

Bogotá D.C. Junio 30 de 2009

Honorables Magistrados

NILSON PINILLA PINILLA

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

JORGE PRETELT CHALJUB

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

JORGE IVAN PALÁCIO PALÁCIO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

CORTE CONSTITUCIONAL

Referencia: Solicitud de revisión Tutela Rad No. T-2315944

Accionantes: **ARGEMIRO BAILARIN BAILARIN**, miembro de la comunidad indígena Alto Guayabal-Coredocito del Resguardo Urada Jiguamiandó, y otros.

Demandados: MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA, y otros.

SARA MARIA MEJIA BOTERO, identificada como aparece al pie de mi correspondiente firma, actuando en calidad de apoderada de los accionantes señores **Argemiro Bailarín Bailarín** y **German Pernía**, miembros del Resguardo Urada Jiguamiandó, Departamento del Chocó, me dirijo ante usted para solicitar escogencia de la presente tutela para revisión. El fallo padece de múltiples errores de naturaleza constitucional, entre ellos los siguientes:

1. La Corte Suprema en su fallo desconoce la jurisprudencia de la Corte Constitucional con respecto a la idoneidad de la acción de tutela como mecanismo de protección

transitorio y el análisis sobre el peligro irremediable a su cerro sagrado “Carrepero”, sitio de la actividad minera bajo cuestión.

2. La situación de peligro irremediable de las comunidades se presenta dentro de un contexto, en una región y con comunidades que esta honorable Corte ha reconocido como objeto de protección de los derechos fundamentales dentro del estado de cosas inconstitucional de la T -025 de 2004 en sus Autos 004 y 005 del 26 de enero de 2009.
3. La Corte Suprema omitió un análisis sobre el derecho fundamental de los pueblos indígenas y afrodescendientes a una consulta (a) respetando sus autoridades tradicionales y (b) de una manera que los miembros de las comunidades tengan conocimiento pleno sobre los detalles y riesgos del proyecto.
4. Los derechos que los accionistas alegan ser vulnerados en la presente tutela implican obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos para realizar la consulta con los pueblos indígenas y tribales: (a) previa al otorgamiento de cualquier concesión minera; (b) de acuerdo con sus propios usos y costumbres; (c) respetando sus autoridades tradicionales; y (d) con estudios de impacto ambiental y social previamente realizadas.

Sobre la base de los argumentos, que se esbozan a continuación, solicito la revisión de la tutela con el fin de garantizar el respeto de los derechos fundamentales que continúan expuestos a amenaza y vulneración.

1. Tramite de Tutela

Con fecha del 23 de enero de 2009, se presentó acción de Tutela por parte de las comunidades afrodescendientes del consejo comunitario del río Jiguamiandó, indígenas pertenecientes a la etnia Embera ubicados en la cuenca del río Jiguamiandó en jurisdicción del municipio de Carmen del Darién, departamento del Chocó y las comunidades Embera de la cuenca del río Murindó, Chageradó- Turriquitadó; solicitando la protección a sus derechos fundamentales a la vida, seguridad personal, a la existencia, integridad cultural, autonomía de las comunidades culturales, a la protección de las riquezas naturales de la nación, así como el derecho fundamental a la consulta previa. Estos derechos fueron vulnerados, y están en peligro de perjuicio irremediable, a raíz del inicio de actividades de exploración en los territorios tradicionales por parte de la empresa minera **MURIEL MINING CORPORATION, iniciadas el 3 de enero de 2009**, para la ejecución del **PROYECTO MINERO MANDE NORTE**¹.

Entre otros fundamentos, los accionantes alegaron la vulneración de sus derechos por la falta de una participación real y efectiva en la consulta previa para la etapa de exploración, que no se realizó con las comunidades afectadas por el proyecto sino con personas no autorizadas para llevar a cabo la consulta y que no tienen legitimidad representativa. Además los accionantes alegaron que las actividades mineras en el cerro sagrado “*ellausakirandarra*

¹ El Proyecto Minero Mande Norte conforme a una serie de concesiones mineras sumando un total de a 16.006- 8525 hectáreas, ubicados en los Departamentos de Antioquia y Chocó para la exploración y explotación de cobre, oro, molibdeno y demás minerales concesibles.

(“Careperro”) y el *Jaiikatumá* (“montaña sagrada”), representaban un peligro inminente a su integridad cultural entre otros derechos.

El día 5 de febrero de 2009, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, DC, Sala Civil, falló negando la tutela, orden la cual rescindió la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, 19 de marzo de 2009, por una falta de notificación a la empresa Muriel Mining Corporation.

