



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL MAGDALENA

Santa Marta D.T.C.H., once (11) de enero del dos mil trece (2013)

Magistrada Ponente:
DRA. MARÍA VICTORIA QUIÑONES TRIANA

Expediente: 47-001-2333-000-2013-00009-00
Demandante: FUNDACIÓN MISIÓN COLOMBIA
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA DE PARQUES NATURALES Y OTROS
Medio de control: ACCIÓN DE TUTELA

Resuelve la Sala la solicitud de tutela presentada el día 21 de enero de 2013 por el señor **JOSE ALEJANDRO ARIAS CAÑÓN** en representación de la **FUNDACIÓN MISIÓN Colombia**, actuando en calidad de agente oficioso dirigida a que se amparen los derechos constitucionales a la consulta previa y los conexos en el marco de la protección de la integridad cultural, económica y social de los indígenas colombianos presuntamente vulnerados por parte de la UNIDAD NACIONAL ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA DE PARQUES NACIONALES NATURALES- UAESPN-.

I. ANTECEDENTES

1.1. Los hechos de la demanda:

Como hechos de la demandan en síntesis expuso el actor:

- La Unidad Nacional Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales-UAESPN, concesionó territorios del Parque Tayrona a favor de la Unión Temporal Concesión Tayrona sin que se hubiese cumplido la consulta previa con la comunidad indígena, bajo la tesis de que en ese lugar no hay resguardo indígena, sino un territorio ancestral y por lo tanto la consulta previa no había que surtirla.
- En el proceso de licitación internacional de la concesión del Parque Tayrona así como para la suscripción del Contrato 002 del 4 de julio de 2005 y sus modificaciones, no se tuvieron en cuenta a las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta.

- Indica el actor que con la suscripción del contrato de Concesión No. 002 del 4 de julio de 2005 se desatendieron los términos contenidos en la ley 21 de 1991 con la cual se ratificó el Convenio 169 de la OIT .
- Expone que mediante Resolución No. 002 de 4 de enero de 1973 el Estado Colombiano reconoció la relación ancestral, cultural y ceremonial entre el Parque Tayrona y las Comunidades Indígenas, con la cual se demarcó simbólicamente la línea negra, que posteriormente fue reformada por el Ministerio del Interior mediante Resolución No. 837 de 28 de agosto de 1995 con la cual se precisó la delimitación tradicional del territorio indígena y de protección a la diversidad cultural, incluyendo en ella al Parque Tayrona.
- Manifiesta que se expidió del Oficio OFI11-30509-GCP-0201 de fecha 21 de julio de 2011 por la Oficina de Consultas Previas del Ministerio del interior y justicia con el cual se certificó la no existencia de comunidades indígenas en el Parque Tayrona.
- Afirma que luego en Resolución No. 671 del 21 de agosto de 2012 se revocó el oficio OFI11-30509-GCP-0201 anterior, omisión que se hizo evidente luego de publicaciones periodísticas que se hicieron al respecto.
- Concluye, argumentando que se está en presencia de una violación de derechos fundamentales que es permanente en el tiempo, es una situación desfavorable del irrespeto por los derechos.

1.2. Derechos fundamentales presuntamente vulnerados:

El actor fundamenta la presenta acción de tutela, indicando que se ha edificado jurisprudencialmente por la Corte Constitucional la protección a las comunidades indígenas del país, teniendo en cuenta los principios fundamentales de la Carta Política contemplados en el artículo 7º, el cual establece que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana.

En relación con la protección de la riqueza natural y cultural de la Nación, el artículo 8 de la Constitución Política establece, velar por el cuidado de las riquezas culturales, además en el capítulo de derechos colectivos en sus artículos 79 y 80 se fija los patrones generales que rigen las relación entre el ser humano y su entorno.

Indica además que 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 le Ley 21 de 1991, y los artículos constitucionales reguló la propiedad colectiva de la 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.

Por otra parte manifiesta que el derecho de las comunidades indígenas a administrar su territorio fue reconocido en la sentencia T-257 de 1993, en la cual se señaló que las entidades territoriales indígenas gozan de plena autonomía para la administración de sus asuntos.

1.3. Pretensiones:

Solicitó, lo que se cita textualmente:

1. *“Se tutelen los derechos fundamentales de las comunidades indígenas de la Sierra nevada de Santa marta vulnerados tales como el derecho fundamental a la consulta previa y los conexos en el marco de la protección de la integridad cultural, económica y social de los grupos étnicos colombianos; mas los que el señor Juez considere vulnerados en consonancia con lo expuesto.*
2. *En consecuencia se deje sin efectos el contrato de concesión 002 del 4 de julio de 2005, la modificación del contrato de concesión suscrito el 7 de mayo de 2008y el otro sí 005 de fecha 30 de septiembre de 2009 y se ordene a la UNIDAD ADMINSTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA DE PARQUES NACIONALES NATURALES o su equivalente suspender las actividades propias del contrato de concesión 002 del 4 de julio de 2005, la modificación del contrato de concesión suscrito el 7 de mayo de 2008y el otro sí 005 de fecha 30 de septiembre de 2009 y adoptar la medidas posteriores pertinentes por haber omitido a efectos de adelantar dicha licitación y posterior contratación el cumplimiento de los acuerdos internacionales suscritos por nuestro país mediante la Ley 21 de 1993en adopción del Convenio 069 de la OIT vulnerando derechos fundamentales colectivos de las consultas previas reconocidas a las comunidades indígenas de la república de Colombia. “*

Tramite de la acción de tutela

Mediante auto de fecha 22 de enero de 2013 (fl. 23) se admitió la presente acción, ordenando notificar de la misma a la UNIDAD NACIONAL ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA DE PARQUE NACIONALES NATURALES-UAESPN-, y requiriéndose a la Unión Temporal Concesión Tayrona suministrara información.

Posteriormente en proveído del 28 de enero de 2013 (fl. 28-29), el despacho consideró necesario retrotraer la actuación y vincular a las autoridades y entidades del Estado que tenían injerencia sobre el tema de debate en la tutela presentada. Así al cosas se ordenó notificar de la admisión a los miembros de la Unión Temporal Concesión Tayrona a saber; Aviatur S.A; Passarola Tours Ltda, y Cámara de Comercio de Santa Marta.

Además al Señor Ministro del Medio Ambiente y desarrollo Sostenible y al Procuradora en Asuntos Agrarios y Ambientales del Magdalena, concediéndoles un término de dos (2) días para que presentar sus informes. Así mismo se le requirió al actor para que informara el nombre de las comunidades indígenas o los miembros de estas de las cuales se encontraba actuando en calidad de agente oficioso, y se señaló fecha para la realización de inspección judicial sobre los terrenos ubicados en el Parque Tayrona que hacen parte de la concesión otorgada mediante contrato No. 002 del 4 de julio de 2005.

Por último se profirió el auto de fecha 1º de febrero de 2013 (fl. 181-183), por el cual el Despacho con base a la inspección judicial realizada el día 30 de enero de 2013 solicitó información adicional a la Dirección de Asuntos Indígena, Minorías y ROM del Ministerio del Interior, al Ministerio del Interior, y a la Unidad de Parques Nacionales Naturales de Colombia y se citó a rendir declaración a los Mamos y autoridades indígenas pertenecientes a la etnia Arhuaca de la Sierra Nevada de Santa Marta con el fin de poder llegar al convencimiento respecto de la situación litigiosa y poder proferir fallo.

1.4. Contestación de la acción de tutela

- **Unidad de Parques Nacionales Naturales.** (fl. 31-105)

Mediante apoderado la citada entidad manifestó en síntesis:

En cuanto a los hechos; expone que el primero, segundo, tercero, cuarto, decimo, decimo primero, decimo segundo al decimo noveno, vigésimo al vigésimo séptimo no son ciertos.

Aceptó los hechos quinto y sexto.

Se opuso a todas las pretensiones. Y fundamentó su postura indicando:

- Derecho general de participación: las comunidades indígenas tuvieron oportunidad de participar en el proceso licitatorio, para lo cual se informó que la licitación se abriría el 25 de octubre. El

proceso licitatorio se desarrolló conforme lo estipula la Ley 80 de 1993 en especial el decreto 2170 de 2002, en consecuencia se garantizó la oportunidad de participación de todos los ciudadanos.

- Requisitos para ejercer la Agencia Oficiosa frente a los derechos de las comunidades indígenas: de los documentos trasladados a la administración no reposa prueba de que el agenciado se encuentra en la imposibilidad de proponer directamente la acción constitucional.
 - Principio de inmediatez: existe probada una inactividad por parte de las comunidades indignas en la defensa de sus derechos, omitiendo la característica de la inmediatez que debe preceder a la acción de tutela.
- **Aviatur S.A. –Miembro de la Unión Temporal Concesión Tayrona.** (fl. 107-141.

Dentro del escrito de contestación expuso que para la participación en la licitación pública internacional No. 002 de 2005 relativa a la *“concesión para la prestación de servicios ecoturísticos y la dotación, adecuación, construcción, rehabilitación, mejoramiento y mantenimiento de la infraestructura física del Parque Nacional Natural Tayrona”*, se constituyó la Unión Temporal Concesión Tayrona, y que se encuentra actualmente conformada por; Cámara de Comercio de Santa Marta, Passarola Tours Ltda, y Aviatur S.A.

Respecto de los hechos primero y segundo indicó no constarle. Sobre los hechos décimo octavo y décimo noveno manifestó que no aportó prueba de la afirmación. Del vigésimo al vigésimo primero; son unas conclusiones subjetivas del accionante. Y del vigésimo segundo al vigésimo sexto; desconoce lo citado por el actor.

Se opuso a las pretensiones de la tutela.

Fundamentó su defensa con los siguientes argumentos:

- Improcedencia de la acción de tutela: Aduce que la presente acción no procede ni si quiera como mecanismo transitorio por cuanto el accionante no demuestra la supuesta vulneración de perjuicios a las comunidades de la Sierra Nevada de Santa Marta, limitándose únicamente a realizar afirmaciones subjetivas, por ello si existe un hecho generador a causa del contrato de concesión los interesados deben acudir a la vía contenciosa administrativa.

Expediente: 47-001-2333-000-2013-00009-00
Demandante: FUNDACIÓN MISIÓN COLOMBIA
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA DE PARQUES NATURALES Y OTROS
Medio de control: ACCIÓN DE TUTELA

- Inmediatez: Afirma que para la fecha de presentación de la demanda de tutela en cuestión han transcurrido más de 7, años los cuales difícilmente puede entenderse como un plazo “razonable y oportuno”.

- **Cámara de Comercio de Santa Marta.** (fl. 169-180)

Dio contestación en los siguientes términos:

En cuanto a los hechos, primero, segundo, tercero, se acogió a las consideraciones expuestas por el representante legal de Aviatur S.A. Sobre los hechos sexto, séptimo no son hechos. Sobre el cuarto indicó que se debía precisar que con el contrato de concesión no se afecta en ningún momento a la población indígena. El quinto y decimo sexto son una afirmación no demostrada. El Octavo no existe claridad de donde proviene la fuente. El noveno no le consta. De los hechos decimo segundo al decimo cuarto; no se pueden entender. De los hechos decimo séptimo y decimo octavo no aporta prueba. Y por último de los hechos vigésimo segundo al vigésimo sexto, no se encuentran precisos.

