARA EL DISEÑO Y REALIZACIÓN DE PROYECTOS DE DESARROLLO DENTRO DEL TERRITORIO ANCESTRAL

4.5.1. Visión del territorio en las comunidades étnicas y en la cultura occidental

Reafirmando lo expuesto en acápite anterior, la mayor parte de los pueblos indígenas y tribales tienen un concepto del territorio que resulta ajeno a la cultura occidental. Para estos pueblos, la tierra está íntimamente ligada a su existencia y supervivencia desde el punto de vista religioso, político, social y económico; no constituye un objeto de dominio sino un elemento del ecosistema con el que interactúan. Por

⁴⁸ Ver sentencia C-461 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁹ Ver sentencia C-175 de 2009, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

ello, para muchos pueblos indígenas y tribales la propiedad de la tierra no recae sobre un solo individuo, sino sobre todo el grupo, de modo que adquiere un carácter colectivo.

En relación con el concepto colectivo de la propiedad de los territorios indígenas, la **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, consideró lo siguiente:⁵⁰

“El concepto comunal de la tierra - inclusive como lugar espiritual - y sus recursos naturales forman parte de su derecho consuetudinario; su vinculación con el territorio, aunque no esté escrita, integra su vida cotidiana, y el propio derecho a la propiedad comunal posee una dimensión cultural. En suma, el habitat forma parte integrante de su cultura, transmitida de generación en generación.

(...)

*Consideramos necesario ampliar este elemento conceptual con un énfasis en la dimensión intertemporal de lo que nos parece caracterizar la relación de los indígenas de la Comunidad con sus tierras. Sin el uso y goce efectivos de estas últimas, ellos estarían privados de practicar, conservar y revitalizar sus costumbres culturales, que dan sentido a su propia existencia, tanto individual como comunitaria. El sentimiento que se desprende es en el sentido de que, así como la tierra que ocupan les pertenece, **a su vez ellos pertenecen a su tierra**. Tienen, pues, el derecho de preservar sus manifestaciones culturales pasadas y presentes, y el de poder desarrollarlas en el futuro.”*

En similar sentido, la Corte Constitucional en la **sentencia SU-383 de 2003**⁵¹ expuso:

“(...) En este orden de ideas, cabe considerar que la concepción territorial de los pueblos indígenas y tribales no concuerda con la visión de ordenamiento espacial que maneja el resto de la nación colombiana, ‘porque para el indígena, la territorialidad no se limita únicamente a una ocupación y apropiación del bosque y sus recursos, pues la trama de las relaciones sociales trasciende el nivel empírico y lleva a que las técnicas y estrategias de manejo del medio ambiente no se puedan entender sin los aspectos simbólicos a los que están

⁵⁰ Sentencia de agosto 31 de 2001. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua.

⁵¹ M.P. Álvaro Tafur Galvis.

asociadas y que se articulan con otras dimensiones que la ciencia occidental no reconoce⁵².

De ahí que el profesor e investigador de la Universidad Nacional, Juan Álvaro Echeverri, define el vocablo territorio, atendiendo a la cosmovisión indígena así:

‘Entonces tenemos que el territorio es un espacio y es un proceso que lleva a la configuración de una palabra de ley, entendida como palabra de consejo, educación. Ese espacio no es necesariamente un espacio geográfico marcado por afloramientos rocosos, quebradas, lomas, cananguchales, pozos, barrancos. Ese espacio geográfico es memoria, es efectivamente escritura de ese proceso de creación que está ocurriendo todo el tiempo: en la crianza de los hijos, en las relaciones sociales, en la resolución de problemas, en la curación de las enfermedades.⁵³

Dada la relación de las comunidades con el hábitat, su concepto de territorio es dinámico, pues para ellas comprende, como indica la doctrina, “todo espacio que es actualmente imprescindible para que un pueblo indígena acceda a los recursos naturales que hacen posible su reproducción material y espiritual, según sus características propias de organización productiva y social. Este espacio se puede presentar, según sea el caso, de manera continua o discontinua. // Aclaro que me refiero a un ‘espacio actual’ porque sitúo la consideración de la definición de límites territoriales de un pueblo determinado, en un momento histórico sincrónico cuyas características demográficas y tecnológicas, una vez determinado el espacio que le corresponde, deberán modificarse y/o readecuarse en el futuro, de tal manera que guarden una relación equilibrada al interior de sus límites”.⁵⁴

De ahí, la importancia de ampliar el concepto de territorio de las comunidades étnicas a nivel jurídico, para que comprenda no sólo las áreas tituladas, habitadas y explotadas por una comunidad –por ejemplo bajo la figura del resguardo, sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades culturales y económicas, de manera que se facilite el fortalecimiento de la relación espiritual y material de estos pueblos con la tierra y se contribuya a la preservación de las costumbres pasadas y su transmisión a las generaciones futuras.

⁵² “Carlos Eduardo Franky y Dany Mahecha, profesor de la Universidad Nacional de Colombia, Sede Leticia, y Antropóloga de la Fundación Gaia Amazonas respectivamente, “La Territorialidad entre los pueblos de tradición nómada del noroeste amazónico colombiano” en Territorialidad Indígena y ordenamiento de la Amazonía, Universidad Nacional de Colombia, Fundación GAIA Amazonas, Bogotá 2000.”

⁵³ “Juan Álvaro Echeverri, Reflexiones sobre el concepto de territorio y ordenamiento territorial indígena, en Territorialidad indígena, obra citada página 175.”

⁵⁴ Balza Alarcón, Roberto. “Tierra, territorio y territorialidad indígena.” Pág. 80

Esta visión contrasta con la de la cultura occidental, para la que el territorio es un concepto que gira en torno al espacio físico poblado en el que la sociedad se relaciona, coopera y compite entre sí, y sobre el que se ejerce dominio.

Otro aspecto que vale la pena resaltar, se relaciona con la propiedad, ya que, contrario al concepto comunal que manejan las comunidades étnicas, la cultura occidental mantiene una visión privatista de la propiedad. Al respecto, esta Corporación ha sostenido que el derecho a la propiedad privada *“es el prototipo de los derechos patrimoniales y, junto con la libertad de contratación, constituye la expresión más notable de la libertad económica del individuo en el Estado liberal o democrático, que permite a aquel obtener los bienes y servicios para la satisfacción de sus necesidades.”*⁵⁵.

Así las cosas, teniendo en cuenta las diferencias conceptuales que se manejan en torno al territorio, para lograr una protección efectiva de los derechos de las comunidades indígenas, es necesario que el Estado, en los procesos de delimitación territorial, exploración y explotación de recursos naturales en tierras comunales, cuente con la participación de los interesados en la adopción de medidas tendientes a desarrollar y garantizar las formas de vida de los miembros de las comunidades indígenas, a partir del reconocimiento de su concepto dinámico de territorio.

4.5.2. El reconocimiento del derecho al territorio y a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas.

Para las comunidades indígenas el territorio tradicionalmente ocupado y sus recursos naturales no persiguen fines mercantilistas; por el contrario, están íntimamente ligados a su existencia y supervivencia como grupos culturalmente diferenciados, desde el punto de vista religioso, político, social y económico.⁵⁶ Por esta razón, el reconocimiento de este derecho a la propiedad, posesión y uso de las tierras y territorios ocupados ancestralmente de forma colectiva es fundamental para su permanencia y supervivencia.

Sin embargo, este derecho ancestral al territorio se ha visto afectado por situaciones de orden público, político, administrativo, económico, entre

⁵⁵ Sentencia C-864 de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería.

⁵⁶ En la sentencia T-188 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte Constitucional reconoció la relación entre el territorio y la supervivencia y cosmovisión de las comunidades indígenas. La Corte afirmó: *“El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes.”* Ver también la sentencia T-652 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

otros, de los estados en los que se encuentran ubicados estos pueblos. De ahí, los esfuerzos y compromisos de éstos para consagrar mecanismos eficaces que permitan garantizar este derecho a las comunidades indígenas, especialmente en relación con la exploración y explotación de recursos naturales ubicados dentro de sus territorios.

4.5.2.1. Reconocimiento internacional

Conscientes de la contribución de las comunidades étnicas al pluralismo de la sociedad, los estados han adoptado normas internacionales de carácter general que favorezcan la protección e integración de estas poblaciones. Igualmente, se ha procurado la protección del territorio que las comunidades aborígenes habitan, en consideración al papel fundamental que éste juega tanto para su permanencia y supervivencia de como para el crecimiento político, económico y social de los estados

En desarrollo de los objetivos anteriores, el **Convenio 107 de la OIT**,⁵⁷ sobre la protección a las poblaciones indígenas y tribales en países independientes, dispuso en relación con los territorios indígenas, lo siguiente:

“Artículo 11 Se deberá reconocer el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas.

Artículo 12 1. No deberá trasladarse a las poblaciones en cuestión de sus territorios habituales sin su libre consentimiento, salvo por razones previstas por la legislación nacional relativas a la seguridad nacional, al desarrollo económico del país o a la salud de dichas poblaciones.

2. Cuando en esos casos fuere necesario tal traslado a título excepcional, los interesados deberán recibir tierras de calidad por lo menos igual a la de las que ocupaban anteriormente y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando existan posibilidades de que obtengan otra ocupación y los interesados prefieran recibir una compensación en dinero o en especie, se les deberá conceder dicha compensación, observándose las garantías apropiadas.

Se deberá indemnizar totalmente a las personas así trasladadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.

⁵⁷ Ratificado por Colombia mediante la Ley 31 de 1967.

Artículo 13 1. Los modos de transmisión de los derechos de propiedad y de goce de la tierra establecidos por las costumbres de las poblaciones en cuestión deberán respetarse en el marco de la legislación nacional, en la medida en que satisfagan las necesidades de dichas poblaciones y no obstruyan su desarrollo económico y social.

2. Se deberán adoptar medidas para impedir que personas extrañas a dichas poblaciones puedan aprovecharse de esas costumbres o de la ignorancia de las leyes por parte de sus miembros para obtener la propiedad o el uso de las tierras que les pertenezcan.

Artículo 14 Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a las poblaciones en cuestión condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la colectividad nacional, a los efectos de: a) la asignación de tierras adicionales a dichas poblaciones cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico; b) el otorgamiento de los medios necesarios para promover el fomento de las tierras que dichas poblaciones ya posean.”

Por otra parte, el **Convenio 169**, en su artículo 13, estableció:

“Artículo 13

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

*2. La utilización del término **tierras** en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, **lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.**”*
(Negrilla fuera del texto original).

En cuanto al alcance de este derecho al territorio, el citado Convenio en su artículo 14 señala que:

“Artículo 14

1. *Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión **sobre las tierras que tradicionalmente ocupan**. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.*

2. *Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.*

3. *Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.”*

Esta protección del derecho al territorio de las comunidades indígenas, se ha visto reflejada en diversos pronunciamientos de organismos internacionales.

A nivel regional, el artículo 21 de la Convención Americana reconoce el derecho a la propiedad privada. Sobre este derecho, la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** ha considerado que debe ser interpretado en un sentido que comprenda, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal.

Así, mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y particularmente, del artículo 21 de la Convención Americana, ese organismo ha protegido el derecho al territorio de las comunidades indígenas y tribales, afirmando lo siguiente:

“(...) la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual

del que deben gozar plenamente [...] para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.”⁵⁸

Frente al particular, al examinar una denuncia de la comunidad indígena Yakye Axa contra Paraguay,⁵⁹ la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** consideró que el estado de Paraguay no adoptó las medidas adecuadas de derecho interno necesarias para garantizar a la comunidad demandante el uso y goce efectivo de sus tierras tradicionales, amenazando con ello el libre desarrollo y transmisión de su cultura y prácticas tradicionales y privándolos de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales. De esta manera, concluyó que se habían violado los derechos a la propiedad, a la protección judicial y a la vida de la comunidad Yakye Axa.⁶⁰

Posteriormente, al estudiar el caso de la comunidad Saramaka⁶¹ la Corte Interamericana reiteró su posición respecto de la protección del territorio de los pueblos étnicos y manifestó:

“90. Las decisiones de la Corte al respecto se han basado en la relación especial que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, y en la necesidad de proteger su derecho a ese territorio a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dichos pueblos. En este sentido, la Corte ha afirmado que:

la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es

⁵⁸ Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, *supra* nota 49, párr. 149. Cfr. también Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 85; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, *supra* nota 75, párr. 118, y Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, *supra* nota 75, párr. 131.

⁵⁹ Decisión del 17 de julio de 2005.

⁶⁰ Similar pronunciamiento tuvo la **Comisión Africana de Derechos Humanos**, al estudiar una demanda contra el gobierno de Kenia por presuntas violaciones a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Constitución y el derecho internacional por el desalojo forzosos de la población Endorois de sus tierras ancestrales⁶⁰, determinó que el gobierno había violado los derechos de los Endorois a las prácticas religiosas, a la propiedad, a la cultura, a la libre disposición de los recursos naturales y al desarrollo, todos consagrados en la Carta Africana (Artículos 8, 14, 17, 21 y 22, respectivamente). Igualmente, declaró que la falta de consulta con la comunidad, las posteriores restricciones al acceso a la tierra, y la inadecuada participación en el proceso de desarrollo de la región para su utilización como reserva de caza para el turismo eran violatorias del derecho de la comunidad al desarrollo en virtud de la Declaración de Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo. Además, indicó que el Sistema de Tierras en Fideicomiso del gobierno keniano violaba el derecho de los Endorois a la propiedad, ya que permitía la invasión gradual de sus tierras y, si bien establecía compensaciones, violaba los derechos a la propiedad provocando efectivamente desalojos forzosos. Por estas violaciones, la Comisión recomendó que el gobierno reconociera el derecho a la propiedad, restituyera a los Endorois sus tierras ancestrales, los compensara por las pérdidas y asegurara que los Endorois obtuvieran regalías y se beneficiaran de oportunidades laborales en la reserva de caza.

⁶¹ Caso Saramaka vs. Suriname. Sentencia del 28 de noviembre de 2007.

meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente [...] para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

91. En esencia, conforme al artículo 21 de la Convención, los Estados deben respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica. Dicha protección de la propiedad en los términos del artículo 21 de la Convención, leído en conjunto con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, le asigna a los Estados la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente.”

En esa oportunidad, concluyó la Corte Interamericana que los integrantes del pueblo Saramaka tenían el derecho a usar y gozar de los recursos naturales existentes dentro del territorio que ocupan tradicionalmente y que fueran necesarios para su supervivencia. Igualmente, consideró que el Estado podía restringir dicho derecho mediante el otorgamiento de concesiones para exploración y extracción de recursos naturales que se hallan dentro del territorio del pueblo indígena sólo si garantizaba la participación efectiva y los beneficios de esa comunidad, si realizaba o supervisaba evaluaciones previas de impacto ambiental o social y si implementaba medidas y mecanismos adecuados con la finalidad de asegurar que esas actividades no produjeran una afectación mayor a las tierras tradicionales Saramaka y a sus recursos naturales.⁶²

4.5.2.2. Reconocimiento constitucional

En consonancia con lo anterior, la Constitución Política de 1991, en su artículo 63, reconoció el derecho inalienable, imprescriptible e inembargable de las comunidades indígenas al territorio.

Por su parte, el artículo 329 señaló que “*la conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la ley orgánica de ordenamiento territorial, y su delimitación se hará (...) con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial.* // **Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable”.**

⁶² Ver Sentencia del 28 de noviembre de 2007, consideración 158, página 50.

De otro lado, el artículo 330 Superior dispuso que los territorios indígenas estén gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades de conformidad con la Constitución y la ley.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte Constitucional, actuando como garante de los principios y derechos fundamentales consagrados en la Carta Política de 1991, ha protegido en numerosos pronunciamientos⁶³, el derecho que tienen las comunidades étnicas a gozar del territorio que tradicionalmente han ocupado y a participar en las decisiones que puedan afectarlos.

4.5.2.3. Reconocimiento legal

El ordenamiento jurídico colombiano, en desarrollo de los artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19 del Convenio 169 de la O.I.T., adoptado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, y los artículos constitucionales, regula la propiedad colectiva de las comunidades indígenas. En virtud de este derecho, estos pueblos tienen derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras.

