

COMUNIDADES INDIGENAS – Protección especial / COMUNIDADES INDIGENAS – Participación en medidas que afectan su integridad cultural, social y económica / CONSULTA A COMUNIDAD INDIGENA – Procedencia de la tutela si no hay consulta previa / DIVERSIDAD ETNICA – Derecho fundamental

Las disposiciones mencionadas conforman el bloque de constitucionalidad aplicable a las comunidades indígenas que habitan el territorio nacional otorgándoles una protección especial para la preservación cultural de los pueblos y la conservación de los territorios que habitan. La concreción del amparo se evidencia en la obligación que tiene el Gobierno de consultar a las comunidades indígenas las medidas legislativas y administrativas que puedan afectarlos en forma directa. En este sentido el parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política determina expresamente la participación de los pueblos indígenas en la adopción de medidas que impliquen la explotación de los recursos naturales en sus territorios. Lo anterior no implica que la consulta a los pueblos indígenas deba realizarse sólo cuando las decisiones administrativas o legislativas impliquen la explotación de los recursos naturales porque, como ya se indicó, el Convenio 169 de la OIT, que integra el bloque de constitucionalidad, fija tal procedimiento en todos los casos en que se afecte la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. (...) Las anteriores consideraciones permiten concluir que las comunidades indígenas tienen derecho a que se les consulten las decisiones administrativas o legislativas que los afecten y en caso de no agotarse tal procedimiento podrán acudir a la acción de tutela para lograr la protección de sus derechos fundamentales que, en estos casos, incluye el de la subsistencia de la diversidad étnica, especialmente protegida por la Constitución Política.

FUENTE FORMAL: CONVENIO OIT 169 DE 1989 – ARTICULO 6 / CONVENIO OIT 169 DE 1989 – ARTICULO 7 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 7 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 8 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 63 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 330

NOTA DE RELATORIA: En relación con la consulta previa a los pueblos indígenas: Corte Constitucional, sentencia de 13 de mayo de 2003, SU-383-03 M.P. DR. Alvaro Tafur Galvis

OBRA VIAL – Obligación de consultar a comunidad indígena / CERTIFICADO DE PRESENCIA DE GRUPOS ETNICOS – No se requiere para iniciar consulta previa a comunidad indígena / DIVERSIDAD E INTEGRIDAD ETNICA Y CULTURAL – Amparo por falta de consulta previa sobre obra vial

La medida administrativa cuestionada en el sub lite se refiere a la pavimentación de una carretera que hace parte del proyecto vial del “Corredor Sur y Marginal de la Selva” cuya realización fue adjudicada por el Invías al Consorcio Metrocorredores 3, en julio de 2009. Tratándose del respeto a la diversidad étnica no es de recibo suponer, como lo hizo el A quo, que una obra vial como la que se presenta en este caso “significará un factor de desarrollo y mejoramiento de sus condiciones de vida y trabajo” atendiendo el interés general, por el contrario, debe consultarse a la comunidad indígena que habita el territorio de influencia del proyecto si la misma incide en su forma de vida, afectará la autodeterminación de su proceso de desarrollo, su forma de vida, creencias, instituciones y bienestar espiritual, pues son precisamente esas condiciones especiales las que se pretenden proteger a través de la consulta previa a las comunidades indígenas. En el caso concreto, la consulta previa al Resguardo Indígena Santa Rosa del Guamuéz no se ha iniciado, según el Ministerio del Interior y de Justicia, porque se requiere de la expedición del certificado en el que conste la presencia de ese