Fundamento de su defensa:

Se basó en los siguientes tópicos; Agencia Oficiosa, toda afirmación de perjuicios debe ser demostrada y la improcedencia de la acción de tutela.

- **Concepto del Ministerio Público**

Estas son las recomendaciones que el Ministerio Público, hace al Tribunal, para que tenga en cuenta en el momento de ser tomada la decisión frente a la solicitud de amparo constitucional, por parte del accionante, en lo relacionado con la FALA DE CONSULTA PREVIA a las comunidades indígenas existentes en el parque nacional y las pruebas que lograron rescatarse durante el término de la acción de tutela, se evidencia

Expresa que teniendo como fundamento legal el Art 7º y el párrafo del art 330 Constitucional, donde el Estado Reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación, y que al tratarse de explotación de Recursos Naturales en los Territorios indígenas; se hará sin afectar la integridad cultural, social y económica de esta comunidades, propiciando el Gobierno, la participación de los representantes de esta comunidades, cuando se trate de tomar decisiones, respecto de dicha explotación.

El Ministerio, estima que claramente dentro de los referidos linderos, del parque nacional natural Tayrona, se encuentran los HITOS PERIFERICOS

DEL SISTEMA DE SITIOS SAGRADOS DE LOS INDIGENAS DE LA SIERRA NEVADA DE SANTA MARTA, los cuales una vez efectuado el análisis documental geográfico, cartográfico y espacial por parte de la dirección de

Consulta Previa, se evidencia, que están localizados dentro de la jurisdicción del referido, parque, y es así mismo a folio 215 se puede observar la relación de estos hitos periféricos de la línea negra, contenidos en la Resolución N 837 de 1995.

Por su parte, argumenta que se desprende de los indígenas escuchados en declaración que a pesar de no tener asentamientos en esa zona, el parque Tayrona en su totalidad es todo territorio sagrado, para ellos no se trata de un solo espacio, sino de todo el territorio, que ha pertenecido a través del tiempo, a sus abuelos, y sus antecesores, es allí, donde ellos se proveen de los materiales que sirven para cuidar la Sierra.

Otro de sus planteamientos, consiste en afirmar que más allá del análisis que se plantea ante la omisión de la Consulta Previa, este órgano de control, en cumplimiento de las funciones preventivas y de control de gestión establecidas, en el artículo 277 constitucional y los artículos 23 y 24 del Decreto 262 del 2002, exhorta, respetuosamente a las autoridades involucradas en el presente asunto, especialmente al Ministerio del interior, a través de la Dirección de consulta previa y a la autoridad Nacional de Licencias ambientales ANLA, al cumplimiento oportuno y diligente de sus funciones y atribuciones, constitucionales y legales, que impidan el menoscabo o la vulneración de los derechos puestos en cabeza de las comunidades indígenas, establecidas, en el área de influencia del contrato de concesión suscrito por la UNION TEMPORAL CONCESION TAYRONA.

Por último indicó que era prioritario, que desde el inicio de los procesos tendientes a obtener una licencia ambiental, se determine, con suficiencia, el deber o no de realizar, una CONSULTA PREVIA. De igual forma, con o sin consulta, es de mayúscula importancia el que la autoridad ambiental, identifique en el acto administrativo final que otorga la licencia, los impactos que con ocasión de un proyecto se puedan generar a una comunidad y establezca con suficiencia, todas y cada una de las medidas que puedan mitigar y compensar estos impactos, todo esto a fin de evitar que estas decisiones los afecte en su diversidad étnica, social, cultural y religiosa, y porque no la económica, pues de eso depende su manutención.

Recomendó al Tribunal Administrativo del Magdalena se sirva ordenar a las autoridades competentes, adelanten un proceso de consulta con las autoridades de las comunidades indígenas de la Sierra nevada, con el fin de establecer la afectación que estos proyectos pueden causar en la integridad cultural, social y económica de dichas comunidades, dentro de un plazo determinado.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

2.1. Finalidad de la acción de tutela

Según el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, disposiciones éstas que regulan la acción de tutela, tal mecanismo se ejerce mediante un procedimiento preferente y sumario, cuyo objeto es proteger, de manera inmediata y eficaz los derechos constitucionales fundamentales amenazados o vulnerados por una acción u omisión de una autoridad pública o de un particular, la cual no puede ser utilizada válidamente para pretender sustituir recursos ordinarios o extraordinarios, así mismo, para desplazar o variar los procedimientos de reclamo judicial preestablecidos, ni para revivir con ella términos precluidos o acciones caducadas.

De igual forma, dichas normas establecen la improcedencia de esta acción al existir otros medios de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable sobre uno o varios derechos fundamentales del demandante.

2.2. Estudio del caso concreto:

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el señor JOSE ALEJANDRO ARIAS CAÑÓN en representación de la FUNDACIÓN MISIÓN Colombia, actuando en calidad de agente oficioso dirigida a que se amparen los derechos constitucionales a la consulta previa y los conexos en el marco de la protección de la integridad cultural, económica y social de los indígenas colombianos presuntamente vulnerados por parte de la UNIDAD NACIONAL ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA DE PARQUES NACIONALES NATURALES- UAESPN-.

2.3. Derechos fundamentales presuntamente vulnerados

El accionante considera vulnerados por la actuación de de la UNIDAD NACIONAL ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA DE PARQUES NACIONALES NATURALES- UAESPN-., los derechos constitucionales a la consulta previa y los conexos en el marco de la protección de la integridad cultural, económica y social de los indígenas colombianos , por lo cual resulta necesario señalar lo siguiente:

❖ AGENCIA OFICIOSA

- **Legitimación en la causa por activa**

El artículo 10 del Decreto 2591 de 1.991, por el cual se reglamenta la acción de tutela, establece que a más de poderse presentar la solicitud de amparo por cualquier persona vulnerada en sus derechos fundamentales, también podrá ejercerse la agencia oficiosa de derecho ajenos, cuando el titular no esté en condiciones de promover su propia defensa. La norma citada dispone ad pedem litterae:

“ARTICULO 10. LEGITIMIDAD E INTERES. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.” (Negrita por fuera del texto original)

Bajo este contexto normativo, se ha pronunciado en reiteradas ocasiones la H. Corte Constitucional¹ para señalar que se permite que un individuo, en principio ajeno a la situación fáctica (en la medida que no es el sujeto directo que considera conculcados sus derechos), interponga acción de tutela actuando como agente oficioso para lo cual si bien no se exige poder alguno para actuar, debe:

“i) exprese que está obrando en dicha calidad, ii) demuestre que el agenciado se encuentra en imposibilidad física o mental de ejercer su propia defensa, condición que puede ser acreditada de manera tácita o expresa, y que, iii) se identifique “plenamente a la persona por quien se intercede (...), como quiera que la primera persona llamada para propender por el amparo de los derechos aparentemente vulnerados es el propio afectado, en ejercicio de su derecho a la autonomía y en desarrollo de su dignidad”

No obstante, el Máximo Tribunal Constitucional ha sido menos riguroso respecto al cumplimiento de los requisitos anteriormente mencionados, en primer lugar, por la primacía del derecho sustancial sobre las formalidades del proceso y, en segundo lugar, cuando se trata de la defensa de los derechos fundamentales a la vida y al acceso al servicio de salud.

- **Agencia oficiosa de comunidades indígenas**

Específicamente en lo que concierne a la representación de comunidades indígenas a través del agenciamiento oficioso, la Alta Corporación de la

¹ Sentencia T-313 de 2.011. MP. Luis Ernesto Vargas Silva. Ver también Sentencia T-770 de 2.011. MP. Mauricio González Cuervo.

Jurisdicción Constitucional consideró procedente su ejercicio por parte de organizaciones creadas para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas, al señalar en Sentencia T-380 de 1.993, con ponencia del Magistrado Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz lo siguiente:

"(...) 9. En lo atinente a la representación de la comunidad indígena a través del agenciamiento oficioso por parte de otras organizaciones creadas para la defensa de los derechos indígenas, esta Corporación confirma el criterio sustantivo acogido por los jueces de instancia, en el sentido de que las condiciones de aislamiento geográfico, postración económica y diversidad cultural, justifican el ejercicio de la acción de tutela por parte de la Organización Indígena de Antioquia en nombre de la comunidad indígena Emberá-Catío del río Chajeradó." (Resaltado del Tribunal)

El anterior criterio fue ratificado en Sentencia T-652 de 1.998, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz, en la cual se expuso:

"En ocasión anterior, esta Corte consideró procedente la agencia oficiosa por parte de organizaciones creadas para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas; en esta oportunidad, a más de dos de esas organizaciones, la Defensoría del Pueblo coadyuva la solicitud de amparo presentada por los representantes y miembros del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, por lo que con mayor razón debe reconocerse la legitimidad de los actores para reclamar la protección judicial de sus derechos y los del conglomerado al que pertenecen." (Negrita de la Sala)

En esa medida estima la Corporación que no puede ser otra la decisión en esta instancia, que aceptar la agencia oficiosa ejercida por la FUNDACIÓN MISIÓN COLOMBIA en nombre de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, toda vez que dentro de su objetivo social se encuentra la protección de las comunidades indígenas, la difusión o promoción de los derechos asociados a la cultura ancestral, tradiciones o territorios indígenas de Colombia, entre otras actividades dirigidas al fortalecimiento del tejido social y el desarrollo sostenible (fls. 18-21).

2.4 Requisitos de la agencia oficiosa

Aunado a lo anterior, el Tribunal encuentra cumplidos los tres requisitos decantados por la jurisprudencia constitucional para agenciar derechos ajenos.

I) EXPRESE QUE ESTÁ OBRANDO EN DICHA CALIDAD,

En el escrito de tutela se manifestó de forma expresa que la FUNDACIÓN MISIÓN COLOMBIA actuaba en dicha calidad.

II) IMPOSIBILIDAD FÍSICA O MENTAL DE EJERCER SU PROPIA DEFENSA

Tal y como lo indica la H. Corte Constitucional, las condiciones de aislamiento geográfico, postración económica y diversidad cultural, de las comunidades indígenas, justifican la imposibilidad de ejercer su propia defensa.