Como un primer intento de protección de los territorios indígenas, en la **Ley 135 de 1961**⁶⁴ se estableció que la adjudicación de terrenos baldíos ocupados por indígenas, a personas naturales sólo sería procedente con el concepto favorable de la División de Asuntos Indígenas. Igualmente, dispuso que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, a solicitud de la División de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno, podía constituir resguardos de tierras, en beneficio de los grupos o tribus indígenas que no los posean.

Mediante el **Decreto 2001 de 1988**, se reglamentó la constitución de resguardos indígenas a favor de grupos o tribus ubicados dentro del territorio nacional, los cuales son entendidos como:

“(...) una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una comunidad o parcialidad indígena, que con un título de propiedad comunitaria, posee su territorio y se rige para el manejo de éste y de su vida interna por una organización ajustada al fuero indígena o a sus pautas y tradiciones culturales.”

En otras palabras, según esta disposición, un resguardo no es una entidad territorial sino una forma de propiedad colectiva de la tierra.

⁶³ Ver entre otras las sentencias T-188 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes; SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-652 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-891 de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería; C-030 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-175 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶⁴ Artículos 29 y 94.

Igualmente, en el citado acto administrativo se reguló el procedimiento para constituir los resguardos en terrenos baldíos y sobre predios y mejoras del fondo nacional agrario.

Después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, la **Ley 99 de 1993**⁶⁵, en su artículo 76, hizo referencia a la forma cómo debe hacerse la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, propiciando la participación de los representantes de las respectivas comunidades, a saber:

“Artículo 76°.- De las Comunidades Indígenas y Negras. La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades.”

Posteriormente, la **Ley 160 de 1994**⁶⁶ consagró como uno de sus objetivos “[r]eformar la estructura social agraria por medio de procedimientos enderezados a eliminar y prevenir la inequitativa concentración de la propiedad rústica o su fraccionamiento antieconómico y dotar de tierras a los hombres y mujeres campesinos de escasos recursos mayores de 16 años que no la posean, a los minifundistas, mujeres campesinas jefes de hogar, **a las comunidades indígenas** y a los beneficiarios de los programas especiales que establezca el Gobierno Nacional.” (Negrilla fuera de texto).

Mediante **Decreto 2164 de 1995**⁶⁷, se definió y diferenció, para efectos de la titulación de tierras, el concepto de territorio y reserva indígena, aceptando como parte del territorio, no sólo las áreas ocupadas regularmente sino también aquellas que se utilizan tradicionalmente en sus actividades. El artículo 2 del citado acto dispuso:

“Territorios Indígenas. Son las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígenas y aquellas que, aunque no se encuentren poseídas en esa forma, constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas y culturales.”

⁶⁵ Mediante la cual se crea el Ministerio de Medio Ambiente, hoy Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

⁶⁶ Mediante la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones.

⁶⁷ Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional.

Reserva indígena. Es un globo de terreno baldío ocupado por una o varias comunidades indígenas que fue delimitado y legalmente asignado por el Incora a aquellas para que ejerzan en él los derechos de uso y usufructo con exclusión de terceros. Las reservas indígenas constituyen tierras comunales de grupos étnicos, para los fines previstos en el artículo 63 de la Constitución Política y la Ley 21 de 1991.”

Por otra parte, el **Código de Minas**⁶⁸ consagró un capítulo en el que regula aspectos relacionados con la exploración o explotación de recursos en territorios ocupados por comunidades étnicas real y tradicionalmente. Así, en el artículo 123 dispone lo siguiente:

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

Más adelante, en el artículo 127 señaló:

“Artículo 127. Areas indígenas restringidas. La autoridad indígena señalará, dentro de la zona minera indígena, los lugares que no pueden ser objeto de exploraciones o explotaciones mineras por tener especial significado cultural, social y económico para la comunidad o grupo aborigen, de acuerdo con sus creencias, usos y costumbres.”

De esta manera, pueden observarse los intentos del estado Colombiano para procurar la protección de los grupos minoritarios y garantizar su permanencia, no sólo física sino económica, social y culturalmente de conformidad con los lineamientos internacionales y constitucionales en la materia, protegiendo no sólo el territorio ocupado regular y permanentemente por una comunidad indígena sino también aquellas áreas que hacen parte del ámbito tradicional de sus actividades económicas, sociales y culturales.

4.5.3. El contenido del derecho al territorio

Si bien las reivindicaciones del territorio han girado principalmente en torno a la figura del resguardo⁶⁹, – de hecho el artículo 63 superior se

⁶⁸ Ley 685 de 2001.

⁶⁹ “El resguardo es una institución cuyo origen se remonta al s. XVI, cuando fue introducida por la Corona española para evitar la devastación total de las comunidades indígenas. A través de ésta se entregaba a los pueblos sometidos porciones de tierra en calidad de propiedad colectiva, inalienable, para que

refiere expresamente a ellos –, el territorio indígena no se agota allí. La Corte y el derecho internacional de los derechos humanos han interpretado que el derecho al territorio comprende:

- (i) El derecho a la constitución de resguardos en territorios que las comunidades indígenas han ocupado tradicionalmente;
- (ii) El derecho a la protección de las áreas sagradas o de especial importancia ritual y cultural, incluso si están ubicadas fuera de los resguardos;
- (iii) El derecho a disponer y administrar sus territorios;
- (iv) El derecho a participar en la utilización, explotación y conservación de los recursos naturales renovables existentes en el territorio,⁷⁰ y
- (v) El derecho a la protección de las áreas de importancia ecológica.

4.5.3.1. Derecho a constituir resguardos

El derecho a la constitución de resguardos en los territorios que las comunidades indígenas han ocupado ancestralmente, fue protegido por la Corte Constitucional en la **sentencia T-188 de 1993**.⁷¹ En este fallo, se tuteló el derecho de dos comunidades que habían solicitado en repetidas ocasiones a la entidad administrativa de ordenamiento agrario, la constitución de un resguardo en el territorio que habitaban ancestralmente, para solucionar problemas de convivencia. La Corte concluyó que, del material probatorio se desprendía que la omisión de la autoridad competente de tramitar el procedimiento de constitución de resguardos había contribuido de manera directa a la vulneración del derecho a la paz y a la amenaza del derecho a la vida que se cierne sobre los miembros de las parcialidades indígenas en conflicto. Al respecto, manifestó:

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

*permanecieran allí bajo el cuidado de autoridades eclesiásticas y civiles. En contraprestación las comunidades quedaban obligadas a pagar tributo y a aportar mano de obra, en beneficio del sistema económico y de la Corona. Esta institución constituyó la máxima expresión de la política de sometimiento del reino español sobre las tierras americanas.” Cfr. Sánchez Mojica, Beatriz Eugenia. “La entidad territorial indígena y la jurisprudencia de la Corte Constitucional” (2005). *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 330, p. 92.*

⁷⁰ Ver sentencia T-380 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta sentencia, como se explicó anteriormente, la Corte tuteló el derecho colectivo al territorio de la comunidad Emberá-Catío del río Chajeradó (Antioquia), especialmente su derecho a ser consultadas antes de que se lleve a cabo la explotación de recursos naturales renovables ubicados en su territorio.

⁷¹ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Posteriormente, en la **sentencia T-652 de 1998**⁷² se amparó el derecho del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, entre otras razones,⁷³ porque su territorio había sido arbitrariamente seccionado por el Gobierno en dos resguardos, a pesar de que no existía solución de continuidad en el territorio. En esa oportunidad, la Corte señaló que la constitución de los resguardos debe “(...) *partir del respeto por el derecho a la personalidad de cada uno de los pueblos indígenas y raizales; para efectos jurídicos, estos pueblos deben ser identificados aplicando el artículo 1º, numerales 1 -literal b)-, y 2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, o el artículo 2º del Decreto 2001 de 1988*”.

4.5.3.2. Protección de áreas sagradas y de importancia cultural

Con relación al **derecho a la protección de las áreas sagradas o de especial importancia ritual y cultural**, incluso si están ubicadas fuera de los resguardos, se observa que el Convenio 169 acoge un concepto amplio de territorio, al indicar que se consideran como tal, aquellas áreas de una comunidad que comprenden, no sólo las tituladas o habitadas, sino también aquellas que **constituyen el ámbito tradicional de sus actividades tradicionales**⁷⁴, **sagradas o espirituales**.

Bajo este entendido, el territorio viene a ser el lugar donde las comunidades indígenas pueden desenvolverse según su cultura, su saber y sus costumbres. Es decir, un espacio físico bajo la influencia cultural y control político de sus propias costumbres.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el vínculo de los pueblos indígenas con el territorio va mucho más allá de la concepción material de las cosas, pues aquel parte de componentes espirituales, de la relación del hombre con la tierra. Según la cosmovisión indígena, algunos seres animados encarnan una “*multitud de fuerzas benéficas o maléficas; todas ellas imponen pautas de comportamiento que deben ser rígidamente respetadas. Para muchos pueblos, especies determinadas de árboles eran veneradas y protegidas, y veíanse en el pasado grandes bosques intocados de ellas; se conoce por las crónicas de la conquista que, por ejemplo, en la sabana de Bogotá los muisca mantenían unos bosques de altísimas palmas de ramos y palmas de cera a las cuales veneraban, hasta el obispo Cristóbal de Torres mandó talar y destruir el bosque entero para extirpar la idolatría*”⁷⁵.

⁷² M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁷³ El problema jurídico principal era el desarrollo en el territorio de la comunidad de un proyecto hídrico –la represa de Urrá– sin surtir previamente la consulta previa y en detrimento del equilibrio ambiental y las formas tradicionales de vida de la comunidad.

⁷⁴ Ver artículo 14 del Convenio 169 de la OIT.

⁷⁵ Universidad de Caldas. Revista Luna Azul. Gustavo Adolfo Agredo Cardona “El TERRITORIO Y SU SIGNIFICADO PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS”. 2006-11-23.

Del mismo modo, para los pueblos indígenas, la tierra, al vincularla con los seres humanos, es vista como un lugar espiritual que cuenta con sitios sagrados, con bosques, lagos, montañas, ríos, etc. Vale aclarar que esa vinculación del ser humano con el territorio no necesariamente está escrita, es algo que se vive en el día a día, razón por la que uno de los factores que permite definir al territorio como tradicional es la existencia de sitios para la subsistencia, como la caza y la pesca, y los sitios claves que tienen valor espiritual o cultural para la respectiva comunidad.⁷⁶

Al respecto, esta Corporación en **sentencia SU-383 de 2003**,⁷⁷ manifestó:

Otros aspectos a tener en cuenta para la delimitación de la entidad territorial indígena son la concurrencia de intereses en los lugares sagrados -como lo advierte el profesor Clemente Forero de la Universidad Nacional⁷⁸- y el ‘cambio frecuente de asentamiento’, ‘[característica básica] del patrón de uso del medio de los cazadores y recolectores⁷⁹’ del noroeste amazónico colombiano.

Ahora bien, la delimitación político administrativa actual, es sólo uno de los referentes a valorar en la delimitación de la entidad territorial indígena para efectos de su derecho a ser consultados, porque como lo informa el profesor Orlando Fals Borda, dicha delimitación no concuerda con la real ubicación de los pueblos indígenas, aspecto que reconocido por el Constituyente al disponer en el artículo 290 constitucional la adecuación de los límites de las entidades territoriales⁸⁰”.

Sobre el vínculo espiritual de los pueblos indígenas y tribales con el territorio, la Corte Interamericana⁸¹ manifestó:

“La tierra significa más que meramente una fuente de subsistencia para ellos; también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural de los miembros del pueblo Saramaka. Las tierras y los

⁷⁶ Charles Rice Hale, antropólogo especialista en culturas indígenas, en peritaje rendido ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de la Comunidad Mayagna (sum) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia del 31 de agosto de 2001.

⁷⁷ M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁷⁸ “Descentralización y Ordenamiento Territorial, *idem* página 140.2”

⁷⁹ “La territorialidad entre los pueblos de tradición nómada del noroeste amazónico colombiano, Carlos Eduardo Frankly y otra, citados en 131, página 183.”

⁸⁰ “(..) estos punticos y rayas que vemos en el mapa oficial de Colombia son ficciones no son reales. No respetan la realidad de nuestros pueblos y por eso todos los días los ignoramos en la práctica de la vida (...). El ordenamiento territorial: perspectivas después de la Constitución de 1991, en Territorialidad Indígena, obra citada páginas 152 y 153.”

⁸¹ Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname, sentencia del 28 de noviembre de 2007.

recursos del pueblo Saramaka forman parte de su esencia social, ancestral y espiritual. En este territorio, el pueblo Saramaka caza, pesca y cosecha, y recogen agua, plantas para fines medicinales, aceites, minerales y madera. Los sitios sagrados están distribuidos en todo el territorio, a la vez que el territorio en sí tiene un valor sagrado para ellos.”

Finalmente, de acuerdo con el antropólogo y sociólogo Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum⁸², la ocupación ancestral de la tierra se establece en términos *“de continuidad histórica de un grupo que durante siglos ha mantenido una identidad y de la cual deriva precisamente su situación actual en el país del que se trate. El hecho es que por razones de cambios históricos, depresiones económicas, violencia, guerras civiles y presiones del sistema económicamente dominante, que durante siglos ha presionado y confinado a los indígenas a zonas que los primeros invasores, los colonos y luego las grandes empresas, no han apetecido, los grupos de indígenas se han visto obligados a buscar nuevos hábitats, para poder mantener esa continuidad histórica sin la intervención de fuerzas extrañas, para mantener su libertad y su derecho de vivir como ellos lo entienden”*.

En este mismo sentido, el profesor Herinaldy Gómez de la Universidad del Cauca, en el concepto técnico que presentó a la Corporación con ocasión del caso bajo estudio, afirmó que *“el ámbito territorial de una comunidad étnica no hace referencia exclusiva a lo jurídicamente asignado o reconocido como de su propiedad, sino que también implica aquellas fronteras o espacios donde la comunidad étnica desarrolla prácticas tradicionales fundamentales para su pervivencia étnica y cultural.”*

Las anteriores consideraciones y demás elementos de la cosmovisión indígena, han sido determinantes en el propósito de los estados de construir un derecho internacional que reconozca y haga efectiva la protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

Vale la pena mencionar que el territorio de las comunidades étnicas así entendido ha sido protegido por esta Corporación en sede de tutela y de control de constitucionalidad. Por ejemplo, en la **sentencia C-030 de 2008**⁸³, la Corte observó que las previsiones de la ley forestal eran susceptibles de provocar efectos apreciables en áreas del territorio que, si bien no han sido formalmente delimitadas como territorios indígenas, o no han sido asignadas como propiedad colectiva de las comunidades negras, sí hacen parte del hábitat natural de tales comunidades, de modo

⁸² Peritaje rendido ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de la Comunidad Mayagna (sum) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia del 31 de agosto de 2001

⁸³ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

que su afectación puede alterar significativamente el modo de vida de las mismas. Precisó la Corte que las comunidades establecen una estrecha relación con su entorno, más allá de las fronteras formales de sus territorios, y que la ley forestal podía tener impacto importante en aspectos como la conservación de la biodiversidad, la presión sobre la tierra, el manejo de los recursos hídricos, y la cultura, razón por la cual fue declarada inexecutable.

Más recientemente, en la **sentencia T-547 de 2010**⁸⁴, la Corte ordenó suspender la construcción de un puerto que se venían adelantando en una zona sagrada de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, debido a que la intervención no había sido consultada y para el momento del fallo estaba lesionando el derecho a la integridad cultural de las comunidades.

4.5.3.3. *Derecho a administrar el territorio*

De otro lado, **el derecho de las comunidades indígenas a administrar su territorio** fue reconocido en la **sentencia T-257 de 1993**⁸⁵. En esta decisión la Corte se negó a tutelar el derecho a la libertad de locomoción de una comunidad evangélica a la que una comunidad indígena había negado autorización para el uso de una pista aérea ubicada en su resguardo.

En la citada providencia, se señaló que las entidades territoriales indígenas, como cualquier entidad territorial, gozan de plena autonomía para la administración de sus asuntos. Incluso, se destacó que su autonomía es mayor, teniendo en cuenta que, además de las consideraciones generales sobre autogobierno del artículo 287 de la Carta Política, se añaden las prerrogativas específicas en materia de costumbres de gobierno, lengua, justicia y elecciones, consagradas en los artículos 330, 10º, 246 y 171, respectivamente.