Mediante fallo del 23 de abril de 2009, el Tribunal Superior niega nuevamente la solicitud de tutela formulada por los accionantes, al considerar que la existencia de varias actas de reuniones relacionadas por el Ministerio del Interior y Justicia demuestra la realización de una consulta que se ajusta a la normatividad vigente sobre el tema.

El día 29 de abril de 2009, los accionantes impugnaron dicho fallo en la Corte Suprema, argumentando que, el fallador de instancia exhibe un total desconocimiento de las pruebas y de los hechos aportados por los peticionarios, entre las que se encuentran la falsificación de firmas y la arrogación de representación de la comunidades de personas que no están autorizadas, ni legitimadas por la comunidad. Por otro lado, se ponía en conocimiento que las reuniones de consulta previa no fueron lo suficientemente informadas según se infiere de las actas del Ministerio del Interior y de Justicia, entre otras razones. Se solicitó al Juez de segunda instancia la revisión del escrito y, en consecuencia, que fueran decretadas por ese despacho la práctica de pruebas, consistentes en declaraciones de miembros de la comunidad, que permitieran probar los hechos en los cuales se sustentaba la tutela.

Con fecha del 27 de mayo de 2009, la Corte Suprema de Justicia confirmó la sentencia del 5 de febrero de 2009, por considerar que las acciones contempladas en los artículos 84 (acción de nulidad) y 85 (acción de nulidad y restablecimiento del derecho) del Código Contencioso Administrativo, son idóneos para resolver o no la legalidad del contrato de concesiones en el proyecto Mandé Norte y por no haberse determinado y debidamente comprobado un perjuicio inexorable a los demandantes.

2. Fundamentos para la solicitud de selección

i) Procedencia de la acción de Tutela frente a la existencia de la acción contencioso administrativa, como mecanismo alternativo de defensa judicial.

Con fundamento en el principio de la efectividad de los derechos que consagra la constitución política de Colombia, le corresponde al juez de tutela decidir sobre la protección de los derechos fundamentales, en forma oportuna; “mediante la adopción de medidas provisionales que aseguren su goce y vigencia, en situaciones que comprometan su violación y amenaza y en extrema urgencia, para evitar perjuicios o situaciones irreparables”² La Corte Suprema en su fallo de 27 de mayo aplicó de manera errónea la jurisprudencia de la Corte Constitucional al hacer referencia a la acción de nulidad contemplada por los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo, al no examinar la procedencia de la tutela y la existencia de un perjuicio irremediable a la vida y la integridad cultural de las comunidades.

² Ver Tutela, SU 039 de 1997.

a. Tutela como mecanismo transitorio

Existe una excepción a las 5 causales generales de improcedencia de la acción de tutela el artículo 6 del decreto 2591 de 1991, establecida en el texto de la primera causal: “La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, *salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pues como lo ha señalado la Corte Constitucional el objetivo de la acción de tutela no puede ser el de suplantar a los medios judiciales existentes. Así mismo tenemos que señalar que el principal objetivo de la acción de tutela como mecanismo transitorio según el decreto 2591 de 1991 es que “aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*. En este sentido, la tutela como mecanismo transitorio se constituye en una excepción a la causal de subsidiariedad de improcedencia de la tutela, que establece que solo se puede acudir a la acción de tutela cuando no haya recursos judiciales idóneos que protejan esos derechos y cuando se pueda causar un perjuicio irremediable.

Entonces frente a este caso el objetivo no es acudir a la acción de tutela porque es un medio más rápido a través del cual se puede resolver una situación jurídica, porque es una acción subsidiaria. Lo que el juez debe examinar, es si someter un caso específico a un proceso de otra clase puede dar lugar a la consumación sobre un derecho fundamental amenazado o conculcado. Como lo señala Catalina Botero en “casos, por ejemplo, cuando quede demostrado el inminente peligro por *la lentitud del proceso ordinario* o por *la incapacidad del juez para proferir la orden necesaria para proteger el derecho* o por su resistencia a hacerlo, el juez constitucional puede y debe dar prioridad a la acción de tutela³”.

En el caso concreto, la lentitud de una acción de nulidad resultaría en la consumación de la violación de todos los derechos amenazados antes de que un tribunal pudiera producir una resolución final. Tal acción antes la jurisdicción administrativa demora años en definir una situación jurídica. Durante este lapso de tiempo, la empresa la Muriel Mining habrá ocupado y deforestado un gran parte del cerro sagrado de Careperro, provocando un perjuicio grave irremediable por la profanación del lugar y por la presencia constante de cientos de foráneos, empleados de la empresa. Además, se habría podido iniciar la etapa de explotación implicando aun más riesgos a la comunidad y su territorio. Además, la jurisdicción contencioso administrativo no es la competente para pronunciarse de fondo sobre un tema tan trascendental como lo es la amenaza y violación de derechos tan importantes como el derecho a la consulta previa, el derecho a la participación y el derecho a la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas por parte de las empresas mineras en fase de exploración. .