En este punto, resulta relevante hacer alusión sobre la titularidad de derechos fundamentales por parte de los pueblos indígenas y la condición de sujetos-colectivos de especial protección constitucional. En las sentencias T-514 de 2.009 y T-282 de 2.011, la H. Corte Constitucional² recordó que:

“(i) las comunidades indígenas son titulares de derechos fundamentales; (ii) estos derechos son diferentes a los derechos de cada miembro de la comunidad y también a la sumatoria de aquellos; y (iii), no son derechos asimilables a los derechos colectivos de otros grupos sociales; y agregó que ese reconocimiento tiene consecuencias políticas y jurídicas de gran alcance, entre las que cabe destacar (iv) el rango de norma constitucional de esos derechos; (v) la procedencia de la acción de tutela para su protección; y (vi) la necesidad de que los conflictos entre estos derechos y los derechos fundamentales de cada uno de los miembros de una comunidad indígena se resuelvan mediante ponderación o reiteración de las subreglas sentadas por esta Corte, y no mediante el principio de jerarquía normativa (ley superior deroga ley inferior).” (Resaltado de la Sala)

Además ha señalado la jurisprudencia constitucional que los pueblos indígenas, al igual que las personas con identidad étnica indígena, son sujetos de especial protección constitucional, en virtud de lo consagrado en los incisos 2º y 3º del artículo 13 de la Constitución Política, y del cual se predica la realización y ejecución de acciones afirmativas en favor de grupos y personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad o en situación de debilidad manifiesta.

En el caso de los pueblos indígenas, la protección reforzada atiende a su situación de vulnerabilidad, originada en aspectos históricos, sociales y jurídicos que han sido destacados por el Tribunal Constitucional³, concretados así:

“(…) la existencia de patrones históricos de discriminación aún no superados frente a los pueblos y las personas indígenas; la presencia de una cultura mayoritaria que amenaza con la desaparición de sus costumbres, su percepción sobre el desarrollo y la economía y, en términos amplios, su modo de vida buena (lo que suele denominarse cosmovisión); y la especial

² SU-510 de 1998.

afectación que el conflicto armado del país ha significado para las comunidades indígenas, principalmente por el interés de las partes en conflicto de apoderarse o utilizar estratégicamente sus territorios, situación que adquiere particular gravedad, en virtud de la reconocida relación entre territorio y cultura, propia de las comunidades aborígenes.”

En ese orden de ideas, concluye la Sala que la imposibilidad de las comunidades indígenas para ejercer su defensa, se encuentra más que justificada, y así lo ha reconocido la H. Corte Constitucional.

III) SE IDENTIFIQUE “PLENAMENTE A LA PERSONA POR QUIEN SE INTERCEDE

Pese a que en el escrito de tutela la FUNDACION MISION COLOMBIA expresa de manera general que agencia oficiosamente los derechos fundamentales de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, lo cierto es que estos son determinables. La tradición oral indígena de la Sierra Nevada de Santa Marta reconoce cuatro grupos originarios del macizo: Kogi, Sánha⁴, Kankuama⁵ e Ika⁶. Cada uno con su propio territorio y su lengua; pertenecientes todos a la familia lingüística Chibcha (Reichel, 1949:24).⁷

Además se encuentra a folios 142-143 del expediente, ratificación hecha por los Mamos y Autoridades Indígena, pertenecientes a la Confederación Indígena Tayrona, todos indígenas de la etnia “Arhuaca” (Ika), pertenecientes a una de las cuatro comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, frente a la acción de tutela presentada por la FUNDACIÓN MISIÓN COLOMBIA; en el mismo escrito expresaron su voluntad de coadyuvar en las pretensiones del amparo tutelar.

Y además en diligencia efectuada el 8 de febrero de 2.013 (251-258), en la cual se escuchó al Mamo de la comunidad “Arhuaca”, Vicencio Torres Niño; declaró que ratificaba la agencia oficiosa de la Fundación y su calidad de tutelantes.

Determinado lo anterior se procede con el estudio del siguiente tópico.

3. PROBLEMA JURÍDICO

⁴ Se les denomina genéricamente Sanká; de acuerdo con el nombre de sus asentamientos, han recibido los apelativos de Guamakas, Marokaseros, Colorados y Arsarios (Rosario); y por la frecuencia en el uso del apellido Malo, los han denominado como Malayos. También se hace referencia a ellos como los Wiwa (caliente), por haber sido habitantes de las tierras bajas.

⁵ En los documentos, a los Kogi se los ha denominado Cogui, Kougi Kággaba, Arhuaque y Kággaba (para ellos Kággaba significa gente).

⁶ Grupo homogéneo, debido al proceso de mestizaje e integración, popularmente se les conoce como "Arhuacos", voz que se utilizó durante los siglos XVII, XVIII y XIX para denominar a todos los grupos serraneros. Se hace también referencia a ellos como Ijca, Bintuku, Busintana y Businka, pero parece que estas últimas voces se refieren más bien a antiguos linajes dentro del grupo.

⁷ INTRODUCCION A LA COLOMBIA AMERINDIA. Indígenas de la Sierra Nevada. Instituto Colombiano de Antropología (Bogotá). Silvia Botero Verswyvel. Biblioteca Virtual Luis Ángel Arango.

<http://www.banrepccultural.org/blaavirtual/antropologia/amerindi/sierneva.htm>

El problema jurídico a resolver por el Tribunal Administrativo del Magdalena con ocasión de la tutela impetrada en la referencia, consiste en determinar si el derecho fundamental de participación en las decisiones que los afectan de los pueblos indígenas ubicados en el parque Tayrona en especial quienes tienen sus lugares sagrados dentro del área de concesión del contrato No. 002 del 4 de julio de 2005 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 Unidad de Parques Nacionales Naturales y los consorciados, AVIATUR, CAMARA DE COMERCIO DE SANTA MARTA Y PASSAROLA TOURS LTDA, el primero por no certificar la presencia de la comunidad en el área de influencia de la concesión y no disponer la realización de una consulta previa a su ejecución, la UNIDAD DE PARQUES por ofrecer en concesión los servicios eco turísticos del Parque lo cual incluye el Sistema de Reservas, la taquilla en Zaino y Calabazo, los servicios de alojamiento en los sectores de Cañaverál y Arrecifes en las modalidades de Camping y Hamacas; los restaurantes para la prestación de los servicios de alimentos y bebidas, la Ecotienda; la Enfermería, el alquiler de equipos varios, y los recorridos por Senderos sin verificar que la comunidad indígena fuera consultada, y los miembros del consorcio Unión Temporal Concesión Tayrona por llevar a cabo el proyecto sin consultar a la comunidad, y vulnerar los derechos de las comunidades indígenas al no garantizar el desarrollo normal de sus ritos, pagamentos y actividades propias de su cultura

Para resolver el problema jurídico planteado, se utilizará la misma metodología de la H. Corte Constitucional y las precisiones que en reiteradas decisiones sobre consulta previa han fijado en la sentencia T-693 de 2011⁸; es decir se analizará y dejará plasmado (I) el contenido del derecho fundamental a la participación de las comunidades étnicas y la consulta previa como manifestación de este derecho; (II) la procedencia de la acción bajo estudio, teniendo en cuenta que la misma fue instaurada casi ocho (8) años después de haberse celebrado el contrato de concesión No. 002 del 2.005; y (III) en caso de que la tutela resulte procedente, si en el caso sometido a estudio se vulneraron los derechos de la comunidad tutelante.

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

⁸ 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 PRETEL CHALJUB. Bogotá D.C., 23 de septiembre de 2011.

Expediente: 47-001-2333-000-2013-00009-00
Demandante: FUNDACIÓN MISIÓN COLOMBIA
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA DE PARQUES NATURALES Y OTROS
Medio de control: ACCIÓN DE TUTELA

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.

La jurisprudencia del máximo órgano constitucional, ha precisado que 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*".⁹ 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.

En la **sentencia T-973 de 2009**, se indicó que este derecho comprende al menos **tres ámbitos de protección** ligados a distintos factores de interacción, como precisó:

*"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*

⁹ 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.

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 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".¹⁰

Ese primer derecho de las comunidades étnicas a **participar en la toma de cualquier decisión que pueda concernirles**, "ha sido el medio para que las comunidades expresen 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 cultural"¹¹.

"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."

❖ EL DERECHO A LA CONSULTA COMO UNA MANIFESTACIÓN DEL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LAS COMUNIDADES ÉTNICAS

La jurisprudencia constitucional ha establecido que las comunidades indígenas y tribales tienen un derecho fundamental a que, de manera previa a su adopción, les sean consultadas las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlas directamente. El carácter

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

fundamental de ese derecho, ha dicho la Corte, se deriva de su vinculación con la defensa de la integridad cultural de dichas comunidades, así como de las condiciones que permiten su supervivencia como pueblos diferenciados.

Para la Corte *“... la obligación impuesta al Estado, de consultar previamente a los grupos étnicos cada vez que se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten, es expresión concreta del artículo 7º Superior, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, del 40-2, que garantiza el derecho de todo ciudadano a la participación democrática, del artículo 70 que considera la cultura fundamento de la nacionalidad, y de manera particular, de los artículos 329 y 330 del mismo ordenamiento, que prevén la participación previa de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios.”*¹² En ese contexto, ha señalado la Corte, que de la Constitución se desprenden unos específicos mandatos orientados a preservar la identidad de las comunidades negras, indígenas y tribales, a garantizarles ámbitos de autonomía en los asuntos que les conciernen y a asegurar que las actuaciones del Estado que puedan afectarlas se adelanten sin desmedro de su integridad cultural, social y económica.

Ha destacado la jurisprudencia que ese derecho de participación que, de manera tanto general como especial, tienen las comunidades indígenas de acuerdo con nuestro ordenamiento superior, está previsto expresamente en disposiciones del convenio 169 de la OIT, que hacen parte del bloque de constitucionalidad y conforme a las cuales los gobiernos están en la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar a las comunidades indígenas y tribales las oportunidades para el pleno ejercicio del derecho de participación en los asuntos que les conciernen¹³.

Recientemente, la Corte Constitucional resumió en la sentencia T-129 de 2011 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio) los requisitos jurisprudenciales de validez de la consulta previa, en los siguientes términos:

*“En síntesis, todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir en territorios de comunidad étnicas, sin importar la escala de afectación, deberá desde el inicio observar las siguientes reglas:*¹⁴

¹² Sentencia C-208 de 2007.

¹³ Sentencia T-547/10 Referencia: expediente T-2128529. Magistrado Ponente: . GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO. Bogotá, D.C., primero (1) de julio de dos mil diez (2010).

¹⁴ Respecto del contenido del derecho fundamental a la consulta previa y las reglas jurisprudenciales que serán enunciadas, se recomiendan especialmente los desarrollos efectuados por la Corte en las Sentencias C-461 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa, SV. Jaime Araujo Rentería) y C-175 de 2009 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva, SPV. Humberto Antonio Sierra Porto y Nilson Pinilla Pinilla. SV. Cristina Pardo Schlesinger). En virtud de ello la Sala procederá a transcribirlos y reiterarlos en lo que concierne especialmente a la consulta previa criterios plasmados igualmente en la línea jurisprudencial elaborada en esta providencia; de otra parte se anexan los nuevos ámbitos de protección estudiados.

(i) La consulta previa es un derecho de naturaleza fundamental y los procesos de consulta previa de comunidades étnicas se desarrollarán conforme a este criterio orientador tanto en su proyección como implementación.

(ii) No se admiten posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias.

(iii) No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa, es decir, asimilar la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines.

(iv) Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos.

(v) Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo.

(vi) Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso pre-consultivo y/o post consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es decir, la participación ha de entenderse no sólo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.