4.5.3.4. *Derecho a participar en la utilización, explotación y conservación de recursos naturales*

Sobre **el derecho a participar en la utilización, explotación y conservación de los recursos naturales renovables ubicados en el territorio**, la Corte Constitucional se pronunció en **sentencia C-891 de 2002**⁸⁶, en la que señaló: “*de la concepción holística de territorio que*

⁸⁴ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁸⁵ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁸⁶ M.P. Jaime Araujo Rentería. Mediante esta providencia se declararon exequibles ciertos artículos del Código de Minas que habían sido demandados por considerarse vulneratorios de los derechos de los indígenas a la consulta previa, al debido proceso, a la participación y al territorio. En esa oportunidad la Corte concluyó que las normas acusadas se encuentran en armonía con los preceptos constitucionales relacionados con la especial protección de que gozan los pueblos indígenas en tratándose de la explotación de recursos naturales yacientes en sus territorios, así como con la protección al medio ambiente, y respetando la intervención de las autoridades que cuidan de estos intereses.

ostentan los pueblos indígenas se puede concluir que la explotación de recursos naturales yacientes en territorios ancestrales hace parte de su esfera vital y de su forma de relacionarse directamente con la naturaleza, así como de su legado cultural y socio-económico”.

Igualmente, en **sentencia C-620 de 2003**⁸⁷ estableció esta Corporación: *“la Carta impone a las comunidades indígenas la obligación de velar por la preservación de los recursos naturales existentes en sus territorios y, correlativamente, prescribe que en las decisiones que otras autoridades adopten respecto de la explotación de los mismos, se propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.*

Así las cosas, en aras de garantizar la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana y en especial el derecho al territorio de las comunidades étnicas, resulta necesario tener en cuenta que, en un sentido amplio, el territorio constituye no sólo aquel espacio que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera, sino también las tierras que no están exclusivamente ocupadas por ellos, pero han tenido tradicionalmente acceso a ellas para sus actividades tradicionales y de subsistencia.

4.5.3.5. Derecho a la protección de las áreas de importancia ecológica

Con la Constitución de 1991 se modificó profundamente la relación normativa de la sociedad con la naturaleza; al elevarse a rango superior, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, la protección del medio ambiente. En efecto, uno de los principios fundamentales del nuevo régimen constitucional es la **obligación estatal e individual de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación**.⁸⁸

Con relación a la noción de función ecológica de la propiedad, la doctrina ha señalado que la misma *“i) implica un cambio en la relación jurídica del hombre y las comunidades con la naturaleza, relación basada en el respeto y la protección; ii) está basada en el principio ético de la equidad intergeneracional; y iii) se relaciona directamente con nuevas exigencias e incluso limitaciones al derecho de propiedad individual y colectiva para garantizar el desarrollo sostenible.”*⁸⁹

De otro lado, dicha protección también recae sobre zonas de relevancia ecológica las comunidades étnicas, utilizadas para la preservación de sus prácticas ancestrales e incluso, sobre aquellas relacionadas con su subsistencia, es decir, territorios en los que sus integrantes se dedican a

⁸⁷ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁸⁸ “Artículo 8: Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.”

⁸⁹ Universidad del Rosario “Función Ecológica de la Propiedad”. Octubre de 2004.

la caza, siembra y recolección conforme a sus usos y costumbres. Lo anterior, toda vez que se encuentra comprometido no solo el derecho al medio ambiente sino también a la soberanía alimentaria.

4.5.4. Derecho a la consulta previa cuando se trate de asuntos relacionados con el territorio

De acuerdo con los artículos 6 y 7 del Convenio 169 y especialmente, con los artículos 40 y 330 de la Constitución Política, la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe brindar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, la cual “*configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura*”.⁹⁰ Para lograr dicho cometido, el Estado debe garantizar la participación de la comunidad étnica en las decisiones que se adopten relacionadas con dicha explotación.

Como se indicó anteriormente, la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que pueden afectarlos en relación con la explotación de los recursos naturales, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se instituye en un instrumento que es básico para preservar su integridad étnica, social, económica y cultural y, por consiguiente, para asegurar su subsistencia como grupo social.

4.6. ESTUDIO DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA. PRESUPUESTOS DE INMEDIATEZ Y SUBSIDIARIEDAD.

Antes de iniciar el estudio de fondo del presente caso, la Sala debe dilucidar si la acción de tutela de la referencia resulta procedente, como quiera que fue instaurada tres años después de haberse otorgado la licencia ambiental para la construcción del proyecto petrolero y las entidades accionadas alegan la existencia de otro mecanismo judicial de defensa.

4.6.1. Consideraciones generales sobre la inmediatez como requisito de procedencia de la acción de tutela

Si bien no existe un término de caducidad para la presentación de la acción de tutela, es decir, ésta puede ser interpuesta en cualquier tiempo, esta Corporación ha considerado que dada su naturaleza cautelar, la petición de amparo debe ser interpuesta en un plazo razonable dentro del cual se presuma que la amenaza o afectación del derecho fundamental es actual e inminente. Lo anterior encuentra sustento en que si lo que se persigue con esta acción constitucional es la

⁹⁰ Ver sentencia SU-039 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales frente a una vulneración o amenaza, es necesario que la petición sea presentada en el marco temporal de ocurrencia de la amenaza o violación de los derechos. Por consiguiente, “[a]l no limitar en el tiempo la presentación de la demanda de amparo constitucional, se burla el alcance jurídico dado por el Constituyente a la acción de tutela, y se desvirtúa su fin de protección actual, inmediata y efectiva de tales derechos”⁹¹.

Al respecto, la Corte Constitucional⁹² ha reiterado lo siguiente:

*“(...) las características esenciales de esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano son la subsidiariedad y la inmediatez: (...) la segunda, puesto que la acción de tutela ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza. Luego no es propio de la acción de tutela el sentido de medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales. (...) La acción de tutela ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza.”*⁹³

Sin perjuicio de lo anterior, esta Corporación ha señalado que, para la verificación del cumplimiento del requisito de inmediatez, el juez constitucional debe **analizar las circunstancias fácticas que rodean cada caso**. Ello, con el fin de determinar si el ejercicio de la acción de tutela se hizo oportunamente o si la dilación en el ejercicio de la misma se encuentra justificada.

Así, la jurisprudencia constitucional ha establecido ciertos eventos en los que **resulta admisible la dilación en la interposición de la acción de tutela**⁹⁴, a saber:

⁹¹ Sentencia T-279 de 2010 M.P. Humberto Sierra Porto.

⁹² Sentencia SU-961 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; Sentencia T-575 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁹³ Cfr. Sentencia C-543 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández.

⁹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-158 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

- (i) Que se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual y,
- (ii) Que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros.

De este modo, puede concluirse que si bien la procedibilidad de la acción de tutela exige su interposición dentro de un término razonable, oportuno y justo (requisito que comporta una actitud positiva del interesado, de manera que instaure la acción de forma consecutiva o próxima al suceso ilegítimo), dicha exigencia puede ceder en aras de hacer efectiva la garantía constitucional de protección de los derechos fundamentales, siempre que el juez de conocimiento, a la luz del caso concreto, advierta la presencia de una **justa causa** que haya impedido al demandante actuar de manera oportuna⁹⁵.

4.6.2. Consideraciones generales sobre la subsidiariedad de la acción de tutela

De acuerdo con los artículos 86 de la Carta Política y 6 del decreto 2591 de 1991, la tutela tiene un carácter residual, subsidiario y cautelar. Es decir, la acción no procede cuando existan *“otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.”*.

De esta manera, si el ordenamiento jurídico prevé otro medio de defensa judicial para proteger el derecho invocado, la acción de tutela es improcedente. Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, **ese medio judicial debe ser idóneo** para obtener una protección efectiva y concreta del derecho fundamental amenazado o vulnerado, pues de lo contrario es procedente la acción de tutela.⁹⁶ Sobre el particular, en la **sentencia C-543 de 1992**, en la que se estudió la constitucionalidad de los artículos 11, 12 y 25 del Decreto 2591 de 1991, la Corte afirmó lo siguiente:

⁹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-851 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁹⁶ Sentencia T-1088 del 27 de octubre de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

“(…) no es propio de la acción de tutela el [de ser un] medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales (…)”.

Adicionalmente, el Decreto 2591 de 1991 permite que la tutela se utilice como **mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable**. La Corte Constitucional ha señalado que un perjuicio es irremediable cuando es **(i) cierto e inminente**, es decir, no se debe a meras conjeturas y está próximo a suceder; **(ii) de urgente atención**, lo que significa que la medida que se requiera para conjurar el perjuicio ha de adoptarse de manera urgente con el fin de evitar que se consume un daño irreparable; y **(iii) grave**, es decir, no basta con la presencia de cualquier perjuicio, sino que éste debe ser relevante, *“lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona”*.⁹⁷

Así, la persona que considere lesionados o amenazados sus derechos fundamentales debe acudir, en primer lugar, a las vías ordinarias idóneas de defensa para lograr la protección de aquellos. En caso de no existir un medio judicial, o si existiendo, el mismo no es eficaz para obtener la protección del derecho, podrá solicitar la tutela como mecanismo transitorio para conjurar la consumación de un perjuicio irremediable.

4.6.3. Idoneidad de la acción de tutela. La dilación en su interposición se encuentra justificada en el presente caso.

De acuerdo con los precedentes jurisprudenciales referidos, la Sala pasa a examinar si en el caso concreto, la acción de tutela resulta procedente.

En el presente evento, la licencia ambiental para iniciar el proyecto “Construcción y Operación de la línea de Conducción de Hidrocarburos desde el campo Rubiales – CPF Cusiana” se otorgó mediante Resolución 1712 del 29 de agosto de 2006. De ahí que las autoridades y entes demandados aleguen falta de inmediatez en el ejercicio de la acción de tutela. Teniendo en cuenta lo anterior, debe establecerse **en primer lugar**, si la tutela fue interpuesta dentro de un término razonable

⁹⁷ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-225 de 1993. En el mismo sentido se puede consultar, entre muchas otras, la sentencia T-1316 de 2001.

y, **en segundo lugar**, si la acción de tutela es el mecanismo idóneo para lograr la protección invocada.

- 4.6.3.1.** En relación con el primer problema, para la Sala, de las pruebas que obran en el expediente, es posible deducir que **la comunidad Achagua no tuvo oportunidad de conocer del referido proceso en su oportunidad, toda vez fue puesta en conocimiento del mismo hasta el segundo semestre de 2008**, de manera que la demora en la interposición de la demanda se encuentra justificada.

En efecto, la comunidad afirma que sólo se percató de los impactos de la realización del citado oleoducto cuando la empresa ODL inició sus trabajos, es decir, luego de la cesión de la licencia ambiental en septiembre de 2008. Señala también que fue a partir de ese momento que sus representantes iniciaron las gestiones que consideraron pertinentes para garantizar la protección de sus derechos. Es así como, el 4 de septiembre de 2008, la comunidad elevó derecho de petición ante el Ministerio de Ambiente con la finalidad de exigir la realización de la consulta previa correspondiente (fol. 86 C. 1). Frente a la negativa de la entidad, la comunidad procedió a organizar a sus miembros para realizar inspecciones judiciales a fin de determinar los perjuicios causados en sus territorios.

Estas afirmaciones, además de no ser desvirtuadas por los demandados, fueron corroboradas por el Despacho del Magistrado Sustanciador en la inspección judicial practicada el 13 de mayo de 2011, en la que representantes de las empresas demandadas hicieron afirmaciones como las siguientes, con las que ratificaron que no se acercaron a la comunidad antes de 2008: Por ejemplo, la doctora Elsy Uribe, quien se identificó como coordinadora de responsabilidad social del Oleoducto de los Llanos Orientales, manifestó lo siguiente:

“(...) lo que yo también quería precisar es cuando usted preguntaba doctora, sobre la socialización del proyecto. Mucho antes de la construcción, sin que se viera ningún equipo pesado, ni maquinaria, ni tubería, se hizo socializaciones con los vecinos de este resguardo en donde participaron, inclusive, Don José del Carmen, que se presentó como ex gobernador, porque él era el gobernador antes, cuando se levantó todo el estudio del impacto ambiental para la licencia, él, Don José del Carmen, hizo parte de la información cuando se hizo esa solicitud. En ese momento de gobernador estaba Marcos Arrepiche, y tenemos todas las actas que reposan en el expediente en donde en diferentes oportunidades se les socializó a la comunidad que íbamos a venir con un proyecto, que si bien teníamos una certificación del Ministerio del Interior, donde decía que no pasaba nuestro proyecto por

territorio indígena, si queríamos reconocer que éramos unos vecinos que íbamos a pasar por su zona. ¿Qué beneficios tenía? Pues obviamente que íbamos a generar mano de obra, y fue solicitada por ellos también mano de obra no calificada, que de hecho hay una porción significativa de contratación de manos de obra del resguardo, esos certificados están ahí. PREGUNTADO: ¿Cuándo fue la primera reunión de socialización? CONTESTADO: **pues no recuerdo exactamente, pero calculo que fue entre septiembre y octubre del año anterior, nosotros iniciamos a comienzos del 2009, del 2008 comienza la construcción.** PREGUNTADO: ¿osea que fue a 2007? CONTESTADO: **no, no, no meses antes, seis meses antes por ahí empezamos a hacer acercamientos con las comunidades.** PREGUNTADO: ¿Cuándo se planeó el proyecto? CONTESTADO: *el proyecto viene de..., osea, planear un proyecto de esta envergadura tiene todo su tiempo, y desde mucho antes se va generando la idea de planeación. Planear el proyecto sobre mesas de trabajo era mucho antes de llegar siquiera a acercarnos acá, entonces calculamos que cuando se inicia la planeación del proyecto data más o menos del 2005.* INTERVENCIÓN FUNCIONARIO: *si, tu no te puedes acercar a una comunidad sino hasta que tengas absolutamente certeza de que vas a pasar de ahí para no crear expectativas.*”⁹⁸ (negrilla fuera del texto)

La afirmación de que el primer acercamiento a la comunidad fue en el 2008, fue ratificada por Hernando Vega, quien se identificó como integrante del equipo de gerencia de construcción del oleoducto. El funcionario manifestó:

“PREGUNTADO: ¿usted me puede decir cuándo fue la aproximación a la comunidad, en qué fecha? CONTESTADO: **No exactamente, pero eso fue a finales del 2008,** cuando estaba comenzando el proyecto. El proyecto se inició donde está la válvula hoy en día. PREGUNTADO: ¿pero cuándo comenzó el proyecto? CONTESTADO: **En octubre del año 2008.** (...)”⁹⁹ (negrilla fuera del texto)

De otro lado, las empresas demandadas allegaron copia del acta de una reunión realizada el **16 de agosto de 2008** con la comunidad indígena¹⁰⁰. Desde el punto de vista cronológico, esta fue la primera reunión celebrada con la comunidad, pues las demás actas allegadas por las empresas datan del 20 de diciembre de 2008 (fols. 308-313 C. 2), 18 de

⁹⁸ Ver a folios 373 al 383 del cuaderno 3, diligencia de inspección judicial realizada el 13 de mayo de 2011.

⁹⁹ Ver a folios 373 al 383 del cuaderno 3, diligencia de inspección judicial realizada el 13 de mayo de 2011.

¹⁰⁰ Ver folios 136 a 143 C. 3.

enero de 2009 (fol 383 C. 2), 16 de febrero de 2009 (fol. 327 C. 2) y 8 de marzo de 2009 (fol. 23 C. 2).

El apoderado de una de las empresas alega que si incluso se toma esta fecha -16 de agosto de 2008- como el momento en el que la comunidad tuvo conocimiento del proyecto, en todo caso la tutela carece de inmediatez, ya que la acción fue ejercida 6 meses después. Para la Sala, este argumento tampoco es recibo, pues como se indicó previamente, antes de acudir a la tutela, la comunidad accionante formuló un derecho de petición al Ministerio de Ambiente y procedió, en el marco de sus procedimientos internos, a organizar la comunidad y recaudar las pruebas necesarias para presentar la demanda de tutela. Adicionalmente, a juicio de la Sala, en el acta anexada al expediente se advierte que para ese momento no era posible que con la información recibida, la comunidad pudiera determinar claramente los daños que se ocasionarían a los elementos que constituyen la base de su cohesión cultural, económica y social, de modo que por ello no pudo acudir inmediatamente a la acción de tutela.