En este sentido, el juicio de la Corte Suprema es equivocado *por centrar su análisis únicamente en la firma del contrato*, ignorando las subsecuentes y futuras violaciones que se alegan en la tutela⁴. Una revisión adecuada de la situación revelaría que además de la violación del derecho a la consulta previa a la firma del contrato, se alegan múltiples instancias de violaciones, ocurriéndose éstas en (a) la realización de la consulta con personas no autorizadas según los usos y costumbres de las

³ Botero Marino Catalina, la acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano, 2007, UNIANDES, p.32

⁴ Fallo tutela 27 de mayo de 2009, Corte Suprema de Justicia, MP Jaime Alberto Arrubla Paucar, Exp 11001-22-03-000-2009-00110-02. Consideraciones parte resolutive num. 5º, parágrafo 3 “Finalmente, si la acción fue interpuesta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, la Sala reitera que no es suficiente alegar la existencia del perjuicio inexorable, sino que éste debe ser cierto, determinado y debidamente comprobado por el juez de tutela, **supuesto que no se presente en este caso, puesto que como se afirmó, lo que se busca es atacar un contrato celebrado hace ya varios años.**”

comunidades; y (b) los prejuicios que se provocarán por la exploración y explotación minera en el territorio de las comunidades.

Adicionalmente, dentro de la acción de nulidad, el juez carece de la capacidad de emitir la orden necesaria para proteger los derechos a la consulta, integridad cultural, vida, y los demás derechos, y así la acción no es la indicada para abordar un tema constitucional tan trascendental como lo es la amenaza y violación de tales derechos.

b. Perjuicio irremediable y tutela transitoria

Como se refirió anteriormente, ante la existencia de un mecanismo de defensa ordinario, la procedencia de la acción está sujeta a la amenaza de un eventual perjuicio irremediable. En dichos casos, la tutela sólo puede proceder como mecanismo transitorio para evitar el perjuicio *insfundamental*.

La Corte Constitucional declaró inexecutable la definición legal del perjuicio irremediable en la sentencia C-531/93, por lo cual es necesario entrar a explorar que ha dicho la jurisprudencia sobre este concepto.

“únicamente se considerará que un perjuicio es irremediable cuando, de conformidad con las circunstancias del caso particular, sea (a) cierto e inminente-esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consume un daño antijurídico en forma irreparable.”⁵

Además, la esta honorable Corte ha notado que con ciertas personas, dado su situación de vulnerabilidad, se debe utilizar criterios más amplios en la consideración de un perjuicio irremediable:

“Si bien los jueces de tutela deben ser estrictos en la aplicación de estos requisitos, para efectos de respetar el carácter subsidiario del mecanismo judicial en cuestión, existen casos en los que el análisis de procedibilidad de la tutela en el caso concreto se debe efectuar en forma más amplia -esto es, menos estricta-, dada la naturaleza de las personas que solicitan amparo para sus derechos fundamentales: se trata de los casos en que estén de por medio los derechos de cualquiera de los sujetos de especial protección constitucional, tales como niños, mujeres cabeza de familia, ancianos, miembros de minorías o personas en condiciones de extrema pobreza. En tales situaciones, los jueces deben estudiar las características del perjuicio irremediable arriba explicadas con un criterio de admisibilidad más amplio, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad”⁶.

A la luz de las anteriores consideraciones, la situación actual, y su doble condición de sujeto de especial protección constitucional (por ser comunidades indígenas en extrema pobreza y debilidad manifiesta), requieren la intervención inmediata de las autoridades, con miras a brindarle la seguridad básica necesaria para proteger la vida, participación e integridad de las

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-719/03.

⁶ Ibidem

personas de las comunidades. Además, el material probatorio que obra en el expediente demuestra que las comunidades están en una situación de riesgo a su integridad socio-cultural. Una intervención masiva por la empresa minera en su sitio sagrado puede provocar aun más zozobras para las comunidades.

Ahora bien, al existir la potencialidad de un riesgo extraordinario para la vida de las personas de la comunidad, aunado a la crítica situación económica en la que se encuentran, resulta claro que a la comunidad que representa se les puede llegar a causar un daño verdaderamente *grave* en sus derechos constitucionales más básicos, que puede sobrevenir en forma *inminente*, especialmente si se tiene en cuenta que la acción de tutela de la referencia fue interpuesta hace varios meses, durante los cuales no se ha tenido noticia de una mejoría en las condiciones de los peticionarios. Por lo mismo, se deben tomar medidas *urgentes e inaplazables* para evitar, sin tardanza, que la comunidad sufran un menoscabo irreparable en su integridad y vida.