(vii) Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas.

(viii) Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: (a) implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; (b) esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (c) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma.

En todo caso, en el evento en que se exploren las alternativas menos lesivas para las comunidades étnicas y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine.¹⁵

¹⁵ Sobre el particular pueden confrontarse los capítulos (5) y (7) de esta providencia, concernientes a la tensión entre las distintas visiones de desarrollo y a la importancia de lograr el consentimiento libre, previo e informado ante las medidas de intervención en territorios étnicos.

(ix) Es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir las licencias sin la verificación de la consulta previa y de la aprobación de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no poder dar inicio a ningún tipo de obra o en aquellas que se estén ejecutando ordenar su suspensión.¹⁶

(x) Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.

(xi) Es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento. Incluso de la posibilidad de contar con el apoyo de organismos internacionales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la Nación”.

Si bien la metodología de análisis y la solución de los casos concretos ha variado conforme a las exigencias propias de cada caso, desde el principio la H. Corte le ha dado a la consulta previa el tratamiento de un derecho fundamental del cual son titulares las comunidades indígenas, y además las comunidades negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y gitanas. La jurisprudencia en la materia muestra, salvo por razones de inmediatez o ante la circunstancia de encontrar suficientes elementos de juicio que permitan dilucidar que la consulta previa sí se efectuó, ha ordenado mayoritariamente ante la gravedad de las problemáticas estudiadas la suspensión de los proyectos u obras que tienen la potencialidad de afectar o que han afectado territorios de comunidades étnicas hasta que no se garantice el derecho a la consulta previa.

Así mismo el derecho a la consulta previa también ha sido objeto de consideración por la Corte en una serie de decisiones de tutela a través de las cuales, en un conjunto muy variado de situaciones, ha ido perfilando el contenido de ese derecho en los casos concretos y en ese sentido de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la consulta previa debe contar con la participación libre e informada de las comunidades, en el marco de sus costumbres y tradiciones, sin que la misma pueda tenerse por cumplida con la realización de simples trámites administrativos, en los cual las comunidades afectadas no hayan tenido la oportunidad de pronunciarse a fondo frente a los proyectos de explorar y explotar minerales en su territorio ancestral.

❖ PROTECCIÓN TUTELAR COMO DERECHO FUNDAMENTAL CON TITULARIDAD GRUPAL.

¹⁶ Capítulo (4) de esta sentencia relativo a la obligación del Estado y de las personas de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación, así como de la obligatoriedad de la licencia ambiental y del Plan de Manejo Arqueológico (4.3).

La H. 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. En efecto ha señalado:

*“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**¹⁷, 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”.*

En algún momento, 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 que se protegen en la acción popular,¹⁸ “pero la confusión fue aclarada en la **sentencia T-380 de 1993**¹⁹, 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** 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.”²⁰

❖ DENTRO DE LOS TIPOS DE DECISIONES QUE SE DEBEN CONSULTAR, SE ENCUENTRA AQUELLAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS O

¹⁷ M.P. Ciro Angarita Barón.

¹⁸ 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.

¹⁹ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. en

²⁰ 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.”

LEGISLATIVAS QUE SEAN SUSCEPTIBLES DE AFECTARLOS DIRECTAMENTE.

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**²¹ la Corte reiteró los aspectos fijados en la **sentencia C-030 de 2008**, para este tipo de casos:

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

(...)

- Presupuestos y proyectos de inversión financiados con recursos del presupuesto nacional

(...)

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

(...)

- Medidas legislativas

(...)

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 conciernen, 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”.²² (Negrilla y subraya fuera de texto original)”.*

²¹ M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

²² Sentencia C-030 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

En resumen, de acuerdo con el Convenio 169, el mecanismo de consulta allí previsto debe surtirse 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 comunidades²³.

Conviene en este punto traer a colación lo indicado en la sentencia T-769 de 2009, en la cual la Corte resolvió proteger los derechos al debido proceso, a la consulta previa y a la existencia, autonomía, integridad e identidad cultural y social de las comunidades afectadas por la actividades de exploración y explotación que se estuviesen adelantando o se fuesen a adelantar, en desarrollo del contrato de concesión denominado Mandé Norte, para la exploración y explotación de cobre, oro, molibdeno y otros minerales, en los departamentos de Antioquia y Chocó.

En la referida sentencia la Corte dispuso suspender todas las actividades y el trámite de todas las licencias de exploración y de explotación minera en el proyecto Mandé Norte, hasta que no finalizasen a cabalidad los estudios sobre el impacto ambiental y se realizase la consulta previa en los términos señalados en la sentencia, pues de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la consulta previa debe contar con la participación libre e informada de las comunidades, en el marco de sus costumbres y tradiciones, sin que la misma pueda tenerse por cumplida con la realización de simples trámites administrativos, en los cual las comunidades afectadas no hayan tenido la oportunidad de pronunciarse a fondo frente a los proyectos de explorar y explotar minerales en su territorio ancestral.

Se resalta que no puede concluirse de manera diferente a la reiterada jurisprudencia citada que la consulta previa es 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,²⁴ y que este mecanismo ha sido protegido por la alta Corporación como un derecho fundamental, tanto en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad²⁵ como en sede de tutela,²⁶ cuando se trata de la adopción de medidas normativas o administrativas que directamente conciernen a dichas comunidades.²⁷

²³ Sentencia T-693/11. Referencia: expediente T-2.291.201. Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB. Bogotá D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil once (2011)

²⁴ 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"*.

²⁵ 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. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁶ 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.

²⁷ Sobre la naturaleza fundamental de este derecho se pueden ver, entre otras, las sentencias C-175 de 2009 M.P. Luis 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.

Así las cosas a partir del anterior recuento jurisprudencial es posible identificar los criterios que la Corte se ha ido decantando en torno al ámbito del derecho de consulta, a las condiciones en las cuales la misma debe llevarse a cabo y a las consecuencias jurídicas que se derivan de la omisión de la consulta previa en los supuestos en los cuales, de acuerdo con el ordenamiento constitucional, ella resulta imperativa.

❖ FINALIDAD DE LA CONSULTA

La H 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”.²⁸

También ha precisado la Alta corporación que 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.

❖ INMEDIATEZ DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Previo al estudio de fondo del presente caso, la Sala debe dilucidar si la acción de tutela de la referencia resulta procedente, como quiera que fuera instaurada más de siete años después de haberse celebrado en contrato de concesión No., 002 del 4 de julio de 2005, y las entidades accionadas alegan además de la falta de inmediatez la existencia de otro mecanismo judicial de defensa.

²⁸ Ver la sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

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, la H. Corte Constitucional ha considerado que “dada su naturaleza cautelar, la petición de amparo debe ser interpuesta en un plazo razonable dentro del cual se presume que la amenaza o afectación del derecho fundamental es actual e inminente”. Se ha dado sustento a lo anterior, en que si lo que se persigue con esta acción constitucional es la 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”²⁹. Al respecto, la Corte Constitucional³⁰ ha reiterado lo siguiente:

Se ocupó en forma extensa de este punto y manifestó:

“5. Alcances del Artículo 86 de la Constitución en cuanto al término para interponer la tutela

“De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución (...) la acción de tutela se puede interponer en cualquier tiempo, y sería inconstitucional pretender darle un término de caducidad.

“La posibilidad de interponer la acción de tutela en cualquier tiempo significa que no tiene término de caducidad. La consecuencia de ello es que el juez no puede rechazarla con fundamento en el paso del tiempo y tiene la obligación de entrar a estudiar el asunto de fondo. Sin embargo, el problema jurídico que se plantea en este punto es: ¿quiere decir esto que la protección deba concederse sin consideración al tiempo transcurrido desde el momento en que ha tenido lugar la violación del derecho fundamental?

“Las consecuencias de la premisa inicial, según la cual la tutela puede interponerse en cualquier tiempo, se limitan al aspecto procedimental de la acción, en particular a su admisibilidad, sin afectar en lo absoluto el sentido que se le deba dar a la sentencia. Todo fallo está determinado por los hechos, y dentro de estos puede ser fundamental el momento en el cual se interponga la acción, como puede que sea irrelevante.

(..)

“En jurisprudencia reiterada, la Corte ha determinado que la acción de tutela se caracteriza por su ‘inmediatez’:

*‘La Corte ha señalado que dos de 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*

²⁹ Sentencia T-279 de 2010 M.P. Humberto Sierra Porto.

³⁰ Sentencia SU-961 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; Sentencia T-575 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

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.³¹ Luego no es propio de la acción de tutela el sentido de medio o procedimiento llamado a reemplazar 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.

*'(...) 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.'*³² (C-543/92, M.P. José Gregorio Hernández Galindo)

"Si el elemento de la inmediatez es consustancial a la protección que la acción brinda a los derechos de los ciudadanos, ello implica que debe ejercerse de conformidad con tal naturaleza. Esta condiciona su ejercicio a través de un deber correlativo: la interposición oportuna y justa de la acción.

"(...)

"Si la inactividad del accionante para ejercer las acciones ordinarias, cuando éstas proveen una protección eficaz, impide que se conceda la acción de tutela, del mismo modo, es necesario aceptar que la inactividad para interponer esta última acción durante un término prudencial, debe llevar a que no se conceda. En el caso en que sea la tutela y no otro medio de defensa el que se ha dejado de interponer a tiempo, también es aplicable el principio establecido en la Sentencia arriba mencionada (C-543/92), según el cual la falta de ejercicio oportuno de los medios que la ley ofrece para el reconocimiento de sus derechos no puede alegarse para beneficio propio, máxime en los casos en que existen derechos de terceros involucrados en la decisión." (negrillas del texto original)

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**³³, a saber:

- (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**

³¹ Sentencia T-001 de 1992.

³² Idem.

³³ Corte Constitucional, Sentencia T-158 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

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.

Además de lo anterior, cabe tener en cuenta lo dicho en otro pronunciamiento de la misma Corporación Constitucional que, no obstante que haya transcurrido un tiempo prolongado desde la ocurrencia del hecho lesivo, pueda resultar procedente la acción de tutela, se requiere que la afectación de derechos fundamentales que se busca subsanar sea actual,³⁴ señalando que para que se mantenga la actualidad del daño, es preciso acudir de manera oportuna a la acción de tutela, porque lo contrario podría dar lugar a un hecho consumado no susceptible de amparo constitucional, o a que se desvirtúe la afectación de derechos fundamentales.³⁵

Ahora bien, conviene precisar que en el asunto que ahora es objeto de consideración la Corte³⁶ distingue, por una parte, la afectación del derecho a la consulta que, de acuerdo con la jurisprudencia, tiene, *per se*, carácter fundamental, y, por otra, la afectación de los derechos a la integridad como pueblo o a la identidad cultural que se puede dar en relación con las comunidades indígenas y a partir de la cual se predica la existencia de un derecho de consulta, y así mismo en cuanto al tema de la consulta previa indicó:

“De este modo, el derecho de consulta, aisladamente considerado, hace parte de un trámite que debe cumplirse por las autoridades antes de emprender una actividad susceptible de afectar directamente a las comunidades negras, indígenas y tribales, y su protección debe producirse cuando sea útil para provocar la consulta, o, incluso, cuando quepa dejar sin efecto la actuación que la pretermitió. Sin embargo cuando hay una situación ya definida y se ha dejado transcurrir el tiempo sin acudir a los recursos legales e, incluso, a la acción de tutela, se estaría frente a un procedimiento consolidado que no sería susceptible de controversia con el argumento de que hubo un déficit procedimental porque se omitió una consulta que resultaba imperativa conforme a la Constitución, puesto que la validez de las actuaciones administrativas que dan lugar a situaciones particulares y concretas

³⁴ Cfr. Sentencia T-055 de 2008.