Así las cosas, teniendo en cuenta el momento en que la comunidad se enteró de la realización del proyecto – finales del año 2008 – y de los perjuicios que éste les ocasionaría, **la acción de tutela es el mecanismo idóneo para solicitar la protección de sus derechos y el término transcurrido hasta la presentación de la acción en febrero de 2009 resulta razonable a la luz de los criterios expuestos en la jurisprudencia de esta Corporación.** De cualquier modo, aún en gracia de discusión, es necesario resaltar que los impactos y posibles perjuicios que la realización del oleoducto puede causar a la comunidad se siguen presentando, haciendo que la vulneración alegada en el presente caso continúe vigente.

4.6.3.2. En relación a la **subsidiariedad** de la acción de tutela, observa esta Sala que en el presente caso, si bien existe la posibilidad de acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa para solicitar la nulidad de la resolución que otorgó licencia ambiental a la empresa accionada, la acción de nulidad no es el mecanismo judicial idóneo para obtener una protección efectiva y concreta de los derechos fundamentales invocados -a la participación y en especial a la consulta previa vulnerado, por las siguientes razones:

En primer lugar, la acción de nulidad, incluso de nulidad por inconstitucionalidad, tiene una naturaleza restringida, es decir, con ella se realiza un juicio de validez en el que se compara el acto demandado con normas de rango superior. Tal análisis excluye consideraciones derivadas de la consecuencia de la autorización y desarrollo del proyecto que afecta la comunidad, precisamente el tipo de argumentos formulados en este caso.

En segundo lugar, el trámite de una acción de nulidad puede durar varios años, incluso más años de los de la construcción del proyecto, de modo que cuando se tome una decisión definitiva, ésta ya no será oportuna, negando la posibilidad al accionante de obtener una protección inmediata a sus derechos fundamentales.

En consecuencia, la acción de nulidad no es un mecanismo idóneo de defensa.

Bajo las anteriores consideraciones, la acción de tutela instaurada por el gobernador del pueblo Achagua, Marcos Arrepiche, contra los Ministerios del Interior y de Justicia y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la empresa Meta Petroleum Limited y ODL, **resulta procedente.**

4.7. EN EL PRESENTE CASO LAS AUTORIDADES Y EMPRESAS DEMANDADAS VULNERARON LOS DERECHOS A LA LIBRE DETERMINACIÓN, A LA PARTICIPACIÓN Y A LA INTEGRIDAD CULTURAL DE LA COMUNIDAD ACHAGUA

4.7.1. Presentación del caso. Observaciones generales

Los antecedentes del presente caso son los siguientes:

El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, mediante Resolución No. 1712 del 29 de agosto de 2006, otorgó licencia a la empresa Meta Petroleum Limited, para la construcción de un oleoducto, desde el campo Rubiales hasta las facilidades del CPF-Cusiana.

La comunidad indígena Achagua del Resguardo Turpial-La Victoria señala que el proyecto pasa por su territorio, especialmente por áreas de importancia religiosa y ecológica para la comunidad, razón por la cual ha debido realizarse la consulta previa a la que tienen derecho, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT suscrito por Colombia y ratificado mediante la Ley 21 de 1991. Agrega que la construcción del oleoducto ha afectado su integridad cultural y ha puesto en riesgo su existencia misma, pues debido a las obras, uno de sus lugares de pagamento ha sido afectado y, de otro lado, se ha incrementado el paso de extraños por su territorio.

Es por ello que el 4 de septiembre de 2008, las autoridades indígenas elevaron petición al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en el que solicitaron la realización de una consulta previa. Dicha petición fue negada con el argumento de existir certificación del Ministerio del Interior y de Justicia en el sentido de no encontrarse

registradas comunidades, ni indígenas ni negras, en el área de influencia del proyecto.

Ante dicha negativa, Marcos Arrepiche, Gobernador del Cabildo Indígena Resguardo Turpial-La Victoria, instauró acción de tutela contra los Ministerios del Interior y de Justicia y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y contra la Empresa Meta Petroleum Limited, para la protección de los derechos fundamentales a la consulta previa y a la integridad étnica y cultural del pueblo indígena Achagua Piapoco. Además, solicitó que se obligara a la empresa a cumplir la licencia ambiental y no emplear la vía que atraviesa el resguardo.

La Coordinadora del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia señala que en el caso del Proyecto “*Oleoducto Campo Rubiales- El Porvenir*” no se hacía necesario adelantar el procedimiento de consulta previa, dado que en el área donde tiene influencia el proyecto no se encuentran comunidades pertenecientes a grupos étnicos. Añade que en relación con la violación de la licencia ambiental por parte de la empresa demandada, este asunto debe ser conocido por las respectivas autoridades ambientales. Finalmente, solicita no conceder la tutela, por no ser un mecanismo para revivir términos cumplidos o suplir acciones dejadas de ejercer, como sería en el presente caso la acción de nulidad contra la Resolución 1712 del 29 de agosto de 2006 expedida por el Ministerio de Ambiente.

Por su parte, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial se opone a las pretensiones. Señala que, mediante Resolución 1712 de 29 de agosto de 2006, otorgó licencia ambiental a la empresa Meta Petroleum Limited, previa certificación expedida por el Ministerio del Interior y de Justicia sobre la no presencia de comunidades indígenas en el área de influencia del proyecto. Adicionalmente, aclara que el Ministerio otorgó la licencia ambiental para el desarrollo del proyecto, pero sin autorizar a la empresa la entrada al resguardo indígena para ninguna actividad. Por último, aduce que la acción de tutela no es procedente dada la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, como en el caso serían las acciones populares y/o la acción de nulidad.

La empresa Meta Petroleum Limited se opone a la acción de tutela señalando que actuó con base en la licencia ambiental concedida por el Ministerio de Ambiente. También alega que dicha licencia fue cedida a la empresa Oleoducto de los Llanos Orientales S.A (ODL) mediante Resolución 1500 de agosto 27 de 2008, y que, de conformidad con el artículo 29 del Decreto 1220 de 2005, la cesión de la licencia ambiental implica la cesión de los derechos y obligaciones que se derivan de ella.

La empresa ODL, vinculada en sede de revisión, manifiesta que no se vulneraron los derechos fundamentales de la comunidad Achagua, toda

vez que las obras de construcción del oleoducto **no se desarrollaron dentro de los límites del resguardo**, razón por la cual no era necesario realizar la consulta previa. Igualmente, sostiene que no se ha demostrado una amenaza de perjuicio irreparable en relación con la subsistencia de la comunidad Achagua y que no se cumplió con el requisito de inmediatez.

De acuerdo con estos planteamientos, para determinar si las entidades demandadas efectivamente vulneraron los derechos de la comunidad accionante, la Sala debe resolver específicamente los siguientes problemas jurídicos: **(i)** determinar si era necesaria la consulta previa, pese a que el tubo del oleoducto no cruza el resguardo, pero al parecer atraviesa un área dedicada a prácticas tradicionales y religiosas de la comunidad y que, por esta razón, es reclamada como parte de su territorio ancestral. **(ii)** Examinar si, al margen de la obligatoriedad o no de la consulta previa, la construcción del oleoducto en las cercanías del resguardo ha lesionado la integridad cultural de la comunidad y ha puesto en riesgo su supervivencia como grupo diferenciado culturalmente. **(iii)** Analizar si el presunto incumplimiento de los términos de la licencia ambiental en materia de uso de vías vulnera los derechos de la comunidad.

4.7.2. Violación de los derechos fundamentales a la libre determinación, a la participación, a la consulta previa y a la integridad cultural de la comunidad Achagua. La construcción del oleoducto tiene incidencia directa en su territorio y su ejecución causó graves impactos sobre la cultura y tradiciones de la comunidad demandante

4.7.2.1. Violación del derecho a la libre determinación y a la participación. La consulta previa era obligatoria

Como quedó establecido en el acápite anterior, los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a ser consultados respecto de las medidas que les conciernen directamente, en especial si se trata de la explotación de recursos naturales ubicados dentro de sus territorios, entendiendo por éstos aquellas áreas no sólo tituladas a una comunidad, por ejemplo bajo la figura del resguardo, **sino también aquellas ocupadas ancestralmente y que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas, religiosas y espirituales.**¹⁰¹

En el presente caso, la Sala encuentra que por las razones que a continuación se exponen, **las entidades demandadas debieron realizar un proceso de consulta previa con la comunidad accionante antes de dar inicio al proyecto, incluso antes de la ejecución de las obras**, es decir, desde la planeación misma del proyecto.

¹⁰¹ Ver artículo 14 del Convenio 169 de la OIT.

En los documentos anexados al expediente se advierte que para las actividades de construcción del oleoducto Campo Rubiales CPF – Cusiana fue necesaria la intervención de varios cauces de ríos principales, secundarios y menores, dentro de los que se encuentran el **Río Meta** y los caños Emmita y Humapo, **los cuales** –como quedó demostrado en la inspección judicial practicada por el Despacho y otros materiales probatorios- **son utilizados por la comunidad Achagua para prácticas religiosas, actividades de pesca y culturales.**

En efecto, **el Charcón Humapo, ubicado al noroccidente del Resguardo y sobre el río Meta, hace parte de las áreas sagradas y de vital importancia económica y social de la comunidad Achagua Piapopo.** En este lugar se realizan rituales de iniciación para los jóvenes bajo la vigilancia de los ancianos, se transmiten los secretos del río y de la pesca, se efectúan pagamentos en el cauce a los seres espirituales de las aguas y se evocan tradiciones antiguas de la comunidad, con la finalidad de recuperar su antigua fortaleza cultural. Adicionalmente, es el lugar donde la comunidad desarrolla actividades de pesca y agrícolas indispensables para la sostenibilidad alimentaria del grupo. Esta conclusión se basa en las siguientes pruebas:

En el acta de audiencia e inspección judicial indígena, de fecha 5 de febrero de 2009¹⁰², realizada por una comisión de delegatarios de la comunidad accionada, se destaca lo siguiente:

SITIO	LOCALIZACION	OBSERVACIONES	ANEXOS
Punto 7	Puente sobre el Caño la Ema. Al suroriente del Resguardo Indígena, a 2 km aproximadamente del punto 6 y aproximadamente a 4 km desde el caserío Piapoco de La Victoria, todo esto dentro del Resguardo Indígena.	Por este lugar, por donde han transitado todo tipo de maquinaria pesada de manera constante desde el inicio de los trabajos en la zona en agosto de 2008, hasta la fecha. Hasta este puente llega el límite sur del Resguardo y es de este Caño que el Caserío Piapoco de la Victoria recoge agua para llevar a sus casa, pues hace más de 3 meses que el sistema de acueducto del caserío indígena colapsó.	Ver fotos 20, 21, 22 y 23
Punto	Extremo sur	Por este punto pasa el	Ver anexo

¹⁰² Ver folios 94 a 100 del cuaderno principal.

9	occidental del predio “El Diamante” proceso de asignación del INCODER resguardo.	oleoducto aproximadamente a unos 100 mt del Predio El Diamante que es territorio tradicional indígena y se encuentra en proceso de asignación por parte del INCODER – UNAT a la comunidad indígena tras extensos estudios socioeconómicos adelantados por dichas entidades para la ampliación del resguardo. En este lugar la compañía petrolera construyó un puente tipo batea (con tubos metálicos y gaviones) sobre el cruce del caño La Emma, de este la comunidad indígena toma el agua para consumo humano y para las demás necesidades diarias de una población donde la mayoría son niños. Es por este motivo que los niños y los ancianos han sufrido graves problemas de diarrea, problemas de la piel, infecciones de los oídos, los ojos, infección vaginal en mujeres. (...).	caracterización de salud, hecha por los promotores de salud de la comunidad.
Punto 10	Punto de cruce del tubo por el Río Meta entre los departamentos del Meta y Casanare. De este punto a una distancia máxima de 100 metros existe un asentamiento indígena	El nombre tradicional de este sitio es “Irriskuakaji Humapo” que quiere decir “Charconón de Humapo” que es un lugar donde se remansa arremolina el Río Meta. El sitio escogido por la compañía es precisamente un lugar sagrado de culto o	Ver fotos 38, 39, 40, 41, 42 y 43

	tradicional que se mantiene actualmente. Es el Charcón de Humapo. Este lugar esta ubicado en el noroccidente del resguardo.	pagamento a espíritus del agua (chatali). (...). El charcón se encuentra rodeado de sitios tradicionales. Por la parte occidental está el “Mangal”, cementerio indígena antiguo. Por la oriental “la isla de Humapo”. La distancia enter la isla de Humapo y el paso del oleoducto es de apenas 100 metros. Del lado norte o Casanare, es la sabana antigua de Mararavi con cementerio indígena y del lado sur el asentamiento del Charcón de Humapo ya citado. (...) Tal segmento del río es un lugar sagrado de la comunidad, consagrado a los seres del agua o chatali. Allí los niños y adolescentes se inician en las labores de pesca acompañados por sus maestros ancianos. Los indígenas señalan como serio impacto la baja pesca de este verano y las penurias alimentarias que están pasando.	
--	---	---	--

Posteriormente, en la diligencia de inspección realizada por el Despacho Sustanciador el 13 de mayo de 2011, se pudo constatar el tipo de actividades desarrolladas por los miembros de la comunidad en esta área del Río Meta –pesca y agricultura- y el paso del tubo por dicha zona. Al respecto, miembros de la comunidad manifestaron lo siguiente:

“[declaración del Gobernador del cabildo] (...) *PREGUNTA: En qué lugar nos encontramos? CONTESTADO: en este momento estamos en lo que es ya los linderos del resguardo, hacia el río. PREGUNTADO: a cuantos kilómetros. CONTESTADO: estamos a 3 kilómetros de la entrada de la*

comunidad. Entonces vamos a hacer un recorrido de aquí al otro lindero que queda cogiendo la isla hacia el 'charcon'. (...) PREGUNTADO: ¿y hay una isla? ¿Si? CONTESTADO: ahí tenemos una isla en la que nosotros trabajamos, se está cultivando. PREGUNTADO: ¿y qué cultivan ustedes allá? CONTESTADO: ahí cultivamos lo que es arroz, plátano y 'papocho', y yuca muy extemporáneo porque no se, se nos niega esa isla entonces la yuca la perdemos en esa parte. PREGUNTADO: ¿ustedes en que época es que más vienen a pescar al río? CONTESTADO: en la época del verano por ejemplo entrando el mes de noviembre ya todo el mundo a salir de la comunidad y ya la gente empieza a buscar su sitio de pesca, por lo menos al "charcón" siempre, por lo menos toda la vida nosotros venimos desde hace muchos años hemos estado en contacto con el "charcón". ¿Por qué lo llamamos "charcón"? Porque no tiene ningún cauce, es un solo cauce aunque sea verano o invierno, pero es un solo cauce donde se procrean creo que los pescados, nosotros, como nos dicen los médicos tradicionales hay muchas muchas cosas que nosotros miramos en esa parte. PREGUNTADO: ¿y cuáles son las especies que más pescan?. CONTESTADO: aquí bagre, cachama, sale mucha mucha especie de pescado. PREGUNTADO: ¿y cuándo baja la pesca?. CONTESTADO: cuando se va ya la pesca, cuando es mes ya de mayo, marzo, marzo. Está muy bajita la pesca ahorita. (...) PREGUNTADO: ¿y entonces qué otras actividades desarrollan? CONTESTADO: ya la gente empieza es a trabajar su propio "conuco" o sea el cultivo. Empiezan a trabajar en su "conuco" y sembrar lo que es arroz, pero ya en el verano se cosecha todo, entonces ya viene la pesca, viene las vacaciones para los 'achagüis'. Yo ahora le indico cual es la parte donde nos reunimos cada año, nuestra tradición para que este pueblito pueda supervivir. PREGUNTADO: ¿Dónde está el "charcón"? CONTESTADO: el "charcón" es éste, sobre el río Meta. Aquí vienen los dos cauces. PREGUNTADO ¿qué es lo que hay de especial en el "charcón"? ¿en esa parte del río? CONTESTADO: ahí viene, no pues es un "arritoto", por eso es que los pueblos 'achagüis' son hijos del río. PREGUNTADO: ¿pero qué es lo que tiene de especial? ¿Por qué se concentra en esa parte del río? CONTESTADO: se concentra porque aquí hay mucho pescado, mucho pescado que se da en este 'charcón'. PREGUNTADO: ¿y se seca en alguna época? CONTESTADO: no, nunca se seca, ni forma cauce así como lo estamos viendo acá. Cada año puede cambiar su cauce el río Meta, pero lo que es el