La integridad de la comunidad se verá truncada además pues la exploración de su cerro sagrado “Careperro” se constituye en una clara violación a sus creencias ancestrales como pueblo Embera. El lugar donde se iniciaron los trabajos por parte de la empresa Muriel Mining Corporation es denominado montaña sagrada o *jaikatumá*, sitio de ceremonias que corresponde con el área de la Rica, próximo al cerro “careperro”, o *“ellausakirandarra”*. Para las comunidades Emberá, el *Jaikatuma*, es el lugar en que los médicos tradicionales, (los *jaibanas*), se proveen de plantas para sus curaciones. De acuerdo a la cosmovisión Embera, el jaikatuma mantiene el equilibrio entre bosques, fauna, flora y las especies que viven en el cerro y forma un elemento básico de las raíces y de la identidad de dicho pueblo.

Por último, cabe destacar que el argumento de la Corte Suprema que el comité de veeduría⁷, creada dentro del marco de la consulta impugnada por esta tutela, puede salvaguardar los derechos a la vida e integridad cultural protegiendo el cerro sagrado “Careperro” está mal fundamentada. Sería una abdicación de justicia confiar la protección y garantía de los derechos fundamentales a la vida e integridad cultural a un proceso, que en su ejecución, es violatorio de otros derechos importantes como la consulta. Este se convierte aun más grave que se considere que el derecho fundamental a la consulta tiene como objetivo proteger estos mismos derechos (de la vida e integridad cultural). Pues, como ha indicado esta honorable Corte:

“A juicio de la Corte, la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social.”⁸

Además, el sitio de interés minero más importante, la zona “La Rica”, está ubicada en el mismo sitio sagrado, el Cerro “Careperro” (ver mapas en Anexo).

⁷ Fallo tutela 27 de mayo de 2009, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, MP Jaime Alberto Arrubla Paucar, Exp 11001-22-03-000-2009-00110-02. Consideraciones parte resolutive, numeral 6, parágrafo 2.

⁸ Sentencia SU-039 de 1997 de la Corte Constitucional de Colombia (negrillas no originales).

También ha precisado la Corte “que la tutela puede proceder como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, aún sin que se haya iniciado el proceso ordinario, pero no cuando el demandante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, por prescripción o caducidad”⁹.

Esta regla general tiene una única excepción. Se trata de aquellos casos en los cuales el actor dejó de ejercer los medios judiciales alternativos porque se encontraba en una situación de absoluta e insuperable incapacidad para hacerlo y siempre que resulte completamente desproporcionada la aplicación de la regla general¹⁰.

En este caso, la segunda instancia señaló que la acción de nulidad es la acción que se debió practicar para la protección de los derechos fundamentales de estas comunidades indígenas y afrodescendientes afectadas, y cuya caducidad es de 2 años..

Sin embargo, en este caso es procedente la aplicación de esta regla de exclusión, pues las comunidades indígenas de los resguardos de Murindó, Urada Jiguamiandó y Chageradó no tuvieron acceso a los recursos judiciales para atacar el contrato de concesión celebrado que afecta sus intereses. Hay que poner de presente que las comunidades tuvieron una imposibilidad absoluta de conocer la existencia del contrato que afecta sus intereses, hasta que empezaron a circular los rumores de la llegada de la empresa a la región, la asistencia de algunas personas a las reuniones y la firma de acuerdos de estos con la empresa.

En segundo lugar, dado que no conocían de su existencia, aunado al desconocimiento de acciones judiciales y a la distancia (la selva) en la que están ubicados los territorios ancestrales sin ningún tipo de medio a través de cual pudieran conocer de esta situación y su afectación directa, en consecuencia estas comunidades no pudieron velar por la protección de sus derechos, es decir, dejaron prescribir las acciones no por negligencia sino por imposibilidad de conocerlas y acudir a ellas.

ii) Peligro inminente por la generación de conflictos dentro del estado de cosas inconstitucionales en la zona del proyecto Mandé Norte.

Cabe resaltar la situación generalizada de violencia que sufre la zona donde se encuentra el proyecto Mandé Norte y las comunidades a las cuales pertenecen los demandantes, lo cual ha provocado a la honorable Corte Constitucional proclamar un estado de cosas inconstitucionales¹¹. Esta situación agrega un factor agravante que acentúa la inminencia del daño irremediable que pueden sufrir los demandantes si el proyecto Mandé Norte continúa

En su Auto 004/09 del 26 de enero de 2009, esta Corte hizo énfasis en la situación precaria que experimentan los pueblos indígenas en el territorio nacional por causa del conflicto armado. Dentro de su análisis se resaltaron algunos procesos territoriales y socioeconómicos

⁹ Corte Constitucional, Sentencias T-871/99; T-812/00; T-847/03.