³⁵ Ibid.

³⁶ Sentencia T-547/10. Referencia: expediente T-2128529. Magistrado Ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO. Bogotá, D.C., primero (1) de julio de dos mil diez (2010).

no puede quedar indefinidamente en entredicho.

No ocurre lo mismo con la afectación de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, porque ésta se da, no por la ausencia de la consulta per se, sino, precisamente, por la realización de acciones en desarrollo de un acto que no fue consultado. En ese escenario puede señalarse que mientras se mantengan los actos de ejecución, puede predicarse la existencia de un daño actual susceptible de amparo.

(...)

Las anteriores consideraciones son suficientes para señalar que, prima facie, no cabe declarar la improcedencia del amparo solicitado con base en consideraciones de inmediatez, como quiera que en este caso se está ante la pretensión de un afectación actual de los derechos de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta que se produciría, no por la omisión de la consulta en sí misma, sino por los actos de ejecución que se realizarían al amparo de la licencia cuya expedición no fue objeto de consulta previa.

Por ese motivo la Corte entra al examen de fondo del asunto planteado en la tutela de la referencia, pero no sin advertir que, como se ha dicho, la demora en acudir a la acción de tutela tiene implicaciones sobre el ámbito en el cual habrá de producirse el amparo constitucional, de encontrarse que el mismo es procedente". (resaltado fuera del texto)

Cabe resaltar la situación humanitaria y de graves violaciones a los derechos humanos que viven los pueblos indígenas de la Sierra Nevada, no ha desaparecido por el simple paso del tiempo. Adicionalmente, la misma Corte Constitucional en el Auto 004 de 2009 reconoció a los Wiwa, Arhuacos, Kankuamos, Koguiés y Wayúus como pueblos en peligro de exterminio y desaparición. Esta circunstancia la confirman los informes de riesgo de desplazamiento expedidos por la Defensoría del Pueblo durante todo el año 2009,³⁷ reiterados en notas de seguimiento en el año 2010³⁸ y durante el primer semestre del 2011³⁹, circunstancia que dejan entrever la especial protección de estas comunidades.

En concordancia con la anterior directriz jurisprudencial procede la Sala a estudiar de fondo el presente asunto toda vez que no hay lugar a la aplicación del principio de inmediatez analizado.

❖ PROTECCIÓN DE ÁREAS SAGRADAS Y DE IMPORTANCIA CULTURAL

Uno de los temas de controversia en la presente acción, se refiere a que la extensión del terreno objeto de la concesión, no es zona de resguardo. Por

³⁷ Defensoría del Pueblo, Informes de Riesgo N° 004-09 A.I., de marzo 6 de 2009, y No. 009-09 de abril 2 de 2009.

³⁸ Defensoría del Pueblo, Nota de Seguimiento N° 002-10 a IR N° 009-09, del 25 de enero de 2010, Nota de Seguimiento N° 004-10 a IR N° 004-09 del 7 de febrero de 2010.

³⁹ Defensoría del Pueblo, N° 001-11 a IR N° 004-09 A.I. del 21 de febrero de 2011.

lo anterior, es importante hacer un análisis del artículo 14 del Convenio 169 de la OIT.

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 tradicionales⁴⁰, sagradas o espirituales**.

El máximo órgano constitucional ha señalado que 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 muiscas 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”⁴¹.

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.⁴²

Al respecto, esta Corporación en **sentencia SU-383 de 2003**,⁴³ manifestó:

“Otros aspectos a tener en cuenta para la delimitación de la entidad territorial indígena son la concurrencia de intereses en los lugares

⁴⁰ Ver artículo 14 del Convenio 169 de la OIT.

⁴¹ Universidad de Caldas. Revista Luna Azul. Gustavo Adolfo Agredo Cardona “El TERRITORIO Y SU SIGNIFICADO PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS”. 2006-11-23.

⁴² 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.

⁴³ M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Expediente: 47-001-2333-000-2013-00009-00
Demandante: FUNDACIÓN MISIÓN COLOMBIA
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA DE PARQUES NATURALES Y OTROS
Medio de control: ACCIÓN DE TUTELA

sagrados -como lo advierte el profesor Clemente Forero de la Universidad Nacional⁴⁴- y el 'cambio frecuente de asentamiento', '[característica básica] del patrón de uso del medio de los cazadores y recolectores⁴⁵' 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 territoriales⁴⁶.

Sobre el vínculo espiritual de los pueblos indígenas y tribales con el territorio, la Corte Interamericana⁴⁷ 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 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."

Todo lo expuesto hace que el Tribunal concluya sin lugar a dudas, que si se demuestra que en el lugar de desarrollo del contrato de concesión **hay sitios sagrados o de especial importancia ritual y cultural, incluso si están ubicadas fuera de los resguardos**, será viable proteger sus derechos. Quedó claro también que el Convenio 169 de la OIT, 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, sagradas o espirituales**.

4. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

❖ Visión del territorio en las comunidades étnicas y en la cultura occidental

⁴⁴ "Descentralización y Ordenamiento Territorial, idem página 140.2"

⁴⁵ "La territorialidad entre los pueblos de tradición nómada del noroeste amazónico colombiano, Carlos Eduardo Frankly y otra, citados en 131, página 183."

⁴⁶ "(...) 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."

⁴⁷ Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname, sentencia del 28 de noviembre de 2007.

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 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:⁴⁸

“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**⁴⁹ 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 asociadas y que se articulan con otras dimensiones que la ciencia occidental no reconoce’⁵⁰.

⁴⁸ Sentencia de agosto 31 de 2001. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua.

⁴⁹ M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁵⁰ “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

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.⁵¹

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".⁵²

"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".

Esta claro que su 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 como lo ha hecho reiteradamente la H. Corte Constitucional, se relaciona con la propiedad, ya que, contrario al concepto comunal que manejan las comunidades étnicas, la cultura

colombiano" en *Territorialidad Indígena y ordenamiento de la Amazonía*, Universidad Nacional de Colombia, Fundación GAIA Amazonas, Bogotá 2000."

⁵¹ "Juan Álvaro Echeverri, *Reflexiones sobre el concepto de territorio y ordenamiento territorial indígena*, en *Territorialidad indígena*, obra citada página 175."

⁵² Balza Alarcón, Roberto. "Tierra, territorio y territorialidad indígena." Pág. 80

occidental mantiene una visión privatista de la propiedad. Al respecto, se 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.”⁵³.

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 territorio⁵⁴.

Si bien las reivindicaciones del territorio han girado principalmente en torno a la figura del resguardo⁵⁵, – de hecho el artículo 63 superior se 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,⁵⁶ y
- (v) El derecho a la protección de las áreas de importancia ecológica⁵⁷.

⁵³ Sentencia C-864 de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería.

⁵⁴ Sentencia T-693/11 Referencia: expediente T-2.291.201. Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB. Bogotá D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil once (2011)

⁵⁵ “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 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.

⁵⁶ 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 comunidad Emberá-Catío del río Chajera (Antioquia), especialmente su derecho a ser consultadas antes de que se lleve a cabo la explotación de recursos naturales renovables ubicados en su territorio.

⁵⁷ Sentencia T-693/11 Referencia: expediente T-2.291.201. Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB. Bogotá D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil once (2011)

En la citada sentencia se expuso respecto a la Protección de áreas sagradas y de importancia cultural lo siguiente:

“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 tradicionales⁵⁸, 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 muiscas 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”⁵⁹.

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.⁶⁰

Sobre el vínculo espiritual de los pueblos indígenas y tribales con el territorio, la Corte Interamericana⁶¹ 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 recursos del pueblo Saramaka forman parte de su esencia social, ancestral y espiritual. En este territorio, el pueblo Saramaka

⁵⁸ Ver artículo 14 del Convenio 169 de la OIT.

⁵⁹ Universidad de Caldas. Revista Luna Azul. Gustavo Adolfo Agredo Cardona “El TERRITORIO Y SU SIGNIFICADO PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS”. 2006-11-23.

⁶⁰ 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.

⁶¹ Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname, sentencia del 28 de noviembre de 2007.

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."

❖ **DECISIONES ADMINISTRATIVAS RELACIONADAS CON PROYECTOS DE DESARROLLO: LICENCIAS AMBIENTALES, CONTRATOS DE CONCESIÓN Y CONCESIONES MINERAS, ENTRE OTROS, QUE REQUIEREN CONSULTA PREVIA.**

Atendiendo a que el objeto de la tutela recae sobre la pretensión de amparar el derecho a la consulta previa, al presuntamente celebrarse el contrato de concesión sin la participación de las comunidades indígenas con influencia en el parque Tayrona; es necesario traer expresa jurisprudencia que indica la evolución importante-especialmente en 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. Esto es la sentencia T-693 de 2011 ya referida en todo este capítulo⁶²;

*"Por ejemplo, en la **sentencia SU-039 de 1997**⁶³ 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**,⁶⁴ 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.⁶⁵*

*También es necesario resaltar la **sentencia T-769 de 2009**⁶⁶, 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 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*

⁶² 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 PRETEL CHALJUB. Bogotá D.C., 23 de septiembre de 2011.

⁶³ M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁶⁴ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁶⁵ 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-Katio del Alto Sinú, pues se omitió la consulta que formal y sustancialmente debió hacerse. Así, no sólo resultaron vulnerados el derecho de participación (C.P. art. 40-2 y párrafo 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."

⁶⁶ M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Expediente: 47-001-2333-000-2013-00009-00
Demandante: FUNDACIÓN MISIÓN COLOMBIA
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA DE PARQUES NATURALES Y OTROS
Medio de control: ACCIÓN DE TUTELA

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**⁶⁷, 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**⁶⁸, 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**⁶⁹, 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**⁷⁰, 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 entidades públicas como los ministerios de Ambiente, Interior y Minas, Codechoco y las alcaldías de municipios como Acaandí y Ungía, por acción u omisión, permitieron que se adoptarán 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*

⁶⁷ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁶⁸ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶⁹ M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁷⁰ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

sólo de comenzar la exploración de los recursos naturales, sino antes de llevar a cabo las actividades de prospección."

De esta precisión jurisprudencial se evidencia que los actos administrativos que preceden el desarrollo de un proyecto de infraestructura, como la respectiva licencia ambiental, así como la ejecución misma del proyecto incluyendo las concesiones, 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.