‘charcón’ nunca se cambia. (...) está es la línea por donde pasa la tubería. MARÍA ANGÉLICA NIVIA (META PETROLEUM): sí, esa es la línea. ¿Aquí fue donde se hundió? ¿Aquí es donde pasa por debajo? GOBERNADOR: sí, por aquí por esta parte es por donde pasa el sitio sagrado. FELIPE DE VIVEROS: está es la válvula y aquí pasa derecho, 14 metros debajo del río. GOBERNADOR: ahora vamos a parar y paramos a la válvula y paramos en lo que es el sitio sagrado, que ahí creo que ya están los mayores haciéndole un ritual porque hay una cierta invidencia porque ese río nos cobró 3 vidas este año. Es el río Meta, se ahogó un médico tradicional que trabajó en la parte para ‘sañir’ todos los daños que hicieron sin ninguna consulta, entonces nos cobraron 3 vidas en ese año. Entonces los médicos están diciendo que fue el cauce porque el médico iba a reparar todo esto, todo el daño que le hicieron porque es una cosa que para nosotros fue una terrible que nosotros nunca habíamos visto eso, entonces eso es lo que nosotros estamos pronunciando ante el Estado porque no iban a cruzar éste río, sabiendo que es un río sagrado que tiene su propio nombre, donde están todos los espíritus de los mayores, y eso es lo que nosotros estamos diciendo. Ahorita vamos a que se paren ahí, con eso tienen su historia, hay cementerios donde quedaron los mayores y con ese ‘Abdul’ que están haciendo ahí hay un ruido que sale hasta aquí a la comunidad a media noche que nos salen corriendo los mayorcitos, los viejos, los ancianos, nos han llegado allá Gobernador, el río nos va a cobrar la vida, entonces son cosas que a nosotros nos toca saberlas manejar con la parte de la naturaleza. Como lo vivimos nosotros los indígenas, yo se que esto no lo viven ustedes los blancos, ustedes tienen otro mundo y nosotros tenemos otro mundo, entonces creo que es muy importante para ahorita explicarles ya como son las cosas, entonces a donde pasó la tubería, que la gente estaba pescando cuando hicieron esa obra y no dejaron pescar a la gente. (...) PREGUNTADO: ¿Qué extensión tiene la isla? CONTESTADO: no, no se. FELIPE DE VIVEROS: de aquí acá hay 15 kilómetros. GOBERNADOR: esto en el verano llega hasta acá, esto es un solo playón, esto llega hasta donde usted mira la canoita, todo esto es una ranchería que la gente pega en el río y cada verano está ahí. PREGUNTADO: ¿y dónde es la ranchería?, ¿ahora podríamos pasar por ahí? CONTESTADO: pues ahorita en la bajada sí podríamos pasar por ahí. PREGUNTADO: ¿pero, por dónde se ingresa? FELIPE DE VIVEROS: por donde están las líneas de pesca. PREGUNTADO: ¿y por donde se ingresa a las rancherías

que están ahí? CONTESTADO: no, pues nosotros tenemos todos estos caminos para salir para allá, en cicla, en moto. PREGUNTADO: ¿hay unas vías pequeñas? CONTESTADO: sí, hay unas vías pequeñas donde no entran así carros hechas por nosotros. PREGUNTADO: ¿usted me puede decir dónde termina el terreno del resguardo? La línea política, de división. PREGUNTADO: la división quedaría en esta parte, ahí termina el lindero del resguardo. PREGUNTADO: ¿y ese caserío que está ahí, dónde es? La ranchería. CONTESTADO: la ranchería quedaría en esta parte. PREGUNTADO: es decir, ¿no es dentro del territorio exactamente? CONTESTADO: no, no es dentro del territorio exactamente, eso está, por aquí queda el resguardo, pero si nosotros hablamos del territorio, es del territorio ancestral. (...) (Intervención de Luis Eduardo Páez) PREGUNTADO: ¿Cómo se llama esta parte del río? CONTESTADO: “Charco de Humapo” PREGUNTADO: ¿Por qué se llama así? ¿Sabe? CONTESTADO: No se, desde que yo llegué llamaban esto así, no se. Ahí si yo no puedo dar información de que, como, ni nada. PREGUNTADO: ¿Y quiénes viene a pescar acá, en esta zona? CONTESTADO: Pues ahorita, no pescamos si no mi familia, mis dos hijos, el uno cuando viene, y el otro que está ahí en el chinchorro, y mi persona, y parte de indígenas. PREGUNTADO: ¿En qué época vienen? CONTESTADO: Eso sí vienen casi a diario, por ahí incluso, tienen canoas todavía de ellos que dejan a guardar por ahí. (...) (intervención de Florentino Gaitán) PREGUNTADO: ¿Nos puede contar sobre el Charcón? ¿Por qué es tan importante para ustedes? CONTESTADO: Bueno el Charcón para nosotros ha sido como una madre para nosotros, porque mire, de ahí sacamos el ‘pescao’ el pequeño, el grande, ya no tenemos para un esfero, pa’ un lápiz, pa’ un niño el va y guinda y trae, me dice papá mire, yo me conseguí 5 mil pesitos, me cogí 10 mil pesitos, bueno compre tal cosa, es una ayuda para nosotros, entonces por eso lo estimamos. PREGUNTADO: ¿Y qué hace específicamente allí en el charcón? CONTESTADO: Allá nos reunimos como chamanes, ya allá no llevamos los niños, si no los meros ‘barbuchos’ así como yo, y yo me lo quite no! Entonces allá se para uno y dice bueno, por aquí por aquí hay traer, y llama uno los pesca’os, desde la boca del mar para que suban, pero ahorita así con esta vaina sentimos, yo sentí hambre ahorita porque ahora si estoy viejo, salgo yo ahí a mi lugar, ya como guindao’ yo de paso no más, cuando ya venía de regreso y había matao’ al bagre más grande, porque yo mato pescaos grandes, yo dejo los pequeños para

que sigan creciendo. Si, esa es la historia mía. Bueno, este charco era lleno lleno de todo, había tonina, caimán, manatí. Al caimán le decimos chamana, casi chaman, casi nos gana a nosotros. PREGUNTADO: ¿Y usted es chaman? CONTESTADO: Si, y entonces todo era controlado, si no daba orden a los hijos no van, toca pedir orden, porque aquí se descubrió un niño, un joven ya grande, ahí se lo 'jartó' el chamana. Esta hora era un remolino aquí, yo me acuerdo mucho, un remolino, a esta hora estaban estos caimanes aquí, así como estamos aquí todos, afuera 'soliándose' con los chicorios, pequeñitos, grandes. Todo era lo que llaman el Pescao', el huevo, bueno de todo claro. PREGUNTADO: ¿Y cada cuánto hacen el llamado a los peces allá en el charcón? CONTESTADO: Ahorita en este momento llamamos en octubre. INTERVENCIÓN DEL GOBERNADOR DEL CABILDO: Desde octubre a noviembre ya esta todo, ya empiezan a venir a llamar a los pescados. PREGUNTADO: ¿Los médicos? RESPONDIDO POR EL GOBERNADOR DEL CABILDO: Sí, los médicos son los que entran primero, ya después vienen los mayores mayores, primeros son los que se meten allá en el mes de octubre, noviembre, ellos son los que se paran en el primer playón que salga, eso es donde se paran ellos en la punta de un playón a llamar a los pescao's. Que para este año queremos que suba el pescado antes que comience el verano, ya después que comience el verano hay un playón, ya todos estos chicos empiecen a bajar ya todo el mundo. Entonces ya no hay peligro. PREGUNTADO: ¿Cuándo hacen el llamado? ¿Quiénes participan en la ceremonia? CONTESTADO: Todos todos, todos los 'veje'. Ahí no podemos meter niños porque..., bueno al que le gusta si, lo podemos meter, porque ya va controlado. Eso es peligroso porque de pronto le gana la historia del río y él se puede enloquecer. PREGUNTADO: ¿Nos podría contar un poco cómo es la ceremonia? Por supuesto si lo pueden hacer! CONTESTADO: Entonces nos reunimos doce, nos reunimos los que estamos hablando aquí, así también estamos haciendo ese día, usted tiene que decir esto, y usted y usted, hasta que llegó donde comenzó; entonces uno ya queda completamente firme en todo. PREGUNTADO: ¿Y hay que hacerlo en alguna hora específica del día o cómo es? CONTESTADO: Uno trabaja a las doce de la noche, porque los niños ya están durmiendo a esa hora, todos los enemigos de nosotros del río también están quietos, porque a las doce de la noche ya manda el río y hay un "guindo" que nosotros decimos que está atravesando como está esa tubería. Usted viene bajando o subiendo y ahí se puede flotar, ese es el

peligro, cuando usted montó que cayó acá y ese lo puede hundir y acá hay mucho peligro. Pero por medio de nuestra sabiduría nos hemos defendido. (...)”

La naturaleza sagrada del Charcón Humapo no ha sido controvertida por las empresas demandadas, quienes basan su defensa en que tal lugar no hace parte del área titulada a la comunidad como resguardo. La naturaleza sagrada tampoco fue desvirtuada por el Ministerio del Interior, entidad que envió a la diligencia del 13 de mayo de 2011 a un antropólogo vinculado a la entidad, quien durante la diligencia guardó silencio sobre las afirmaciones de los integrantes de la comunidad indígena y particularmente sobre el carácter sagrado de la zona donde se encuentra ubicado el charcón.

De otra parte, la Organización Nacional Indígena de Colombia¹⁰³ (ONIC), en concepto allegado a esta Corporación, destacó el carácter agrícola y religioso de esta comunidad, y su estrecha relación con el río. Al respecto, manifestó lo siguiente:

“Los Achagua y Piapoco son pueblos Indígenas, en tanto (i) descienden de la familia lingüística Arawak que habitaba en la región de la orinoquía colombiana y venezolana en la época de la conquista y del establecimiento de las actuales fronteras estatales, (ii) conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas (iii) demuestran una conexidad con el eje del río Meta y (iv) se autoidentifican colectivamente como pueblo indígena. (...) La convivencia territorial les ha permitido implementar una economía conjunta sustentada principalmente en la agricultura de consumo interno, en menor grado en la ganadería y conforme a los ritmos del caudal del río Meta, obtienen recursos de la cacería y la pesca. Otra fuente de ingresos proviene de la elaboración de artesanías. Cabe mencionar que las prácticas de agricultura tradicional, que son la principal fuente de pervivencia de ambos pueblos, se encuentran restringidas debido a la estrechez del territorio. Aspecto que incide directamente en la formulación de nuevas prácticas culturales ajenas a la del Derecho Mayor. (...) Todas sus actividades económicas y religiosas giran en torno a los ritmos estacionales de las aguas del Meta, por lo cual no dudan en proclamarse sus descendientes, gente del río.”

Finalmente, las prácticas religiosas que se desarrollan en el río para garantizar la pesca de la temporada son confirmadas por información

¹⁰³ Ver folios 237 al 244 del cuaderno 3.

suministrada por el ICANH. En efecto, según un estudio de María Eugenia Romero Romero sobre los Achagua, una de las ceremonias más importantes de esta comunidad es el *rezo del pescado*, también llamada *chaca*.¹⁰⁴

Así, en consonancia con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia sobre el concepto de territorio en las comunidades étnicas, entendiendo por tal, no sólo las áreas tituladas a una comunidad, **sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades culturales, religiosas y económicas**, etc. el Charcón Humapo, por ser el lugar donde la comunidad indígena puede desenvolverse libremente según su cultura, su saber y sus costumbres, **hace parte de su territorio ancestral**.

En consecuencia, en el presente evento, teniendo en cuenta **(i)** que el proyecto intervino un área sagrada y de vital importancia ecológica, social y económica del territorio ancestral de la comunidad accionante y **(ii)** que tal intervención tenía la potencialidad de causar graves impactos culturales de sus integrantes, **la consulta previa era un procedimiento que debía haberse surtido de manera obligatoria antes de iniciar la construcción del oleoducto**, con el fin de que la comunidad Achagua pudiera no solamente manifestar sus opiniones, sino también **adoptar medidas para mitigar los efectos (culturales, económicos, sociales, religiosos, etc.) que causaría la construcción del oleoducto en territorios tradicionalmente utilizados**. Por esta razón la intervención inconsulta del Charcón Humapo por Meta Petroleum y ODL, con la anuencia de las autoridades gubernamentales, constituye una vulneración de su derecho a la libre determinación, específicamente a la consulta previa.

La Sala considera importante reiterar que, atendiendo los lineamientos planteados en las consideraciones y lo señalado por el artículo 14 del Convenio 169, el Charcón de Humapo, ubicado en el área de influencia directa del proyecto, ya que por allí cruza el tubo del oleoducto, goza de especial protección, aún estando fuera del resguardo, pues se trata de una porción de tierra que tradicionalmente han ocupado y usado los miembros de la comunidad tutelante.

4.7.2.2. Violación del derecho a la integridad cultural de la comunidad demandante

Por otra parte, al margen de la obligatoriedad de la consulta previa, para la Sala la intervención misma del Charcón Humapo –así sea subterránea y no haya causado daños al ambiente- **también está lesionando el derecho de la comunidad a la protección de su integridad cultural y**

¹⁰⁴ Ver María Eugenia Romero Romero, "Achaguas". En: *Geografía humana de Colombia*, Tomo III, Vol. 1. Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, 1993. P. 123.

ha puesto en riesgo su supervivencia misma, de modo que constituye una segunda violación de los derechos de la comunidad.

En efecto, según Florentino Gaitán, uno de los adultos mayores de la comunidad Achagua, la intervención del río afectó el bienestar espiritual de la comunidad y les ha impedido, por razones también espirituales, continuar con sus prácticas tradicionales en el lugar. Al respecto expresó el miembro de la comunidad lo siguiente en la inspección judicial:

“PREGUNTADO: ¿Cuéntenos qué ha pasado acá en el charcón y en la comunidad después del tubo? CONTESTADO: Después del tubo, pues aquí ya se prohibieron, ya los niños no pueden trasladarse libremente, porque ya hay una cosa, hay una gente ya camuflada, ya con su ‘camuflación’, usted sabe que ya aquí fue una cosa, una zona de guerra, ya como le contamos, esto no salió por las noticias, no salió por el periódico, fue una guerra ‘donde se desató de los paramilitares’, donde hubo mucha masacre en esta parte, entonces esto no salió por medio de audio, por eso a los niños les da miedo venir para acá, ya no lo utilizamos como lo teníamos libremente como lo teníamos antes de que pasara la tubería, por ejemplo, esa válvula que ven allá, no se como lo traten esa gente ahí, pero cuando suelta un ruido a las doce y diez de la noche, no sé como dormiré ese señor ahí, el señor este don Luis. PREGUNTADO: ¿Es en la noche? CONTESTADO. Si, en la noche, entonces suelta un ruido, parece que una vez que soltara un ruido a eso no se, nunca he entrado en esa parte, yo lo miro por encima no más, pero suelta un ruido que nadie nadie puede dormir, la gente se asusta porque nosotros nos estamos acostumbrados. Yo la primera vez cuando salí a la ciudad yo trasnoché por el ruido del carro, todo eso, entonces a través de eso una vez me corrieron los mayores, “los ancianitas”, me dijeron Gobernador viene el espíritu del Charcón, entonces se me arrimaron todo el mundo allá a las once de la noche, uno se asusta, así cuando está durmiendo uno y cuando vienen y alguien le dice es que viene el espíritu del Charcón, entonces cuando uno se despierta y escucha un ruido que parecía una lancha, que venía un ruido muy muy terrible, entonces cuando eso todo mundo nos reuníamos. Al rato oímos a un pescador que le tocó salir de acá, ahí donde están las chalupas estaba viviendo él, entonces le tocó ir pa’ allá, entonces la comunidad le dijo, no lo que pasa es que prendieron no se que es lo que pasó allá en esa válvula, pero hay un ruido bien grande, eso es una cosa que realmente... No se después de eso nosotros, pues los médicos, yo si le quiero explicar más o menos como es, yo se que el mundo de ustedes los blancos es de otra forma, que el

mundo nosotros lo vemos de otra forma, el ruido, todo eso, lo que va penetrando a este Charcón, yo se que de aquí a mañana si estoy vivo, de aquí a cuarenta años o más, este río se va a secar porque esto lo están pronunciando los médicos, es como lo ve el señor este, Don Luis, el ve esto, lo que es superficie, bueno si, si pasó a treinta metros, pero hombre, uno empieza, es decir, como decía este Mayor, allá arriba hay una embocadura que es el túnel que sale hasta la mata de 'Matavén', ¿entonces por qué lo ven?, porque en la sabiduría de ellos la gente se meten, por eso es que uno indígena a veces cuando a uno le toca de meterse a espíritu, uno se va en espíritu, se va hasta la superficie de la tierra del río y uno también puede elevarse hasta cierta parte para uno comunicarse con el espíritu, eso es el mundo de nosotros. En las palabras de ustedes los blancos, es el científico de ustedes que estudia."