¹⁰ Esta excepción fue aplicada por la Corte Constitucional en un caso en el cual una menor huérfana que sufría de retardo mental había dejado de interponer los recursos contra la decisión que le negaba el derecho a la sustitución pensional y se encontraba en estado de indigencia por este hecho. La tutela fue interpuesta por agente oficioso institucional y prosperó. Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-132/04; T-309/05.

¹¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025 de 2004.

preocupantes por “su grave impacto sobre la integridad étnica de los pueblos indígenas”. En particular, se señaló

*'2.3.2. El desarrollo de actividades económicas lícitas o ilícitas en territorios indígenas. Especialmente preocupante en este sentido es la presencia creciente y registrada de cultivos ilícitos –principalmente coca - y el desarrollo dentro de sus territorios, por actores externos, de distintas actividades vinculadas al tráfico de drogas; pero también se ha reportado, como se verá en el anexo, el desarrollo de actividades lícitas de explotación de recursos naturales, en forma irregular, por actores económicos del sector privado o por los grupos armados ilegales –tales como explotación maderera indiscriminada, siembra y explotación de monocultivos agroindustriales, explotación minera irregular, y otras actividades afines-. A menudo estas actividades afectan los lugares sagrados de los grupos étnicos, con el consiguiente impacto destructivo sobre sus estructuras culturales; de por sí, se ha reportado que generan altos índices de deforestación y daño ambiental dentro de sus resguardos.'*¹²”

Los demandantes del Resguardo Urada Jiguamiandó se encuentran actualmente en una situación similar provocada por el conflicto armado, y agravado por el Proyecto Mandé Norte. Como se hizo mención en la demanda, las comunidades de la zona han sufrido graves violaciones a sus derechos por los actores armados del conflicto. La manera sumamente irregular en que se está llevando a cabo el Proyecto, sin consultar previamente con las comunidades afectadas y sin respetar sus autoridades e instituciones tradicionales de toma de decisiones, amenaza con acentuar la situación de peligro creando más conflictos internos e interétnicos. Los enfrentamientos con la empresa y con las comunidades del Resguardo Urada Jiguamiandó, dan fe a que este peligro inminente es altamente probable, y de hecho, ya se está ocurriendo.

Asimismo, este estado de cosas inconstitucionales aflige a las comunidades afrodescendientes como los del territorio colectivo de la cuenca del Río Jiguamiandó. En el Auto 005/09 de 26 de enero de 2009, esta Corte notó que uno de los “tres factores transversales que contribuyen a que la población afrodescendiente sea una de las más afectadas por el fenómeno del desplazamiento forzado” ha sido “la existencia de procesos mineros y agrícolas en ciertas regiones que impone fuertes tensiones sobre sus territorios ancestrales y que ha favorecido su despojo”¹³. Respecto a esta problemática, la Corte elaboró que:

*“...se resalta como uno de los factores que ha contribuido a aumentar la violencia contra el pueblo afro colombiano en su territorio, las presiones legales e ilegales para promover patrones de desarrollo impulsados por la visión de productividad que caracteriza en las regiones correspondientes al modelo económico mayoritario y desconoce modelos de producción propios de las comunidades afrocolombianas, que favorecen el autoabastecimiento y promueven la protección de la diversidad cultural y biológica de sus territorios.”*¹⁴

Es importante resaltar que los accionantes de las comunidades negras del territorio colectivo de la cuenca del río Jiguamiandó viven bajo estas mismas circunstancias, como fue notado

¹² Corte Constitucional de Colombia, Auto 004/09 de 26 de enero de 2009 por Manuel José Cepeda Espinosa, párr. 2.3.2.

¹³ Corte Constitucional de Colombia, Auto 005/09 de 26 de enero de 2009 por Manuel José Cepeda Espinosa, párr. 67.

¹⁴ *Ibíd.*, párr. 70.

por esta Corte en el mismo Auto 005/09¹⁵. Además, desde el marzo de 2003, estas mismas comunidades han sido beneficiarios de Medidas Provisionales otorgadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para evitar daños irreparables a su vida y su integridad personal y asegurar su permanencia en su territorio titulado colectivamente¹⁶. Sin embargo esta situación no fue incorporada en el análisis de la Corte Suprema sobre la existencia o no de un peligro irremediable a los derechos de lo accionantes.

iii) Derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales a la existencia, integridad e identidad cultural y social.