❖ EN RELACIÓN A LA SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Observa este Tribunal que en el presente caso, si bien existe la posibilidad de acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa para solicitar la nulidad del contrato de concesión o de su adjudicación, dicho medio de control contractual 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 vulnerada-

Bajo las anteriores consideraciones, la acción de tutela instaurada por señor JOSE ALEJANDRO ARIAS CAÑÓN en representación de la FUNDACIÓN MISIÓN Colombia, actuando en calidad de agente oficioso, contra los Ministerios del Interior y de Justicia y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y Unión Temporal Concesión Tayrona **resulta procedente.**

❖ 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 INDIGENA DE LA SIERRA NEVADA DE SANTA MARTA

Los antecedentes del presente caso son los siguientes:

- ✓ ***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.⁷¹

En el presente caso, el Tribunal 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 contrato, incluso antes de la ejecución de las obras, es decir, desde la planeación misma del proyecto.**

El proyecto del contrato de Concesión No. 002 del 4 de julio de 2005 se desarrolla en una zona que es considerada por las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta como parte de su territorio ancestral y en la cual se realizan prácticas culturales por dichas comunidades.

Hechos probados:

- El objeto del citado contrato No. 002 del 4 de julio de 2005 es el siguiente: (CD anexo)

“adelantar por parte del concesionario por su cuenta y riesgo la prestación de los servicios eco turísticos, y la dotación, adecuación, adecuación, mantenimiento, rehabilitación, construcción y mejoramiento de la infraestructura física del Parque nacional Tayrona”

Alcance:

(...)

Como parte de los servicios y zonas a concesionar se encuentran: el derecho a la explotación de los servicios eco turísticos del Parque lo cual incluye el Sistema de Reservas, la taquilla en Zaino y Calabazo, los servicios de alojamiento en los sectores de Cañaverál y Arrecifes en las modalidades de Camping y Hamacas; los restaurantes para la prestación de los servicios de alimentos y bebidas, la Ecotienda; la Enfermería, el alquiler de equipos varios, y los recorridos por Senderos(...)

Igualmente, se prevé la posibilidad de que el concesionario amplíe el alcance básico del presente contrato, a través de la construcción y el mejoramiento de la infraestructura física y el diseño de diferentes actividades de explotación (...)

- Escrito de fecha 6 de febrero de 2013 por el cual el Ministerio del Interior da respuesta a lo requerido por este Despacho mediante auto de fecha 1º de febrero de 2013⁷² en el cual indica lo que se cita: (fl.211-217)

“ De acuerdo con el alcance del contrato No. 002 del 4 de julio de

⁷¹ Ver artículo 14 del Convenio 169 de la OIT.

⁷² Fl. 181-183

2005, contenido en la cláusula 3 suscrito entre la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales -Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y Unión Temporal Concesión Tayrona, el área cobijada por dicho contrato, corresponde a la misma área del Parque Nacional Natural Tayrona cuyos linderos se fijan en la resolución 191 de 1964 del INCORA y resolución 021 del 23 de abril de 1074 del INCORA.

De acuerdo con la Resolución No. 837 del 28 de agosto de 1995 suscrita por el Ministerio del Interior, **se puede establecer que dentro de los referidos linderos del Parque Nacional Natural Tayrona, se encuentran los hitos periféricos del sistema de sitios sagrados de los indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta**, abajo relacionado, los cuales una vez efectuado por parte de la Dirección de Consulta Previa el análisis documental geográfico, cartográfico y espacial que se anexa, se evidencia que están localizados dentro de la jurisdicción del Parque Nacional Tayrona.

HITOS PERIFERICOS DE LA LINEA NEGRA. RESOLUCIÓN No. 837 de 1995		lugar	significado
23	JATE TELUAMA	En el Parque Tayrona	Madre del Oro
24	ULEILAKA	En cañaveral	Sitio donde vivía el MamaTeikú con animales domésticos de varias clases
25	TERÚGAMA, TEUGAMUN, TEILLUNA	En pueblito	Sitios de Pagamento para bailes de la naturaleza
26	JAVA NAKUMAKE	Chengue	Madre de la sal

En cuanto al punto específico donde se ubican los ECOHABS, en el sector de Cañaveral, se evidencia cartográficamente que coincide con el hito periférico del sistema de sitios sagrados de los indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta denominado:

HITOS PERIFERICOS DE LA LINEA NEGRA RESOLUCION No. 837 de 1995	LUGAR	SIGNIFICADO

Expediente: 47-001-2333-000-2013-00009-00
 Demandante: FUNDACIÓN MISIÓN COLOMBIA
 Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA DE PARQUES NATURALES Y OTROS
 Medio de control: ACCIÓN DE TUTELA

24	ULEILLAKA	En cañaveral	Sitio donde vivía el Mama Teikú con animales domésticos de varias clases
----	-----------	--------------	--------------------------------------------------------------------------

Por su parte, el servicio de recorrido por los senderos eco turísticos informado en el anexo 1 del Contrato de concesión, se traslapa con los hitos periféricos del sistema de sitios sagrados de los indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta denominados:

	HITOS PERIFERICOS DE LA LINEA NEGRA RESOLUCION No. 837 de 1995	LUGAR	SIGNIFICADO
25	TERUGAMA, TEUGAMUN, TEILLUNA	En Pueblito	Sitios de Pagamento para bailes de la naturaleza
26	JAVA NAKUMAKE	Chengue	Madre de la sal

(...)” (resaltado fuera del texto)

➤ Informe de fecha 6 de febrero de 2013 (fl. 218-235), suscrito por la Ofician Asesora Jurídica de Parque Nacionales Naturales de Colombia.

A las preguntas referentes a la presencia de comunidades indígenas en el Parque Nacional Natural Tayrona y su ubicación respondió:

“En el Parque Nacional Natural Tayrona, no hay presencia física de comunidades indígenas, debido a que en el Parque no se encuentra constituido un resguardo, este es un territorio ancestral para actividades de pagamento por parte de estas comunidades indígenas de la Sierra Nevada. (...)”

Así mismo aporta certificación suscrita por el Jefe del Área Protegida Parque Nacional Natural Tayrona en la cual consta:

“Que dentro de los límites del Parque Nacional Natural Tayrona, no existen comunidades indígenas asentadas. Que las actividades de pagamento son realizadas por los mamos que bajan esporádicamente de la Sierra Nevada de Santa Marta al interior del Parque”

➤ Acta de inspección judicial de fecha 30 de enero de 2013 (fl.

246-249) llevada a cabo en el área concesionada mediante Contrato No. 002 del 4 de julio de 2005 del Parque Tayrona

En la inspección se evidenció lo siguiente:

“En este estado de la diligencia se le pregunta al biólogo JOSE CASTRO si ha tenido conocimiento que en esta zona de concesión haya presencia indígena y cuál es la función de la Dirección de Parque relacionada con las garantías de los derechos de éstos en el evento de que efectivamente hagan presencia en esta zona. CONTESTO: Voy a hacer referencia al plan de manejo del Parque Tayrona nos encontramos en una zona de recreación general exterior(...) sin embargo en el extremo oriental de la playa Cañaveral existe un sitio de pagamento que es visitado por las comunidades de los pueblos ancestrales con el fin de realizar sus actos ceremoniales, el plan de manejo conociendo esta actividad ha ordenado el área protegida no solamente considerando las características ambientales si no teniendo en cuenta también estas connotaciones histórico culturales dentro del Parque asociada a diferentes bahías no solamente en Cañaveral (...)

➤ Acta de testimonio del MAMO y Autoridad Indígena de la Etnia Arhuaca de la Sierra Nevada de Santa Marta VIENCIO TORRES NIÑO , llevada a cabo el día 8 de febrero de 2013 ante el Tribunal Administrativo del Magdalena (fl. 251-258)

De la citada declaración se extracta lo siguiente:

“(...

PREGUNTADO: Indique al despacho si la firma que aparece a folio 142 del expediente es suya y ratifica la representación del Dr. ALEJANDRO ARIAS como Agente Oficioso de su comunidad en la presente tutela CONTESTO: Reconozco claramente de que es documento que aquí se está hablando sí lo firmé, porque la gran pregunta que se nos asaltó es que si todos los seres de la tierra nadie los defiende, entonces hicimos este documento y por eso reconozco lo que allí he firmado. PREGUNTADO: Manifieste qué comunidades indígenas tiene asentamiento en el Parque Tayrona específicamente en la zona de en el sistema de reservas, zaino, y calabazo y en los sectores de cañaveral y arrecifes. CONTESTO: En este lugar donde me pregunta a cual comunidad pertenecen desde que yo nací o desde mucho antes mis ancestros me manifestaron que eran de las cuatro tribus de la Sierra Nevada, sin embargo no pudo decir que le pertenece solo a un pueblo arhuaco si no a los 4 pueblos y les corresponde a todos responder por ellos, y por eso salimos adelante a defender los espacios por os que me están preguntando. (...) PREGUNTADO: Indique al Despacho si el sector donde cobija al contrato de concesión No. 002 del 4 de julio de 2005 está considerado que está dentro o fuera de la línea negra. CONTESTO: Cuando la gente pregunta o cuando la sociedad mayoritaria pregunta la línea negra, yo creo que el concepto está mal entendido, piensan que es una raya o un guión, pero desde nuestra

ley de origen ese espacio está inserto dentro de la línea negra, que hace parte de las atalayas de la Sierra Nevada, por eso nosotros tenemos que corresponder a ella así como ella nos ha correspondido en ese lugar.

PREGUNTADO: Sírvase manifestar si a las comunidades indígenas del Parque Tayrona en el momento de celebrarse la concesión tuvieron conocimiento, que acercamiento hubo con la Unidad de Parques y Concesionarios con la comunidad indígena por parte de quienes hacen parte del referido contrato de concesión. CONTESTO:

Oficialmente yo como representante de los MAMOS de la Sierra no conozco de manera oportuna ni antes ni después las condiciones que se iban a presentar, ni cuáles eran las cláusulas se (sic) iban a dar, nana de eso, sólo sé que ha habido cantidades de reflexiones desde mucho antes cuando yo caminaba por esos lugares, así como ese espacio nos pedía que le retribuyéramos los servicios (...) pero no conozco ni por política, ni persona, nunca hemos sido convocados, lo único que sé decir es que se nos han introducido una cantidad de normatividades que no corresponde al mapa de la ley de origen, (...) por ejemplo en esos lugares (...) que son de tránsito libre, pero a veces se nos obliga a pasar por otro y hemos tenido dificultades, entonces ese tipo de contratos no está acorde, por lo tanto considero que han violado nuestros principios y derechos a esos lugares.(...)