Además, como indicó uno de los adultos mayores –ver el extracto citado en la sección anterior, la comunidad atribuye a la intervención del río tres muertes y algunas enfermedades que padecen miembros del grupo. En este punto vale la pena traer a colación la información suministrada por el ICANH sobre las creencias y costumbres de los grupos indígenas de la Orinoquía:

"Para los indígenas llaneros la magia, lo sobrenatural, lo esotérico (en general lo espiritual), no constituye una realidad aparte de la vida social y material diaria. La enfermedad y la muerte, la agresión y el conflicto, siempre latentes, irrumpen cuando desconociendo alguna prohibición, se altera el equilibrio entre el numeroso conjunto de individuos y grupos sociales, fuerzas de la naturaleza, almas, espíritus del bosque, de las aguas y del cielo que pueblan el vasto cosmos indígena. El chamán que recibe el poder de los dioses fundadores, es el gran mediador entre las distintas fuerzas de la sociedad y la naturaleza".

En este orden de ideas, a juicio de la Sala, la vulneración de la integridad cultural de la comunidad como consecuencia del paso del oleoducto por el Charcón continúa vigente, lo que amerita la adopción de medidas para poner fin a la lesión y compensar los perjuicios ya causados. Estas medidas se examinarán más adelante.

4.7.2.3. Conclusión.

En resumen, la Sala estima que en el presente caso existe una doble **vulneración** de los derechos de la comunidad accionante: **de un lado**, el derecho de la comunidad a la libre determinación y, en particular, a la

participación fueron vulnerados por las autoridades y empresas demandadas al no llevar a cabo la consulta previa, la cual era obligatoria teniendo en cuenta que la construcción del oleoducto iba a intervenir áreas que si bien no se hallan dentro del resguardo de la comunidad, sí hacen parte de su territorio ancestral debido a las prácticas religiosas, tradicionales y de subsistencia que se llevan a cabo allí. **De otro lado**, las empresas y autoridades accionadas lesionaron con la intervención misma del territorio indígena el derecho de la comunidad a la integridad cultural y pusieron en riesgo su subsistencia, entre otras razones, porque con la construcción afectaron la espiritualidad de los miembros de la comunidad, al punto que atribuyen al paso del tubo enfermedades y muertes; esta transgresión continúa vigente, de modo que se requieren medidas para ponerle fin y mitigar sus impactos.

4.7.3. Las entidades y empresas demandadas no pueden excusar la vulneración de los derechos de la comunidad en su supuesto desconocimiento de las prácticas tradicionales de aquella

4.7.3.1. *El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial tenía conocimiento de la presencia de la comunidad en la zona*

La Sala observa que **el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial al momento de otorgar la licencia ambiental tenía pleno conocimiento de la presencia de la comunidad demandante en el área** donde se llevaría a cabo el proyecto. Además, tenía presente que la comunidad Achagua allí asentada podía verse perjudicada con el desarrollo de las actividades autorizadas a la empresa Meta Petroleum Ltd para la construcción del oleoducto, especialmente en lo relacionado con las vías de acceso al oleoducto y a la ocupación de las aguas cercanas al resguardo. El material probatorio que sustenta esta conclusión es el siguiente:

En primer lugar, aunque en la Resolución 1217 de agosto 29 de 2006, mediante la cual el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial otorgó la referida licencia ambiental, se hace referencia a la comunicación OFI-14638 DET-1000 del 27 de septiembre de 2005 del Ministerio del Interior y Justicia, a través de la cual se remite certificación sobre la ausencia de comunidades indígenas y negras en el área de influencia del proyecto en los municipios Puerto Gaitán y Puerto López, departamento del Meta, y Tauramena y Monterrey, departamento de Casanare; en el concepto técnico No. 1393 de agosto 24 de 2006, realizado por el Ministerio de Ambiente¹⁰⁵ **sí se hace mención de la existencia de la comunidad**. En el citado concepto se dice en punto a la visita de evaluación de esa entidad al resguardo Humapo, lo siguiente:

¹⁰⁵ Transcrito en la Resolución 1217 de 2006. Ver folios 33 al 53 del cuaderno principal.

“(…) se identificó una vía de acceso al resguardo que podría ser usada para llegar al derecho de vía del oleoducto, causando algún grado de afectación a la población indígena allí asentada.

A este respecto, en el documento presentado como respuesta al Auto 567 de 2006 la empresa señala que ‘desiste plantear una alternativa vial de acceso, para ello se accederá al corredor a través del derecho de vía. Es necesario anotar que el derecho de vía del oleoducto dista 3.3. km de los límites del resguardo Humapo’. Por otra parte, el Ministerio de Interior y de Justicia en comunicación OFI-14638 DET-1000 del 27 de septiembre de 2005, certificó sobre la no presencia de comunidades indígenas ni negras en el área de influencia del proyecto.

Por esta razón, este Ministerio considera que el acceso al trazado del oleoducto entre el río Yucao y el río Meta se debe hacer a través del mismo derecho de vía, para garantizar que no se afectarán las comunidades étnicas.”

Más adelante, en los artículos segundo y cuarto de la parte resolutive de la Resolución 1217 de 2006, se dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO SEGUNDO.- La presente Licencia Ambiental, autoriza la realización de las siguientes actividades:

(…)

2. Actividades básicas de la fase constructiva:

a) Adecuación y uso de las vías de acceso existentes, de acuerdo con lo señalado en el Plano 1 y Tabla 2.1, anexos al documento de información adicional remitido por la empresa, como respuesta al Auto 567 de 2006.

b) El acceso al trazado del oleoducto entre el río Yucao y el río Meta deberá hacerse a través del mismo derecho de vía, para garantizar que no se afectarán las comunidades étnicas (Resguardo Humapo).

(…)

ARTÍCULO CUARTO.- La Licencia Ambiental otorgada en el presente acto administrativo comprende también la ocupación de cauces bajo las especificaciones técnicas y obligaciones indicadas a continuación:

- a) Autorizar los cruces subfluviales de los ríos Planas, Manacacías, Yucao y Meta por el sistema de perforación dirigida, teniendo en cuenta las medidas de manejo presentadas en la PMCOR-13 del Plan de Manejo Ambiental y los demás términos y condiciones de la prseente Resolución.
- b) Otorgar permiso de ocupación de cauce para la construcción de cruces subfluviales de la línea de conducción de hidrocarburos, por el método de excavación a cielo abierto sobre los demás cuerpos de agua señalados en la siguiente tabla, teniendo en cuenta las medidas de manejo ambiental presentadas en la Ficha PMCOR-14.

CRUCE	TIPO DE CRUCE	ABCISA	COORDENADAS
(...)	(...)	(...)	(...)
Caño Humapo	Corriente secundaria	K127+200	Norte: 969.060 Este: 854.976

(...)”

En segundo lugar, de las copias del expediente 2965 allegado por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, la Sala observa que desde la presentación del primer Diagnóstico Ambiental de Alternativas para el Oleoducto Campo Rubiales – El Porvenir, por parte de la empresa Tethys Petroleum Company Limited¹⁰⁶, **se reconoció la existencia del resguardo “El Turpial – La Victoria – Umapo” de la etnia Achagua** en la zona seleccionada para la construcción del mencionado proyecto.

En tercer lugar, en el diagnóstico presentado por la sociedad Meta Petroleum Ltd., se propusieron tres (3) alternativas para desarrollar el proyecto de conducción de hidrocarburos en el Campo Rubiales, las cuales fueron analizadas por el Ministerio de Ambiente en el concepto técnico No. 1471 de agosto 12 de 2005¹⁰⁷ desde diferentes aspectos tales como: (i) parámetros constructivos y operativos, (ii) intervención de elementos de alta sensibilidad ambiental (geomorfología, estabilidad geotécnica) e (iii) impactos en la cobertura vegetal, socioeconómico-cultural, geomorfología e hidrología. Dentro de los aspectos más importantes de la comparación de las 3 alternativas, el Ministerio destacó la afectación geográfica de los resguardos ubicados en las cercanías del proyecto:

“La Alternativa 1 registra el menor número de cruces de cuerpos de agua lénticos y cruza 8 corrientes permanentes

¹⁰⁶ Sociedad que para enero de 2004 era la operadora del Campo Rubiales, razón por la cual solicitó la respectiva licencia ambiental ante el MAVDT.

¹⁰⁷ Visible a folio 18 del expediente 2965 allegado en sede de Revisión.

frente a 7 y 9 de las otras dos alternativas. En cuanto a corrientes intermitentes, cruza 106 frente a 124 y 108.

Cualquiera de las alternativas intervienen áreas de baja sensibilidad ambiental en más del 70% del trazado. La alternativa que menos intervención hace sobre las coberturas de alta sensibilidad ambiental es la No. 3 con un 12% debido a que comparte derecho de vía con el ducto Santiago – El Porvenir, mientras la alternativas 1 y 2 registran un 16% y 20% respectivamente.

Desde el punto de vista de la relación vegetación – fauna, la alternativa más favorable es la No. 3 que interviene una menor proporción de bosques tanto de galería como de basales, no obstante desde el punto de vista de los ecosistemas hídricos lénticos, también de importancia biótica, la más favorable es la Alternativa 1 pues es mucho menor la intervención.

Las tres alternativas comparten las mismas características socioeconómicas y sociopolíticas en similar grado y especialidad.

La Alternativa 3 se caracteriza por tener la mayor longitud. Pasa cerca de 5 núcleos poblados sin afectar directamente el perímetro urbano o área de expansión de ninguno de ellos. **Es de los tres, el trazado que cruza más cerca de los Resguardos Indígenas de Vencedor – Pirirí, Guamito y Matanegra; y de Awaliba.** Recorre la servidumbre del oleoducto Santiago – El Porvenir en un trayecto total de 124.2 kilómetros. Es la alternativa de trazado que más afecta cultivos agrícolas, seguido de cerca por la Alternativa 2 y la que contiene mayor área en sistemas hídricos.

La Alternativa 1 evita la afectación de las áreas de sensibilidad por razones étnicas y de propiedad colectiva de la tierra, situación que no presentan las otras dos alternativas (la Alternativa 3 cruza cerca de los resguardos antes mencionados y la Alternativa 2 cerca de un resguardo¹⁰⁸).

De las tres alternativas, la No. 1 sobresale porque tiene más accesos y cruza menos áreas húmedas, en términos de corrientes permanentes, intermitentes y cuerpos de aguas lénticos.

¹⁰⁸ En esta alternativa está situado el Resguardo El Turpial – La Victoria. Ver folio 36 del expediente 2965.

Para las tres alternativas se requerirían programas, acciones y/o obras similares, no obstante para las Alternativas 1 y 2 se espera que demanden un menor grado de intervención en razón a que se trata de las alternativas más cortas, lo que conlleva el menor impacto ambiental global, porque interviene una menor extensión de áreas de alta sensibilidad ambiental a nivel geológico – geomorfológico, hídrico y socioeconómico.”

Teniendo en cuenta el estudio anterior, el Ministerio de Ambiente mediante auto 1425 de agosto 12 de 2005, declara la alternativa No. 1 como el trazado ambiental más viable para la ejecución del proyecto, por cuanto permite *“optimizar y racionalizar el uso de recursos naturales y genera menores riesgos e impactos ambientales, teniendo en cuenta las áreas de exclusión expuestas en el presente acto administrativo, por parte de la empresa METAPETROLEUM.”*

En cuarto lugar, en concepto técnico No. 215 del 2 de febrero de 2006, la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales del Ministerio consideró, con relación a la etapa constructiva y especialmente a las actividades preliminares a la construcción del proyecto, lo siguiente:

“-A nivel de campamentos la Empresa deberá presentar la información relacionada con su ubicación aproximada, áreas requeridas para su implementación y la demanda de recursos naturales asociada.

*-Durante la visita de evaluación del Ministerio al resguardo Umapo, ubicado en el municipio de Puerto López, se identificó una vía de acceso al resguardo que podría ser usada para llegar al derecho de vía del oleoducto, **causando algún grado de afectación a la población indígena allí asentada.***

Las zonas de resguardos indígenas (como es el caso de Umapo) son áreas de exclusión a cualquier tipo de actividad por parte de la Empresa. Por tanto, para acceder al derecho de vía del oleoducto en el sector cercano a ese resguardo se requiere contar con una alternativa diferente al paso por los territorios indígenas, en cuyo caso se deberá presentar una caracterización de las obras requeridas como parte de la adecuación y o construcción de la nueva ruta, especificando la demanda de recursos naturales renovables asociados a tales actividades.”

Atendiendo la consideración anterior, en el auto 200 de febrero 8 de 2006, el Ministerio requirió a la empresa Meta Petroleum Limited para que, en lo relacionado con los accesos al derecho de vía, **(i)** describiera

los accesos que iban a emplearse desde el punto de vista de su estado actual y las actividades necesarias para su adecuación, en caso de requerirse construcción de tramos nuevos y **(ii)** presentara una alternativa para acceder al derecho de vía del oleoducto diferente al paso por el resguardo Humapo.

Más aún, la entidad estatal tuvo conocimiento de los impactos negativos que el proyecto generaría en la fauna y la vegetación de la zona, atendiendo a los conceptos emitidos en los diferentes estudios técnicos que se realizaron durante el trámite seguido para otorgar la licencia ambiental, impactos que repercutirían en las actividades de los habitantes de las áreas cercanas al proyecto.