Existe un vacío en los pronunciamientos del Tribunal Superior del Distrito, Sala Civil y de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, organismos que conocieron la tutela en primera y segunda instancia frente a la consulta y participación de las comunidades en la etapa de exploración del Proyecto Mandé Norte. Sin embargo, en el presente caso hay evidencias numerosas y concurrentes de las irregularidades de la consulta previa realizada. Primero, las consultas no fueron llevadas a cabo según con las autoridades tradicionales de las comunidades competentes para tales negociaciones, sino con personas no autorizadas para otorgar el aval ni negociar en nombre de ellas. Segundo, las consultas no dieron la oportunidad a las comunidades tener conocimiento pleno sobre los detalles y riesgos del proyecto. Ninguna de estas falencias fue examinada en las resoluciones del Tribunal Superior y de la Corte Suprema.

a. La consulta debe realizarse con los representantes autorizados de los pueblos interesados

Esta honorable Corte Constitucional se ha pronunciado respecto a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y grupo étnicos a la consulta, señalando la importancia de respetar sus representantes debidamente autorizadas:

"No tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices antes mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente 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 económica¹⁷".

En el caso de las comunidades del Resguardo Urada Jiguamiandó, sitio de las actividades de exploración minera, fueron algunos miembros del Cabildo Mayor Indígena de Carmen del Darien (CAMICAD), quienes firmaron los acuerdos con la empresa Muriel. El CAMICAD es una organización administrativa, y no con competencias territoriales, como se observa plenamente en su estatuto¹⁸. Tampoco, de acuerdo con los estatutos de esta entidad, tiene la

¹⁵ *Ibid.*, párr. 78 (notando la situación de las comunidades afrodescendientes en el Bajo Atrato, área que se conforma por el municipio del Carmen del Darién, entre otros.)

¹⁶ Caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curvaradó, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Provisionales, Resolución de 6 de marzo de 2003.

¹⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-039 de 1997

¹⁸ Véase Art. 6 "Objetivos principales", Estatutos del Cabildo Mayor Indígena del Carmen del Darién (CAMICAD), Personería jurídica N° 2689, 12 de diciembre de 2003. En ningún de los objetivos y competencias enumerados en los estatutos se le otorga el poder a

capacidad de firmar acuerdos de esta naturaleza sin autoridad expresa de las comunidades interesadas¹⁹. El único representante autorizado tradicionalmente para actuar en tal capacidad es el cabildo local, y así únicamente con la autorización específica de la asamblea general.

Como se consta en los documentos de la supuesta consulta previa, no aparece la firma de estas autoridades del Resguardo Urada Jiguamiandó, ni se presentaron actas constando la autorización de las comunidades. La única firma de un representante del cabildo local, AURENCIO RUBIANO, fue denunciado por éste mismo ante la Fiscalía de la Nación como resultado de un acto delictivo de coerción²⁰.

De otro lado, el territorio colectivo de comunidades afrodescendientes de la cuenca del río Jiguamiandó, tampoco fueron consultadas acerca del proyecto. A pesar de que el territorio colectivo estaría afectado por la exploración que se haga en esta área, ya que, como se ha indicado en lo extenso de la acción de tutela, éste colinda en parte con el Resguardo de Urada Jiguamiandó donde se inició la fase de exploración minera. Según consta en la resolución de adjudicación número 02809 de 2000, el territorio está titulado en nombre del Consejo Mayor de la Cuenca de Jiguamiandó, órgano que no aparece en ningún documento relacionado con las consultas.

Por lo tanto no es válido, suponer que es suficiente con una concertación "que presenta irregularidades" y por otro lado, entrar a realizar exploración en un territorio en el que no se ha consultado con las comunidades cuyos territorios tradicionales resultarían afectados por la intervención minera.

b. La consulta debe realizarse con el conocimiento pleno de los detalles y riesgos asociados con el proyecto

Los accionantes y sus respectivas comunidades no tienen un conocimiento pleno sobre el proyecto a ejecutarse en el territorio que les pertenece, por no haberse consultado con sus autoridades tradicionales y según sus propios usos y costumbres.

En relación con los objetivos de la consulta con los pueblos indígenas y pueblos tribales, la Corte Constitucional señala que:

"Con fundamento en los arts. 40-2, 330 parágrafo de la Constitución y las normas del Convenio 169 antes citadas, estima la Corte que la institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar:

CAMICAD de negociar sobre el uso del territorio de los Cabildos miembros ni realizar una consulta sin aprobación previa de su Congreso.

¹⁹ Véase Art. 26 "Atribuciones del comité ejecutivo", Estatutos del Cabildo Mayor Indígena del Carmen del Darién (CAMICAD), Personería jurídica N° 2689, 12 de diciembre de 2003.

²⁰ Declaración de AURENCIO RUBIANO a la Fiscalía de la Nación, radicado 15 de enero de 2009, No. 20096110064762-SA.