PREGUNTADO: Indique si dentro de todo lo manifestado considera que esa certificación de Parques cuando indica que no hay comunidades indígenas asentadas es correcto, si es cierto o no que los MAMOS vienen de manera esporádica a hacer actividades de pagamento al Parque, y si es cierto o no que las comunidades indígenas caminan por los lugares del Parque Tayrona en el área concesionada y con qué frecuencia lo hacen. CONTESTO: Con respecto a si hay asentamiento indígena en este momento el MAMO manifiesta; es que el hecho no es que estemos presentes físicamente, no porque tengamos una casa físicamente, no porque tengamos un área organizada físicamente por ese espacio, estamos presentes todo el tiempo y lo hemos estado por siempre, allí estaban presentes nuestros abuelos, nuestros padres, ésa es la razón que nosotros vivimos hoy físicamente sin esa presencia de la vida que allí permanece tampoco tuviéramos vida nosotros , por eso nosotros tenemos vida (..) por eso creemos firmemente en que los humanos lo están viendo desde la presencia física, energéticamente estamos conectados todo el tiempo, además no estamos hablando de un MAMO ni de dos MAMOS sino de que todo el tiempo los mamos han existido, han tenido esa conexión energética (...).La segunda pregunta porque según la certificación del parque dice que hacemos presencia en algunas ocasiones, yo lo entiendo como cuando que de vez en cuando pasa algún animal por aquí, yo creo (sic) nosotros no hacemos presencia de vez en cuando y la presencia de un solo MAMO en un solo día indica que están haciendo presencia los 4 pueblos de la Sierra Nevada, en ese lugar es competencia y responsabilidad de las 4 tribus que son descendentes de los Tayrona, entonces si un solo MAMO aparece no quiere decir que está solo, sino de los centenares de los indígenas de la Sierra Nevada (...) es más la infraestructura y los comportamientos que se han generado allí no van acorde a nuestras directrices nos han afectado (...)

PREGUNTADO: En respuesta anterior sobre que la infraestructura y algunas conductas o comportamientos han afectado el desarrollo de

su comunidad en ese sector, infórmele al despacho cuáles son las razones que ustedes dicen para sentir que la presencia de personas en el parque o a (sic) zona de concesión les pueden hacer alguna afectación en el desarrollo de sus costumbres en general. CONTESTO: de las afectaciones que produce las prácticas que se generan allí, por la gente física o la raza humana o la infraestructura o cualquier otra actividades que se desarrollan en este espacio, decimos que es una afectación seria y no cualquier afectación, por ejemplo, construir o hacer una infraestructura en un espacio tan importante, al mover ciertos minerales del lugar que siempre han estado presente.(..) de pronto para la sociedad quienes están presentes dirían eso simplemente es un comportamiento humano, lo miran tan sencillamente que para nosotros los MAMOS es un grave delito y es un sacrilegio que no puedo medirlo, ni saberlo en valor pero sí sé que es un grave delito que afecta contra el resto de la población, hasta parece ridículo hablarlo de esa forma una práctica como el sexo en ese espacio es faltando al respeto a esos lugares, y eso también es grave, porque ésta es la fuente de la vida, es el lugar más importante para todo el mundo (...) PREGUNTADO: Sírvase informar si cuando ustedes tiene acceso al Parque o cuando están ubicados en algún sector de la concesión han tenido algún tropiezo con los administradores de concesión, o han hecho alguna clase de acuerdo, se han sentido afectados de alguna manera cuando están en cualquiera de las instalaciones del área concesionada. CONTESTO: De manera personalmente en algunas ocasiones si ha habido algunas anomalías, pero con respecto a los indígenas son muchas, en alguna ocasión tenía que hacer unos pagos en horas de la mañana, se me dijo que era imposible entrar y tenía que esperar finalmente puede entrar pero no puede hacer mi actividad, nosotros no tenemos nada de eso manejos, ni sabemos de esos documentos que no manejamos (...) por lo tanto no podemos ejercer nuestro control y no podemos hacer ese tipo de vigilancia en ese lugar, yo me reconozco como administrador de ese lugar desde tiempo atrás, y esa es la razón por la que hoy insisto (...) (resalta la Sala)

➤ Así mismo se evidencia copia en medio magnético (CD) de los siguientes documentos:

- Resolución No. 837 de 1995 proferida por el Ministerio del interior, en la cual se resolvió la delimitación de algunos territorios indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta incluidos dentro de la Línea Negra.
- OFI11-30509-GCP-0201 de fecha 21 de julio de 2011, por el cual la Coordinadora del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y Justicia certifica que: "Una vez realizada la revisión, verificación y análisis desde el punto de vista geográfico, cartográfico y espacial y revisadas las bases de datos de la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y ROM correspondiente a comunidades indígenas registradas y reconocidas por fuera del Resguardo y de Asociación de

Cabildos y/o Autoridades Tradiciones, se identificó que NO SE REGISTRAN comunidades indígenas en el área denominada sector Arrecifes - El Cabo en el Parque Nacional Natural Tayrona, Distrito de Santa Marta, departamento del Magdalena”.

- Resolución No. 671 de fecha 21 de agosto de 2012 por la cual el Ministerio del Interior-Dirección de Consulta Previa revoca la certificación No. OFI11-30509-GCP-0201 de fecha 21 de julio de 2011 en razón a que: *“no está conforme con el interés público o social, toda vez que se está desconociendo como sujeto de protección especial en el marco del derecho fundamental a la consulta previa, a las comunidades indígenas que se encuentran en área de influencia y que el mismo y que el mismo peticionario solicita haga consulta previa a esta comunidades (...)”*

Para la Sala es claro en este punto luego de revisada en su integridad toda la actuación procesal que dentro del área concesionada se encuentran ubicados lugares sagrados con los cuales la comunidad indígena de la Sierra Nevada de Santa Marta tienen que ver, para la realización las sus actividades propias de su cultura y creencia, totalmente respetada y protegida constitucionalmente.

No obstante lo anterior, dentro de todo el acervo probatorio no se evidenció siquiera sumariamente que durante el proceso licitatorio o después de la suscripción del contrato de concesión No. 002 del 4 de julio de 2005 se hubiesen realizado trámites con la finalidad de escuchar a las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta.

En cambio se conoció que efectivamente existen lugares sagrados por lo que se considera que el referido proyecto se puede afectar de manera directa a las comunidades indígenas porque incide sobre su entorno territorial y sobre lugares en los cuales realizan prácticas culturales **elementos probatorios frente a los cuales no le cabe la menor duda a esta Corporación que los derechos de los indígenas, especialmente los relacionados con el impedimento a realizar de manera libre y sin limitaciones sus ritos y pagamentos están vulnerados en la actualidad y es necesaria su protección.**

En ese orden de ideas y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, en principio, debía haberse surtido un proceso de consulta, para establecer, en primer lugar, las razones por las cuales la misma se consideraba procedente, así como los términos y las condiciones en que debía realizarse, para, luego, establecido que la consulta era necesaria, proceder a consultar formalmente con las comunidades el impacto que para las mismas podría derivarse de la

ejecución del proyecto.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que en el presente asunto se está frente a una solicitud tutelar que va dirigida a la cesación de los efectos jurídicos del Contrato de Concesión No. 002 del 4 de julio de 2005 o en su defecto a la suspensión de las actividades propias del referido contrato, para ello resulta imperioso traer a colación la siguiente sentencia de tutela⁷³ que al respecto del tema indicó:

“Procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos, en especial, los referidos a la celebración, ejecución y terminación de contratos estatales.

De manera constante, la Corte ha considerado en relación con la procedencia de la acción de tutela como mecanismo efectivo para la protección de derechos fundamentales que podrían verse vulnerados o amenazados por mandamientos consagrados en actos emitidos por la administración que, por regla general, el amparo es improcedente para controvertirlos, por cuanto la competencia se encuentra radicada en la jurisdicción contencioso administrativa. Sin embargo, como excepción a esta regla la acción de tutela procederá de manera transitoria o definitiva si se constata, en el primer caso, la existencia de un perjuicio irremediable; y en el segundo, ante la falta de idoneidad de los recursos judiciales existentes.

Al respecto, el juez constitucional ha estimado que deben concurrir unas especiales condiciones que harían procedente el amparo transitorio, como son (i) que se produzca de manera cierta y evidente una amenaza sobre un derecho fundamental; (ii) que de ocurrir no exista forma de reparar el daño producido al mismo; (iii) que su ocurrencia sea inminente; (iv) que resulte urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (v) que la gravedad de los hechos, sea de tal magnitud que haga evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales⁷⁴.

Ahora bien, entre los derechos susceptibles de amparo mediante este instrumento constitucional se encuentra el derecho al debido proceso administrativo, entendido como “(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa (ii) que guardan relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal. El objeto de esta garantía superior es (i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones, (ii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados.”⁷⁵

En ese orden de ideas, se puede concluir que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o

⁷³ Sentencia T-387/09 Referencia: expediente T- 2.146.854. Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. Bogotá, D. C., veintiocho (28) de mayo de dos mil nueve (2009).

⁷⁴ Ver sentencias T-771 de 2004, T-600 de 2002 y SU 086 de 1999.

⁷⁵ Ver sentencia T- 214 de 2004.

vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos judiciales para su defensa. Sin embargo, procederá el amparo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable, caso en el cual el juez constitucional podrá suspender la aplicación del acto administrativo, mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

*Ahora bien, en materia de contratación estatal, los anteriores presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela se aplican, cuando quiera que se susciten controversias relacionadas con actos administrativos derivados de la celebración, ejecución o terminación de los contratos estatales, "pues los mismos forman parte de la órbita competencial ordinariamente establecida al juez del respectivo contrato, resultando ajena a la de los jueces de tutela, en razón a la naturaleza del conflicto, en tanto que el mismo es de orden legal"⁷⁶. De tal suerte que **"La procedencia de la acción de tutela se daría, entonces, solamente en el preciso evento de que la controversia contractual comprendiera la vulneración o amenaza de un derecho fundamental y en los casos exceptuados antes establecidos. De lo contrario, dicha acción se convertiría en una imposición abusiva de una jurisdicción excepcional, subsidiaria y residual sobre las demás jurisdicciones ordinarias, contraviniendo claramente la voluntad de los Constituyentes de 1991 al diseñar este amparo"**⁷⁷. (resaltado fuera del texto)*

Teniendo en cuenta lo anterior se considera que se han presentado en el caso sub-examine los presupuestos señalados para la procedencia de la acción de tutela contra este tipo de de situaciones, como lo es el caso de un contrato estatal, pues para la Sala se encuentran en grave violación los derechos fundamentales de los integrantes de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, al revelarse que pese a la obligatoriedad de la consulta previa para llevar a cabo tanto el proceso de licitación como la suscripción del contrato plurimencionado nunca se llevó a cabo la misma.

No obstante lo anterior, debe dejar claro el Tribunal que no se harán manifestaciones frente a la procedencia o no del contrato de concesión o la legalidad del mismo, sino a la necesidad de consultar hacia el futuro el objeto pactado en el mismo.

4.- Conclusión:

En efecto, el Tribunal Administrativo reitera que se dan los postulados de la sentencia T-693 de 2011 y demás citadas, en especial: (i) según el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la consulta previa es obligatoria cuando se va a llevar a cabo cualquier proyecto o intervención que afecte

⁷⁶ Vid. Sentencias T-605 y T-613 de 1995, T-307 y T-340 de 1997, T- 643 de 1998, y T-1386 de 2000 y T- 1341 de 2001, entre muchas otras.