Por último, observa la Sala que el Ministerio de Ambiente, en Resolución 2320 de noviembre 28 de 2006, certificó el cumplimiento de *“la función ecológica de la propiedad, para la ampliación del Resguardo Indígena Umapo, El Turpial y la Victoria de las comunidades Achagua y Piapoco, de acuerdo con los usos, costumbres y cultura que le son propios”*. En dicho acto administrativo, **se reconoció la importancia de los territorios sagrados para preservar las tradiciones espirituales de la comunidad Achagua.**

Es más, de lo expuesto en la parte considerativa de dicho acto administrativo, se puede deducir que, atendiendo la solicitud de ampliación realizada por la comunidad indígena y remitida por el Incoder, la oficina de Educación y Participación del Ministerio de Ambiente realizó una visita de evaluación al resguardo, los días 9 a 12 de marzo de 2006. Como consecuencia de dicha visita, la referida dependencia emitió el 18 de agosto de 2006, un concepto técnico en el cual se consideró, entre otros aspectos, lo siguiente:

“3. CONOCIMIENTO TRADICIONAL Y USO ACTUAL DEL TERRITORIO. Las comunidades ACHAGUA Y PIAPOCO dependen en gran parte de la actividad de la agricultura, la cual dedican por excelencia para el consumo interno y sólo comercializan un pequeño excedente del mismo, sin tener realmente un interés comercial. En la agricultura, las comunidades Achagua y Piapoco, utilizan el azadón, la pala y el machete, con lo cual hacen la roza del terreno para luego sembrar. (...) Para la pesca, otra actividad importante, los implementos son especialmente el arco y la flecha, el arpón, las mayas (sic), los calandrias, que son una cantidad de anzuelos enganchados a una cuerda, y el anzuelo propiamente dicho, el cual utilizan generalmente en el invierno, cuando la profundidad y color de las aguas impiden la visibilidad para atrapar a los peces con flechas o arpón, es de anotar que entre estos sistemas, hay algunos de origen autóctono, otros

hibridados entre la tecnología tradicional con la occidental y por último los francamente ‘occidentales’, tales como el anzuelo. El sistema de representación Piapoco presenta muchas semejanzas con el Sikuni en cuanto a la importancia que tiene el mundo espiritual para la etnia. Desde esa perspectiva, la figura del Chamán encarnaba el personaje principal de la vida ritual y espiritual de los Piapoco. Al igual que los Sikuni y Cuiba, la utilización del Yopo era fundamental para la realización de cualquier ceremonia o ritual. El consumo de Yopo, durante las ceremonias iba acompañado del consumo de tabaco y de otras plantas alucinógenas. Dentro de los rituales que eran más importantes y marcaban sin duda el ciclo vital de la etnia estaban: * ‘El rezo del pescado’, ceremonia de iniciación y bautizo, que tiene gran difusión entre los grupos de la región. Su sentido general es preparar a la joven para la vida adulta. * ‘El tomo’, que hace parte del ciclo de ceremonias de segundo enterramiento. Es uno de los principales rituales, incluso por encima del ritual de la primera ceremonia, donde el entierro es sencillo y sólo interviene el Chamán. El ritual permite perpetuar la presencia del difunto y se convierte en una actividad social importante. (...) **La comunidad de Umapo y la Victoria ha expresado que para conservar el uso tradicional de su resguardo requiere una importante extensión de tierras, debido a la actual restricción que tiene el territorio que usan, la necesidad de conservar los playones y morichales de las quebradas y el crecimiento de la población.** (...) Es claro que la pequeña porción de tierras que han ocupado los Achaguas y los Piapoco ha quedado exhausta e improductiva al ser objeto de la continua explotación y sustracción de sus recursos naturales, por parte de ellos y de los colonos, por lo cual existe una justificación objetiva para ampliar el territorio, como fue enfatizado por el estudio socioeconómico del INCORA desde 19962 (sic).”

5. CONSIDERACIONES FINALES

1. Se recomienda al INCODER promover la ampliación del resguardo para las comunidades ACHAGUAS Y PIAPOCO del resguardo La Victoria y el Turpial en el municipio de Puerto López en el Departamento del Meta. Desde una visión ambiental, es urgente su ampliación, debido a que las comunidades Achaguas y Piapoco no poseen tierras para utilizar el sistema tradicional de ronda en los cultivos de uso y costumbre de las chagras, por lo que existe una sobreexplotación de los suelos de sabana y los pocos morichales no los pueden utilizar para la agricultura porque

*están destinados a la conservación natural. **Para las comunidades ACHAGUA Y PIAPOCO el agua es la vida y es en los morichales donde nacen los arroyuelos y los caños que se utilizan por gran parte de la comunidad para el uso doméstico y la protección de la fauna de la región.***

(...)

*8. Se recomienda para el desarrollo del proyecto de navegabilidad del río Meta, la promoción de un proceso de consulta con las autoridades Achaguas y Piapoco del resguardo la Victoria y el Turpial donde a través de un dialogo intercultural se logre (sic) controlar los impactos generados por la construcción de la obra y se contribuya con la consolidación territorial de las comunidades. Igualmente **se recomienda a la Dirección de Etnias del Ministerios del Interior y de Justicia brinde acompañamiento y asesoría a la comunidad Achaguas y Piapoco sobre el desarrollo del proyecto en la medida que el río Meta es considerado desde una visión tradicional, como lugar sagrado por excelencia que debe continuar con su recorrido natural y no ser manipulado por el hombre, además, la pesca es el segundo sustento alimenticio.** (...)”.* (Negrilla fuera de texto original).

Las consideraciones expuestas en el anterior acto administrativo ponen en evidencia que las actividades realizadas por el pueblo indígena Achagua para garantizar su subsistencia, las tradiciones culturales y espirituales por ellos practicadas y que tienen la intención de transmitir a las nuevas generaciones, eran de conocimiento del Ministerio. Igualmente, el contenido de dicho acto administrativo demuestra el estado de vulnerabilidad en el que se encuentra la comunidad y la necesidad de apoyo requerido por parte las autoridades nacionales y locales para conservar los territorios ocupados ancestralmente y mantener su identidad.

4.7.3.2. El Ministerio del Interior tenía la obligación de verificar la presencia de la comunidad en la zona

El Ministerio del Interior alega que certificó que no existían comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto con fundamento en una comunicación que indicaba esto, proveniente de la alcaldía de Puerto López. Para la Sala este no es un argumento de recibo, pues la función del Ministerio es **verificar la presencia de comunidades en el área de influencia de un proyecto**, lo que significa, como bien lo señala el profesor Herinaldy Gómez de la Universidad del Cauca, “una constatación empírica que debe desarrollarse en campo con el fin de establecer de la manera más directamente posible la existencia o no de tales comunidades.” Además, como también afirma el profesor, esa verificación no se debe agotar “en

*la presencia física o en la residencia, sino en el desarrollo actual y regular de prácticas tradicionales de supervivencia o simbólicas, tales como la caza, la pesca, la recolección de frutos, la práctica de rituales, entre otras más.*¹⁰⁹

El Ministerio no llevó a cabo tal verificación en campo, con lo que incumplió sus obligaciones y condujo a la vulneración de los derechos de la comunidad demandante. La Sala advierte además que de haberse realizado la visita de campo, muy probablemente el Ministerio se habría percatado de las prácticas tradicionales que la comunidad desarrolla en el Charcón Humapo, lo que habría conducido a la realización de la consulta.

4.7.3.3. Las empresas Meta Petroleum y ODL también tenían conocimiento de la presencia de la comunidad en la zona

Para la Sala también se encuentra demostrado que las empresas demandadas tenían conocimiento de la presencia de la comunidad accionante en una zona cercana al paso del oleoducto. En efecto, de los documentos allegados por Meta Petroleum al Ministerio de Ambiente para solicitar la licencia ambiental –citados en el apartado anterior– se deduce que sí conocía la existencia de la comunidad en la zona. El conocimiento de ODL, de otro lado, se deduce de la reunión que celebró con la comunidad tan pronto le fue cedido el contrato.

Ahora bien, es probable que las empresas demandadas inicialmente no tuvieran conocimiento de las prácticas tradicionales que desarrolla la comunidad accionante en el Charcón Humapo; sin embargo, al entrar en contacto con la comunidad en el segundo semestre de 2008, fueron puestas en conocimiento de esta situación. En ese momento debieron haber notificado inmediatamente la presencia de la comunidad en el área de influencia del proyecto al Ministerio del Interior, para que se adoptaran las medidas del caso, en los términos de certificación expedida el 27 de septiembre de 2005, según la cual “*si al adelantar las actividades se establece que existe alguna comunidad indígena y/o*

¹⁰⁹ Para la Sala también es importante resaltar los elementos que el profesor Herinaldy Gómez indica deben guiar la verificación de la presencia de comunidades étnicas en el área de influencia de proyectos de desarrollo: “*Puede existir Presencia de comunidades étnicas dentro de un área definida por situaciones muy diversas que deben ser objeto de identificación y de justa valoración. Dichas situaciones pueden ser: 1. La realización histórica y regular de prácticas colectivas tradicionales de orden económico (agricultura, caza, pesca, recolección), cultural (prácticas sagradas, ceremoniales y ritos especiales) y funcional (acceso o tránsito). 2. La existencia de una propiedad colectiva de tierras o terrenos de la comunidad étnica. 3. La posesión de hecho de tierras o terrenos. No obstante se puede presentar otra serie de situaciones que eventualmente las comunidades étnicas pueden argumentar como presencia efectiva dentro del área de influencia, tales como: (a) Residencia de varias familias y/o personas pertenecientes a una comunidad étnica. (b) Existencia de compromisos institucionales con el Estado tendientes a satisfacer aspiraciones territoriales de una comunidad o pueblo étnico. (c) Área de territorio ancestral, reclamado políticamente. (d) Cercanía relativa al área de influencia por residencia, propiedad, posesión o realización de prácticas tradicionales. (e) Interdependencia sistémica por razones ambientales, sociales o económicas con lugares ubicados dentro del área de influencia.*”

negra, es necesario dar aviso por escrito a esta Dirección para dar cumplimiento a la realización del proyecto de consulta previa de que trata el artículo 330 de la Constitución Política, el artículo 7 de la Ley 21 de 1991 y el artículo 76 de la ley 9 de 1993" (fl. 181 del cuaderno 1).

Finalmente, la Sala desea resaltar que si bien la empresa ODL realizó reuniones con algunas autoridades Achagua desde el mes de agosto de 2008, las mismas tuvieron como finalidad informar y socializar el proyecto al pueblo indígena Achagua, razón por la cual no pueden ser equiparadas a la consulta previa a las comunidades indígenas, regulada en el Convenio 169 de la OIT, toda vez que no cumplen con los objetivos ni las finalidades allí señalados.

4.7.4. La utilización de la vía pública que divide el resguardo del predio las Leonas afecta indirectamente a la comunidad. Vulneración del derecho de participación

Otra de las inconformidades manifestadas por la comunidad era el paso de camiones y de personal de ODL por la vía que divide el resguardo Turpial La Victoria del predio Las Leonas. Este hecho, demostrado por la comunidad mediante la remisión de un listado de placas de vehículos que cruzaron por la carretera durante enero y febrero de 2009, no fue controvertido por las entidades demandadas.

Según las pruebas aportadas por el municipio de Puerto López, específicamente el Plan Básico de Ordenamiento Territorial, PBOT, dicha carretera es una vía terciaria, de carácter público.

Pese a la naturaleza pública de la vía, la Sala observa que la utilización de la carretera por parte de la empresa generó mayor presencia de personas extrañas en las inmediaciones del resguardo, causando un impacto de carácter cultural. Previendo este impacto, la licencia ambiental cedida a la empresa ODL, **no** autorizó a los ejecutores del proyecto emplear esta vía con el fin de evitar trastornos a las comunidades allí asentadas.

Así, pese que el uso de la carretera en principio no era un asunto de consulta previa, la Sala estima que el incumplimiento de los términos de la licencia ambiental conllevó la afectación del derecho a la integridad cultural de la comunidad. Además, para la Sala, de conformidad con lo reglado en el artículo 7 del Convenio 169 y lo expuesto en la parte considerativa, la comunidad Achagua tenía derecho a participar en los estudios, planes y programas relacionados con el proyecto Oleoducto de los Llanos y evaluar los impactos que dicha obra, especialmente el uso de la vía, podía generar en los aspectos culturales, ambientales y sociales.

4.7.5. En términos generales, las autoridades y empresas demandadas erraron al definir el área de influencia del proyecto

Antes de pasar a los remedios que deben adoptarse en este caso, en criterio de la Sala es muy importante resaltar que, como bien los mencionan la Universidad de los Andes y el ICANH, todas las consideraciones anteriores ponen en evidencia que la vulneración de los derechos de la comunidad tuvo lugar principalmente por una inadecuada definición del área de influencia del proyecto.

Como asegura la Universidad de los Andes –consideraciones que al Sala reitera, los impactos sociales y culturales de un proyecto de la magnitud del que es objeto de análisis son difíciles de prever en su inicio, razón por la cual es de vital importancia cuando menos la socialización con la comunidad posiblemente concernida, así como no dejar en manos exclusivamente de quienes promueven el proyecto la definición del “área de influencia”.

En este punto, la Sala estima pertinente recordar lo señalado por la Universidad de los Andes en el concepto técnico allegado a la Corte:

*“El suponer que los impactos ambientales, sociales y culturales puedan ser contenidos en los límites de un área de influencia definida ex-ante no parece válido, precisamente por la naturaleza misma de los impactos en cuestión: los efectos ambientales y en particular sociales, **no constituyen cadenas causales simples**. Estos impactos deben pensarse como procesos socio-ecológicos complejos que resulta imposible enmarcar en un área discreta: se producen impactos primarios y secundarios, directos e indirectos, previsibles e imprevisibles. Tales impactos se encuentran siempre entrelazados y, puesto que los impactos producen a su vez nuevos impactos, la conexión entre los mismos es de naturaleza reflexiva y ‘neuronal’, y no de causalidad lineal o simple (Pineda Camacho, 2002: 289). Sería contrario a las dinámicas culturales, sociales y ambientales el suponer que los impactos no desbordan unos límites imaginarios establecidos ex-ante”.*
(negrilla fuera del texto)

Este argumento es reiterado por el ICANH, para quienes el conflicto objeto de revisión fue principalmente suscitado por la limitada visión del área de influencia de proyecto que tuvo en su momento el Ministerio del Interior. El Ministerio no tuvo en cuenta la dinámica social tanto de la comunidad indígena como de la construcción misma del oleoducto, lo que la llevó a certificar que no existían pueblos indígenas en la zona.

Por esta razón la Sala exhortará a los ministerios del Interior y de Ambiente para que revisen sus protocolos relacionados con la definición de las áreas de influencia de los proyectos de desarrollo.

4.7.6. Conclusión y remedio a adoptar

- 4.7.6.1.** Teniendo en cuenta lo expuesto y sin desconocer los beneficios que un proyecto como el oleoducto Campo Rubiales – El Porvenir puede reportar a la región y al país en general, **la Sala concluye que las entidades demandadas vulneraron los derechos fundamentales a la libre determinación, a la participación, a la integridad cultural y a la supervivencia de la comunidad indígena**, como consecuencia de **(i)** la intervención de un territorio que consideran sagrado y de vital importancia ecológica, social y económica –el Charcón Humapo, sin llevar a cabo un proceso de consulta previa, y **(ii)** el ingreso al resguardo de personas extrañas debido al uso de la vía que lo bordea, en contravía de las especificaciones de la licencia ambiental. Por tanto, la tutela será concedida.

En efecto, la Sala reitera que **(i)** según el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, en concordancia con la jurisprudencia de esta Corporación, la consulta previa es obligatoria cuando se va a llevar a cabo cualquier proyecto o intervención que afecte directamente a un pueblo indígena o tribal; **(ii)** una de las formas de determinar cuando un proyecto afecta directamente a una comunidad étnica es examinar si aquél incide directamente sobre el territorio del respectivo pueblo; **(iii)** el concepto de territorio comprende no solamente el terreno del resguardo adjudicado a una comunidad, sino también el territorio extendido en que desde épocas ancestrales desarrolla sus prácticas religiosas y de subsistencia. Por estas razones, aunque en el caso bajo revisión el tubo del oleoducto no atraviesa el resguardo, sí cruza un área de importancia cultural y religiosa de la comunidad –el Charcó Humapo; por tanto, el proyecto debía ser consultado con la comunidad antes de comenzar a ejecutarlo.

En relación con el uso de la vía que bordea el resguardo, aunque se trata de una vía de uso público, en tanto el paso de extraños por el resguardo creó una amenaza a la integridad cultural de la comunidad –razón por la cual en la licencia ambiental se prohibió el uso de la vía a las empresas– la Sala considera que debió al menos ser puesto en conocimiento de sus representantes. El desconocer la licencia ambiental y, además, ni si quiera comunicar a la comunidad que se iba a hacer uso de la vía, a juicio de la Sala, condujo también a la vulneración de los derechos de la comunidad accionante.

- 4.7.6.2.** No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que la construcción del oleoducto de los Llanos desde el campo Rubiales hasta las facilidades

del CPF-Cusiana culminó en mayo de 2009, que la remoción del tubo del oleoducto podría causar daños ambientales irreparables y que conllevaría enormes costos para el país, la Sala observa que se está en presencia **de un daño consumado en lo que se refiere específicamente a la falta de consulta previa.**

La Sala no considera procedente la petición de la comunidad accionante de suspender el funcionamiento del oleoducto, pues –se reitera– tal orden acarrearía para el país mayores costos ambientales y posiblemente también sociales, teniendo en cuenta los demás beneficios que trae su funcionamiento.