"a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.

"b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.

"c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada."²¹

Sin embargo, ni la sentencia del Tribunal Superior ni la de la Corte Suprema explica como se llenaron estos prerrequisitos establecidos por la honorable Corte Constitucional, dado los alegatos de que la consulta no se realizó con las autoridades tradicionales y no se realizó con la participación de las asambleas generales de las comunidades..

iv) Incumplimiento con las normas y principios internacionales de los derechos humanos de los pueblos indígenas y el derecho internacional ambiental

El presente caso además merece una revisión pormenorizada por los indicios que presenta de que el Estado está incumpliendo con sus obligaciones sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas y el derecho internacional ambiental. Esta situación se vislumbra en la transgresión de tres principios contenidos en las referidas áreas del derecho internacional, que son: (1) la obligación de consultar a los pueblos indígenas según sus propias leyes y costumbres y respetando a sus autoridades y formas de toma de decisiones tradicionales; (2) la obligación de realizar la consulta de forma previa; y (3) la obligación de realizar estudios previos de impactos ambientales y sociales que contemplen la totalidad del proyecto.²²

a. Consultar según las propias leyes y costumbres de los pueblos indígenas y respetando a sus autoridades y formas de toma de decisiones tradicionales.

Primero, la realización, y posterior validación de, la consulta sin las autoridades tradicionales competentes e ignorando a los procesos y mecanismos internos de toma de decisión, como alegado por los demandantes, es una abierta violación del Convenio 169 de la OIT. En el artículo 5° de este instrumento, obliga al Estado “reconocerse y protegerse los valores y prácticas

²¹ Sentencia SU-039 de 1997.

²² Principios consagrados en los artículos 5°, 6°, 7° y 15° del Convenio 169 de la OIT, el artículo 21° de la Convención Americana de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, entre otros.

*sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos*²³ y además “*respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos*”²⁴.

Segundo, el artículo 21° de la Convención Americana, interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, autoridad de máxima competencia respecto a dicho instrumento, consagra el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales²⁵. En el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, la Corte Interamericana estableció que tales derechos incorporan a protecciones especiales con el fin de garantizar el derecho de los pueblos a los recursos naturales que se encuentran en sus territorios²⁶. Dentro de las salvaguardias enumeradas por la Corte, se incluye el derecho a una consulta realizada “de conformidad con sus propias tradiciones” y que también “debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo [interesado] para la toma de decisiones”²⁷.

Por último, cabe destacar que la misma Corte Interamericana ha planteado que la obligaciones contempladas por el artículo 21° de la Convención Americana se extienden a obligar la obtención del consentimiento previo, libre e informado de los pueblos interesados cuando “se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo [interesado] a gran parte de su territorio”²⁸. Tal debe considerarse el caso con una concesión minera que abarca a más de 50% del territorio de un resguardo y afecta directamente a un sitio de suma importancia religiosa como en el presente caso.

b. La Consulta debe realizarse de una forma previa a cualquier autorización de explotación o exploración de recursos naturales.

El Convenio 169 de la OIT en su artículo 15.2 también contempla que las consultas realizadas para garantizar a los derechos de los pueblos indígenas a sus recursos naturales deben realizarse previa a cualquier autorización o concesión. Textualmente el artículo mencionado plantea que “*los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, ... antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras*”²⁹.

Además, la Corte Interamericana en el caso anteriormente citado, estableció que la obligación de consultar conforme al artículo 21° de la Convención Americana, comienza desde “*las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de*

²³ Convenio 169 de la OIT, Artículo 5(a). “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;”

²⁴ Convenio 169 de la OIT, Artículo 5(b). “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;”

²⁵ Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH], Caso Awás Tingni; Corte IDH, Caso Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C No 125; Corte IDH, Caso Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay, Sentencia de 26 de marzo de 2006, Serie C No 146; Corte IDH, Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No 172.

²⁶ Caso Pueblo Saramaka vs. Suriname, párrs. 124-140.

²⁷ *Ibid.*, párr. 133.

²⁸ *Ibid.* párr. 137. Cabe señalarse que esta obligación además está apoyada en el artículo 32.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 12 de septiembre de 2007. “2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”.

²⁹ Convenio 169 de la OIT, Artículo 15.2, negrillas fuera de texto.

*obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso*³⁰. De allí se puede deducir que la consulta a los pueblos indígenas y tribales, para conformar a las normas internacionales vigentes en la materia, debe realizarse previa a la otorgamiento de las concesiones mineras, y no sólo como última formalidad para entrar en el territorio del pueblo interesado.

c. Estudios de impacto ambiental y social previos que contemplan la totalidad del proyecto a realizar.