⁷⁷ *Ibidem*.

directamente a un pueblo indígena o tribal; (ii) una de las formas de determinar cuándo 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 concesionario no ha realizado mayores obras después de la concesión, si se ha ampliado el servicio de camping, construcción de jacuzzis, escaleras, etc , y sí cruza un área de importancia cultural y religiosa de la comunidad arhuaca, por tanto, el proyecto debía ser consultado con la comunidad antes de comenzar a ejecutarlo.

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 Unidad de Parques iba a intervenir áreas que si bien no se hallan dentro del resguardo, sí hacen parte de su territorio ancestral debido a las prácticas religiosas, tradicionales y de subsistencia que se llevan a cabo allí, como en el sector de Cañaverál que es zona de camping según informe aportado por el Ministerio del Interior visible a folio 215-216 del expediente.

De otro lado, se evidenció que 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 proliferación de turistas, camping y no conservación de lugares especiales afectaron la espiritualidad de los miembros de la comunidad, al punto que han tenido que dejar de hacer sus ritos y pagamentos en el momento que lo desean, y también la proliferación de turistas en sus tradicionales caminos invaden su vida espiritual; esta transgresión continúa vigente, de modo que se requieren medidas para ponerle fin y mitigar sus impactos.

Teniendo en cuenta que el contrato de concesión inició en 2005 y culmina en de 2015, el Tribunal observa que se está en presencia **de un daño consumado en lo que se refiere específicamente a la falta de consulta previa, al momento de su celebración**, pero no se considera procedente la petición de la comunidad accionante de terminar de facto el contrato, pues, hay que tener en cuenta que no debe dejarse al abandono el cuidado del parque, el control del ingreso de los turistas, el recaudo de la taquilla, y el derecho al trabajo de quienes han venido ejecutando labores asignadas por el desarrollo del contrato.

Expediente: 47-001-2333-000-2013-00009-00
Demandante: FUNDACIÓN MISIÓN COLOMBIA
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA DE PARQUES NATURALES Y OTROS
Medio de control: ACCIÓN DE TUTELA

Ahora bien, pese a la imposibilidad de llevar a cabo en este momento la consulta previa pues el objeto está en ejecución hace parte a más de la mitad del plazo pactado, se 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.**

MEDIDAS DE PROTECCIÓN

El tribunal considera que se debe amparar el derecho fundamental constitucional A LA CONSULTA PREVIA de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, como manifestación del derecho a la participación en las decisiones que los afectan; a la diversidad étnica, social, cultural y religiosa; a la autonomía y al debido proceso.

En consecuencia, ordenará al MINISTERIO DEL INTERIOR con la participación de LA DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA DEL MINISTERIO DEL INTERIOR, MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE, la UNIDAD DE PARQUES NACIONALES NATURALES DE COLOMBIA y los miembros de la Unión Temporal; AVIATUR S.A, CAMARA DE COMERCIO DE SANTA MARTA, Y PASSAROLA LTDA, que en el término de TREINTA (30) DÍAS contados a partir de la notificación de la presente providencia, den inicio al proceso de **CONSULTA PREVIA** con los representantes de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, 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 concesión otorgada mediante Contrato No. 002 del 4 de julio de 2005, con miras a garantizar su supervivencia física, cultural, social y económica.

Este proceso deberá completarse en un periodo de noventa (90) días hábiles contados a partir del inicio del proceso de consulta, prorrogable, por solicitud de las partes, de conformidad con las normas vigentes.

- Así mismo ordenará a la UNIDAD DE PARQUES NACIONALES NATURALES DE COLOMBIA que en el término de 48 horas contados a la notificación de esta providencia, deberá precisar, delimitar y enmarcar las zonas en las que se encuentran los hitos periféricos del Sistema de Sitios Sagrados de los indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta relacionados por el Ministerio del Interior en la respuesta a la acción de tutela esto es; JATE TELUAMA, ULEILLAKA, TERÚGAMA, TEUGAMUN, TEILLUNA, JAVA NAKUMAKE impidiendo hasta que se realice la consulta previa, la presencia de turistas en dichos lugares.

- Será necesario exhortar a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior para que, en ejercicio de la función que le asignó el Decreto 2893 del 2011 en relación con la determinación de las directrices, protocolos y herramientas diferenciadas para realizar los procesos de consulta previa, les aclare a las empresas interesadas en desarrollar *cualquier acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir o tenga la potencialidad de afectar territorios habitados por comunidades étnicas* y a las entidades estatales responsables de autorizarlos sobre la obligatoriedad de agotar dicho proceso, en los términos ampliamente precisados por la jurisprudencia constitucional.
- Y se prevendrá al MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO y a la AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES, para que, en el futuro, se abstenga de entregar licencias ambientales, de construcción y, en general, de adoptar cualquier medida administrativa que intervenga sobre los territorios habitados por comunidades indígenas, sin agotar el requisito de consulta previa en las condiciones precisadas en esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL MAGDALENA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. **AMPARAR** el derecho fundamental constitucional A LA CONSULTA PREVIA de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, como manifestación del derecho a la participación en las decisiones que los afectan; a la diversidad étnica, social, cultural y religiosa; a la autonomía y al debido proceso.
2. **SEGUNDO:** En consecuencia, **ORDENAR** al MINISTERIO DEL INTERIOR con la participación de LA DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA DEL MINISTERIO DEL INTERIOR, MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE, la UNIDAD DE PARQUES NACIONALES NATURALES DE COLOMBIA y los miembros de la Unión Temporal; AVIATUR S.A, CAMARA DE COMERCIO DE SANTA MARTA, Y PASSAROLA LTDA, que en el término de TREINTA (30) DÍAS contados a partir de la notificación de la presente providencia, den inicio al proceso de **CONSULTA PREVIA** con los representantes de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, 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 concesión otorgada

mediante Contrato No. 002 del 4 de julio de 2005, 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 las empresas accionadas dar cumplimiento inmediato al acuerdo realizado con la comunidad.

Este proceso deberá completarse en un periodo de noventa (90) días hábiles contados a partir del inicio del proceso de consulta, prorrogable, por solicitud de las partes, de conformidad con las normas vigentes, y deberá hacerse partícipe a la Gobernación del Magdalena y a la Alcaldía Distrital de Santa Marta.

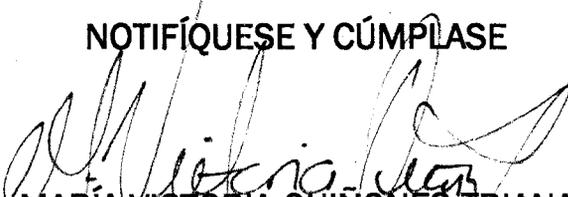
3. **ORDENAR** a la UNIDAD DE PARQUES NACIONALES NATURALES DE COLOMBIA que en el término de **48 horas** contados a la notificación de esta providencia, deberá precisar, delimitar y enmarcar las zonas en las que se encuentran los hitos periféricos del Sistema de Sitios Sagrados de los indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta relacionados por el Ministerio del Interior en la respuesta a la acción de tutela esto es; JATE TELUAMA, ULEILLAKA, TERÚGAMA, TEUGAMUN, TEILLUNA, JAVA NAKUMAKE **IMPIDIENDO hasta que se realice la consulta previa, la presencia de turistas en dichos lugares.**
4. **ORDENAR**, a la UNIDAD DE PARQUES NACIONALES NATURALES DE COLOMBIA y los miembros de la Unión Temporal; AVIATUR S.A, CAMARA DE COMERCIO DE SANTA MARTA, Y PASSAROLA LTDA que de manera inmediata se elimine cualquier barrera que impida el libre acceso o permanencia en cualquier lugar del Parque Tayrona.
5. **CONMINAR** a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación que brinden su apoyo y acompañamiento al proceso de consulta dispuesto en esta providencia y que vigilen el pleno cumplimiento del presente fallo, con el fin de garantizar de manera efectiva los derechos aquí protegidos. Para el anterior efecto, por las Secretaría General de esta Corporación ofíciase a las entidades referenciadas.

La Defensoría Pueblo Regional Magdalena deberá remitir sendos informes relacionados con el avance de las órdenes aquí impartidas a esta Corporación, cada mes contados a partir de la notificación de esta providencia.
6. **EXHORTAR** a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior para que, en ejercicio de la función que le asignó el Decreto 2893 del 2011 en relación con la determinación de las directrices, protocolos y

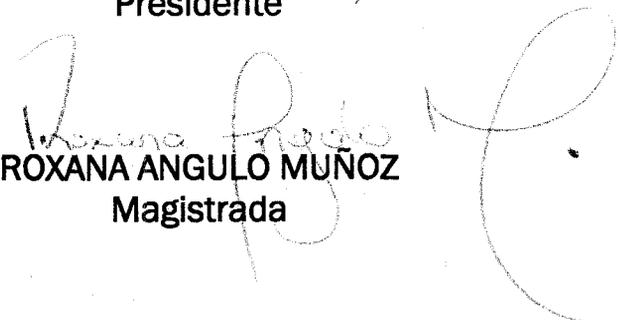
herramientas diferenciadas para realizar los procesos de consulta previa, les aclare a las empresas interesadas en desarrollar cualquier acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir o tenga la potencialidad de afectar territorios habitados por comunidades étnicas y a las entidades estatales responsables de autorizarlos sobre la obligatoriedad de agotar dicho proceso, en los términos ampliamente precisados por la jurisprudencia constitucional.

7. **PREVENIR** al MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO y a la AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES, para que, en el futuro, se abstenga de entregar licencias ambientales, de construcción y, en general, de adoptar cualquier medida administrativa que intervenga sobre los territorios habitados por comunidades indígenas, sin agotar el requisito de consulta previa en las condiciones precisadas en esta providencia.
8. **NOTIFÍQUESE** esta providencia personalmente a las partes si comparecen a la secretaría dentro del día siguiente a la fecha del fallo; si transcurre ese término y no ha sido posible notificarles en esa forma, efectúese la misma por el medio más expedito.
9. Si esta providencia no fuese impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARÍA VICTORIA QUINONES TRIANA

Presidente

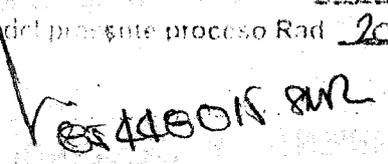

ROXANA ANGULO MUÑOZ

Magistrada

(Ausente con permiso)
ADONAY FERRARI PADILLA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL MAGDALENA
SECRETARIA GENERAL

En la ciudad de Santa Marta a los 12-02-2013,
se compareció personalmente a JOSE A ARUAS CASO
en su condición de DEMANDANTE
concedido de la providencia de fecha 11-02-2013
dentro del presente proceso Rad 2013-00009
de firma


448015 812

Se le informó que el presente proceso se encuentra en trámite y que se le avisará de cualquier novedad que ocurra durante el mismo.

Se le informó que el presente proceso se encuentra en trámite y que se le avisará de cualquier novedad que ocurra durante el mismo.

SECRETARIA GENERAL

SECRETARIA GENERAL