- 4.7.6.3.** Ahora bien, pese a la imposibilidad de llevar a cabo en este momento la consulta previa y a que las obras ya culminaron, la Sala estima que esto **no impide un pronunciamiento de fondo** en el presente caso y la adopción de medidas para proteger ahora y en lo sucesivo los derechos de la comunidad, teniendo en cuenta que, como se indicó en apartes previos, **la lesión de la integridad cultural de la comunidad continua vigente en la medida que el uso de su territorio ancestral continúa siendo afectado y limitado.**

Además, la Sala advierte que la tutela es necesaria, en vista del grado de vulnerabilidad en la que el grupo se encuentra y la importancia de que irregularidades como las advertidas en el presente caso no se repitan en el futuro. En este punto cabe recordar que, como lo menciona la Universidad de los Andes, el pueblo Achagua Piapoco, originalmente del sur del Vaupés, ha sido en el pasado víctima de desplazamiento debido a los auges extractivos que tuvieron lugar en la primera mitad del siglo XX en las selvas de la Orinoquía. Adicionalmente, según información suministrada por el ICANH, el pueblo Achagua es el único pueblo sobreviviente en Colombia de la gran nación Achagua del Orinoco que existía en épocas de la conquista en los Llanos Colombo-Venezolanos. Además, la colonización de los Llanos ha reducido el espacio y el equilibrio ecológico de la comunidad. La comunidad ha sido víctima de la violencia, ha sido diezmada y, en general, sometida a un proceso de asimilación forzada. Al respecto, uno de los estudios allegados por el ICANH explica:

“Los Achagua fueron el grupo más expuesto en los Llanos durante varias épocas de la historia debido a su vida más sedentaria –horticultores-. Su última dispersión ocurrió en la época de la ‘violencia’ (1948-1953). Han perdido elementos de su cultura tradicional como la fabricación de flautas, ollas de barro decoradas, uso del arco y flechas entre otros (Telban, B., loc. cit). La aculturación y al modificación de sus creencias ha sido casi total en el aspecto ideológico y mitológico.

(...)

Las condiciones a las que están sometidos son inciertas aunque teniendo en este caso la Reserva, ello les permite tener un sitio de vivienda. Pero cada vez van a tener que salir a emplearse para obtener recursos económicos para adquirir alimentos.

(...)

La evidencia (1991) nos demostró que tanto niños como jovencitas indígenas siguen siendo llevados a Villavicencio para servidumbre o como empacadores en los almacenes de alimentos.

La incertidumbre de los Achaguas es la misma de otros grupos de los Llanos Orientales –agravada ésta- porque ya las Reservas donde viven están completamente rodeadas de hatos ganaderos y con cercas todos los linderos.”¹¹⁰

4.7.6.4. Ahora bien, la Sala advierte que la vulneración ha causado principalmente a un impacto cultural –como modalidad de daño inmaterial¹¹¹- a la comunidad Achagua Piapopo, ya que la intervención del Charcón Humapo ha lesionado valores muy significativos de la comunidad, así como sus creencias, y ha causado perturbación espiritual entre sus miembros, al punto que relacionan la perforación con enfermedades y muertes al interior de la comunidad. Adicionalmente, la penetración de extraños en su territorio ha amenazado su cultura y cohesión.

Sin embargo, el hecho de que en el presente caso se esté configurando una especie de daño inmaterial no impide que sea reparado con acciones y otras medidas que contribuyan a la preservación y recuperación de los valores culturales de la comunidad. Ciertamente, en este caso, ante la imposibilidad de asignar al daño inmaterial causado un equivalente monetario preciso, y teniendo en cuenta el tipo de valores afectados -de orden cultural y religioso, la Sala estima que es necesario acudir a la modalidad de reparación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha descrito como “(...) *la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan como efecto, entre otros, el reconocimiento de la dignidad de la*

¹¹⁰ Cfr. María Eugenia Romero Romero, “Achaguas”. En: *Geografía humana de Colombia*, Tomo III, Vol. 1. Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, 1993. P. 134-136

¹¹¹ El daño inmaterial en el contexto específico de violaciones de derechos humanos ha sido definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: “*El daño inmaterial puede comprender los sufrimientos y las aflicciones, el menoscabo de valores muy significativos para las personas y las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima*”. Cfr. Caso de las Hermanas Serrano Cruz, párr. 156; Caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones, párr. 80; y Caso De La Cruz Flores, párr. 155.

víctima y evitar la repetición de las violaciones de derechos humanos.”¹¹²

A juicio de la Sala, esta modalidad de reparación requiere en este caso específico, **(i)** además del reconocimiento público de la vulneración por parte de las autoridades y empresas demandadas, y un ofrecimiento de disculpas en un acto público, **(ii)** la adopción de medidas que aseguren que la comunidad pueda continuar haciendo uso del Charcón Humapo, si así lo desean, como por ejemplo la insonorización de la válvula ubicada en cercanías del Charcón; **(iii)** la determinación en conjunto con la comunidad de los impactos específicos del proyecto en términos culturales, espirituales, etc.; **(iv)** y el diseño conjunto (de conformidad con los usos y costumbres de la comunidad y su derecho consuetudinario) de acciones y medidas que permitan el alivio espiritual de la comunidad y que contribuyan a recuperar y conservar sus prácticas, costumbres y tradiciones, por ejemplo, a través de programas de etnoeducación y de recuperación de las tradiciones orales, de su lengua y de las prácticas religiosas y alimenticias asociadas a la pesca.

Por tanto, se ordenará a la Defensoría Regional del Pueblo del departamento del Meta, a los grupos de Asuntos Indígenas y Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, al municipio de Puerto López y la empresa ODL, que en el término de tres (3) meses contados a partir de la notificación de la presente providencia, realizar una **consulta** a las autoridades de la comunidad Achagua, **con la finalidad de adoptar medidas de compensación cultural** frente a los impactos y perjuicios causados a la comunidad dentro de sus territorios con la construcción del oleoducto, que garanticen su supervivencia física, cultural, social y económica.

El proceso que se adelante con la comunidad indígena Achagua deberá atender las siguientes directrices:

- (i)** Presentar fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad en las que se tenga en cuenta las manifestaciones sobre la conformidad o inconformidad con el proyecto y las observaciones relacionadas con la afectación de su identidad étnica, cultural, social y económica.
- (ii)** El proceso deberá regirse por el **respeto mutuo y la buena fe** entre las comunidades y las autoridades públicas. Para el efecto, la

¹¹² El daño inmaterial en el contexto específico de violaciones de derechos humanos ha sido definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: “El daño inmaterial puede comprender los sufrimientos y las aflicciones, el menoscabo de valores muy significativos para las personas y las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima”. Cfr. Caso de las Hermanas Serrano Cruz, párr. 156; Caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones, párr. 80; y Caso De La Cruz Flores, párr. 155.

comunidad deberá contar con información suficiente y oportuna, creando así un ambiente de confianza y claridad en el proceso.

- (iii) Finalmente, se debe llegar a **compromisos idóneos para mitigar, corregir o restaurar los impactos culturales** que el proyecto generó en detrimento de la comunidad o de sus miembros, teniendo en cuenta que la construcción del oleoducto se inició desde el año 2008 y para el momento de proferir la presente sentencia, ha culminado.

La dirección del proceso de consulta ordenado estará a cargo de la Defensoría Regional del Pueblo del departamento del Meta, entidad que, además, una vez finalizadas las reuniones y mesas de trabajo, deberá verificar el cumplimiento del acuerdo en los términos pactados, en conjunto con el juez de primera instancia, en los términos del Decreto 2591 de 1991, y remitir sendos informes a esta Corporación.

Esta Sala también ordenará el acompañamiento del **Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH)** en el proceso de consulta que debe surtirse con la comunidad Achagua, con la finalidad de que la institución analice y contribuya a determinar el grado de afectación cultural de del grupo, a fin de diseñar fórmulas de compensación.

De otro lado, la Sala considera necesario ordenar al Incoder que agilice la ampliación del resguardo de la comunidad a fin de que le sean devueltas parte de las tierras que ancestralmente han ocupado. En efecto, aunque en el presente caso la vulneración de los derechos a la libre determinación y a la participación de la comunidad Achagua es atribuible principalmente a los ministerios de Ambiente e Interior, y a las empresas que construyeron y operan el oleoducto, la Sala también advierte que parte del problema se debe a que no se ha reconocido y protegido debidamente el territorio ancestral y tradicional de la comunidad. La Sala se permite recordar que para la comunidad Achagua, como sus miembros manifestaron durante la inspección judicial, el territorio es un elemento fundamental de su identidad y cohesión social, pues está ligado íntimamente a su memoria histórica y, además, de él depende la supervivencia de la comunidad no solamente desde el punto de vista económico –ya que de allí obtienen el alimento y el sustento de las familias, sino también desde el punto de vista cultural y social.¹¹³ Además, como indicó la ONIC en su concepto

¹¹³ El reconocimiento y protección del territorio de las comunidades étnicas como un mecanismo para reparar la vulneración de sus derechos a la supervivencia y a la integridad cultural ha sido recurrente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por ejemplo, en el caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (2001), después de determinar que el Estado acusado sí había lesionado los derechos de la comunidad al otorgar una concesión para la explotación de madera en su territorio, la Corte ordenó a Nicaragua adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que fueran necesarias para la delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres; y en particular,

técnico, parte de la vulnerabilidad de los Achaguas se debe a la estrechez del terreno que les fue titulado como resguardo. Por ello, para la Sala es fundamental que el Incoder cumpla con la promesa de la ampliación del resguardo y tome las medidas del caso para recuperar las tierras que se hallen en manos de particulares¹¹⁴, como el levantamiento de la hipoteca que pesa sobre el predio “Las Leonas 2”.

La Sala también estima necesario exhortar a la Procuraduría General de la Nación, para que en ejercicio de sus competencias constitucionales¹¹⁵, ejerza la vigilancia administrativa que le compete, respecto de los hechos que dieron lugar a este fallo y del cumplimiento de las órdenes que se adoptarán por parte cada una de las entidades accionadas.

Finalmente, la Sala exhortará a los ministerios del Interior y de Ambiente para que revisen sus protocolos relacionados con la definición de las áreas de influencia de los proyectos de desarrollo y de explotación de recursos naturales.

- 4.7.6.5.** Así las cosas, **se revocará** la sentencia proferida el cinco (5) de mayo de dos mil nueve (2009) por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual confirmó la sentencia del nueve (9) de marzo de dos mil nueve (2009) del Tribunal Superior de Villavicencio, en cuanto negó la tutela incoada por Marcos Arrepiche en calidad de Gobernador del Cabildo Indígena Resguardo Turpial- La Victoria contra los Ministerios del Interior y de Justicia y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la empresa Meta Petroleum Limited. En su lugar, **se concederá el amparo** del derecho fundamental de participación a través de la consulta previa, de la comunidad Achagua Piapoco.

delimitar el territorio de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni mediante un proceso participativo, y otorgarle la debida titulación. Una orden similar fue adoptada en el caso de la comunidad N’djuka Maroon de Moiwana vs. Suriname (2005), en la que la Corte encontró que los derechos de la comunidad habían sido vulnerados por miembros de las fuerzas armadas del país, quienes la desplazaron de manera violenta en 1986. La Corte ordenó la creación de un mecanismo efectivo para delimitar, demarcar y titular los territorios tradicionales de la comunidad, en el que se garantizara su participación y consentimiento informado a través de sus representantes. Ver también los caso de comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005) y de la comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010), en los que se ordenó la devolución del territorio ocupado ancestralmente por las comunidades.

¹¹⁴ Por ejemplo, en el caso de comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005), la Corte Interamericano de Derechos Humanos ordenó al estado paraguayo devolver las tierras que tradicionalmente había ocupado la comunidad, para lo cual dispuso su recuperación de manos de los particulares que figuraban como propietarios. La Corte expresó sobre el tema de la recuperación de los terrenos: “Al respecto, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con los párrafos 135 a 141 de esta Sentencia, el hecho de que las tierras tradicionales de la Comunidad se encuentre en manos privadas, o el hecho de que tales tierras estén racionalmente explotadas, no son per se motivos ‘objetivos y fundamentados’ que impidan su devolución.” Cfr. parr. 214. Posteriormente, en el caso de la comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010), la Corte Interamericana expresó lo siguiente sobre el mismo punto: “En ningún caso la decisión de las autoridades internas deberá basarse exclusivamente en que dichas tierras estén en manos privadas o que estén racionalmente explotadas, por las consideraciones expuestas en el párrafo 149 de esta Sentencia. Hacerlo sería desconocer la presente decisión y una violación a los compromisos adquiridos soberanamente por el Paraguay”.

¹¹⁵ Artículo 277 Superior.

5. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada mediante auto del 23 de septiembre de 2009.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia proferida el cinco (5) de mayo de dos mil nueve (2009) por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual confirmó la sentencia del nueve (9) de marzo de dos mil nueve (2009) del Tribunal Superior de Villavicencio, en cuanto negó el amparo de los derechos invocados en la tutela incoada por Marcos Arrepiche en calidad de Gobernador del Cabildo Indígena Resguardo Turpial- La Victoria, contra los Ministerios del Interior y de Justicia y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la empresa Meta Petroleum Limited.

TERCERO.- En su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales a la libre determinación, a la participación a través de la consulta previa, a la integridad cultural y a la supervivencia de la comunidad Achagua Piapoco.

CUARTO.- En consecuencia, **ORDENAR** a los grupos de Asuntos Indígenas y Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia, al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el Incoder, a la Alcaldía del municipio de Puerto López y la empresa ODL, que en el término de tres (3) meses contados a partir de la notificación de la presente providencia, realicen una **consulta** a las autoridades de la comunidad Achagua, con las características previstas en esta sentencia, **con la finalidad de adoptar medidas de compensación cultural** por los impactos y perjuicios causados a la comunidad dentro de su territorio ancestral con ocasión de la construcción del Oleoducto Campo Rubiales – El Porvenir, con miras a garantizar su supervivencia física, cultural, social y económica. Una vez se lleve a cabo la consulta, **ORDENAR** a estas autoridades y a la empresa demandada dar cumplimiento inmediato al acuerdo realizado con la comunidad.

QUINTO.- ENCARGAR la dirección del proceso de consulta al que hace referencia el numeral anterior, a la Defensoría Regional del Pueblo del departamento del Meta, entidad que, una vez finalizadas las reuniones y mesas de trabajo, deberá verificar el cumplimiento del acuerdo en los términos pactados, en conjunto con el juez de primera instancia. De las actuaciones que adelante en cumplimiento de estas ordenes, la Defensoría

Regional del Pueblo del departamento del Meta deberá remitir sendos informes a esta Corporación en el término de seis (6) meses y un (1) año contados a partir de la notificación de esta providencia.

SEXTO.- COMUNICAR esta decisión a la Procuraduría General de la Nación para que, en ejercicio de sus competencias constitucionales, ejerza la vigilancia administrativa que le compete en relación con el cumplimiento de las órdenes adoptadas.

SÉPTIMO.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Antropología e Historia ‘ICANH’ que realice un acompañamiento al proceso de consulta que debe surtirse con la comunidad Achagua, con la finalidad de que la institución analice y contribuya a determinar el grado de afectación cultural del grupo como consecuencia de la construcción del oleoducto, a fin de diseñar fórmulas de reparación.

OCTAVO.- ORDENAR al Incoder que agilice el levantamiento del plano ampliado del resguardo y el levantamiento de la hipoteca que pesa sobre el predio ‘Las Leonas 2’, cuya entrega fue prometida a la comunidad Achagua mediante acta del 6 de mayo de 2009. Para el efecto, el Incoder deberá enviar sendos informes a esta Corporación en el término de seis (6) meses y en el término de un (1) año contados a partir de la notificación de esta providencia.

NOVENO.- EXHORTAR a los ministerios del Interior y de Justicia, y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial para que revisen y ajusten sus protocolos relacionados con la definición de las áreas de influencia de los proyectos de desarrollo y de explotación de recursos naturales, de conformidad con las consideraciones de esta sentencia.

DÉCIMO.- Por Secretaría General, **LIBRAR** la comunicación a la que alude el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General