Los instrumentos internacionales ya citadas también obligan al Estado realizar Estudios de Impacto Ambiental y Social (EIA) previos a la realización de cualquier proyecto a desarrollarse en territorio de los pueblos indígenas y tribales. El Artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT plantea la necesidad de realizar tales estudios³¹, obligación, según explyada por la misma OIT, que se debe realizarse “antes de emprender toda actividad de desarrollo” que afecte a los pueblos indígenas³².

Dentro de la normatividad internacional concerniente a la protección ambiental, también se incorporan principios obligando la realización de estudios previos al inicio de un proyecto extractivo de envergadura prevista en el proyecto Mandé Norte. Tanto el artículo 14° del Convenio sobre la Diversidad Biológica³³ como el artículo 17° de la Declaración de Río³⁴, establecen la idoneidad de realizar estudios previos de impactos.

Sin embargo, en el presente caso, de acuerdo a lo manifestado por la Corporación Autónoma CODECHOCO, no se realizó ningún estudio de impacto ambiental ni social previo a la entrada de la empresa al territorio del Resguardo Urada Jiguamiandó. Cabe resaltar que sin un estudio previo detallando los posibles consecuencias e impactos que pueden ocurrirse, sería imposible realizar una consulta informada, en la medida que las comunidades tengan conocimiento pleno del proyecto.

3. Conclusión

Teniendo en cuenta todos los elementos y subreglas elaboradas por la Corte Constitucional solicitamos que se adopten las Medidas cautelares pertinentes para que no se cause un perjuicio irremediable a estas comunidades vulnerables de estas comunidades indígenas y afrodescendientes.

4. Petición

³⁰ Caso Pueblo Saramaka vs. Suriname, párr. 133.

³¹ Convenio 169 de la OIT, Artículo 7.3. “Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”.

³² OIT, Convenio número 169 sobre los pueblos indígenas y tribales: un manual, pág. 22 (2003).

³³ Convenio sobre la Diversidad Biológica, Artículo 14(a): “1. Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda: a) Establecerá procedimientos apropiados por los que se exija la evaluación del impacto ambiental de sus proyectos propuestos que puedan tener efectos adversos importantes para la diversidad biológica con miras a evitar o reducir al mínimo esos efectos y, cuando proceda, permitirá la participación del público en esos procedimientos”.

³⁴ Declaración de Río de 1992, Artículo 17: “Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente”.

1. Por lo anteriormente expuesto, solicito respetuosamente ante su despacho, la selección de la presente tutela, para que sea objeto de revisión por parte de la Honorable Corte Constitucional y en consecuencia revise formalmente si los fallos se ajustan a la constitución, con el fin de unificar la jurisprudencia.
2. En consecuencia de lo anterior, solicito se resuelva el caso, dado que la interpretación y/o aplicación de las normas constitucionales ha sido equivocada.
3. Solicitamos de manera preferente sean tenidas en cuenta las pruebas que se adjuntan, para que sean objeto de estudio por parte de la Honorable Corte Constitucional, estos medios de prueba documentales anexos, no se encuentran en el expediente original.

Anexos

1. Copia de la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 3 de marzo de 2003, otorgando Medidas Provisionales a las comunidades afrodescendientes de la cuenca del río Jiguamiandó.
2. Copia de los Estatutos del Cabildo Mayor Indígena del Carmen del Darién-CAMICAD-.
3. Copia de escrito denuncia realizada por el señor Aurencio Rubiano, en la Fiscalía General de la Nación, ante la presunta extorsión en la producción de su firma en el acta del 3 de septiembre de 2007, en el cual se protocoliza la consulta previa.
4. Copia escrito de queja del señor Aurencio Rubiano, recepcionado en la Defensoría del Pueblo, sobre los hechos acaecidos en su comunidad a partir del ingreso de la empresa Muriel Mining Corporation.
5. Mapa en relieve del cerro sagrado “Careperro” y los sitios preliminares de la etapa de exploración del proyecto minero Mande Norte.
6. Declaración Extraproceso del señor Germán Pernia, rendida el 11 de junio del año 2009 en la Notaria segunda del círculo de Quibdó.
7. Declaración Extraproceso del señor Argemiro Bailarin Bailarín, rendida el 11 de junio del año 2009 en la Notaria segunda del círculo de Quibdó.
8. Declaración Extraproceso del señor Zaginimbi Bailarín, rendida el 11 de junio del año 2009 en la Notaria segunda del círculo de Quibdo.

Notificaciones

A la suscrita en la calle 61 A No.17- 26 telefax 3463613 Bogotá.

De usted,

Sara María Mejía Botero
CC No. 53.107.3625
TP No. 172.575 del C. S. J