grupo en el área de influencia del proyecto. El artículo 24 del Decreto 1220 de 2005 evidencia que el certificado de presencia de grupos étnicos se requiere para la expedición de la licencia ambiental a favor del Consorcio al que se le adjudicó la realización de la obra pero no para el inicio de la consulta previa, pues como ya se indicó, la misma no se debe limitar a los casos de explotación de recursos naturales en territorios indígenas sino que debe realizarse en todos los casos en que las comunidades se vean afectadas de manera directa con las decisiones, es decir, que dicho trámite, no es excusa para retrasar la consulta. (...) La Sala concluye que la demora presentada en el trámite de la certificación de presencia de grupos étnicos no sólo ha truncado el inicio de la consulta previa con el Resguardo de Santa Rosa del Guamuéz, sino que también ha ocasionado el retraso de la obra, generando, posibles sobrecostos. Los retrasos mencionados no fueron justificados en el trámite de la presente acción, por el contrario, el Ministerio del Interior y de Justicia, desde 2009, ha verificado la presencia de otro grupo étnico en el territorio de influencia de la obra y en enero de 2010 advirtió la necesidad de un estudio etnológico que no ha realizado. En este orden de ideas, el fallo impugnado que negó las pretensiones será revocado para en su lugar tutelar los derechos fundamentales a la diversidad e integridad étnica y cultural, y de participación del Resguardo Indígena Santa Rosa del Guamuéz y, en consecuencia, se ordenará la suspensión de la obra en el tramo que afecta el territorio de la comunidad mencionada, hasta que se agote la consulta previa.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1220 DE 2005- ARTICULO 24

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil diez (2010)

Radicación número: 52001-23-31-000-2010-00089-01(AC)

Actor: RESGUARDO INDIGENA SANTA ROSA DEL GUAMUEZ

Demandado: MINISTERIO DE TRANSPORTE

Decide la Sala la impugnación propuesta por la parte actora contra la providencia de 19 de abril de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño que negó la tutela incoada por el Resguardo Indígena Santa Rosa del Guamuéz, Pueblo Indígena Kofan contra los Ministerios de Transporte y del Interior y de Justicia, y el Instituto Nacional de Vías, Invias.

PRETENSIONES Y HECHOS DE LA TUTELA

El Resguardo Indígena Santa Rosa del Guamuéz, Pueblo Indígena Kofan, mediante apoderado, instauró acción de tutela contra los Ministerios de Transporte y del Interior y de Justicia, y el Instituto Nacional de Vías, Invias con el fin de que se protejan los derechos fundamentales a la vida, integridad personal, salud, dignidad humana, diversidad étnica y cultural, de los niños y mujeres, y el de consulta previa.

Solicitan que se suspenda la construcción de la carretera Santana San Miguel, tramo La Hormiga el Tigre, hasta que se consulte directamente al Resguardo Indígena Kofan Santa Rosa del Guamuéz, atendiendo los estándares internacionales. Se garantice la participación de una organización civil, escogida por la comunidad indígena, en el proceso de consulta, para que verifique el cumplimiento de la Constitución y, que el Estado otorgue los recursos y el tiempo suficientes para la realización del proceso de consulta.

Se realicen estudios de impacto ambiental, económico, político y cultural financiados por el Estado Colombiano, ratificados por un veedor nombrado por las partes, que permita establecer si continúa o no la construcción de la carretera.

Hechos en que fundamentan las pretensiones:

Las comunidades indígenas dentro del ordenamiento jurídico colombiano cuentan con el derecho constitucional a ser consultadas sobre las iniciativas legislativas y administrativas que las puedan afectar.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha referido a la obligación estatal de impulsar la participación de las minorías étnicas en las decisiones que las afectan “en reconocimiento del derecho fundamental a la consulta previa, que involucra el principio democrático de participación y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de las comunidades indígenas y afrocolombianas.

El Convenio 169 de la OIT, reconocido por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, en su artículo 6 establece la obligación de los Gobiernos de consultar a los pueblos indígenas y tribales las medidas administrativas o legislativas que puedan afectarlos.

En la actualidad, la consulta previa no sólo debe realizarse cuando las medidas administrativas o legislativas estén destinadas a la exploración o explotación de recursos naturales sino también en los casos en los que se afecten los intereses de las comunidades indígenas y afrodescendientes tal como lo afirma la Corte Constitucional en su jurisprudencia.

En relación con el derecho fundamental a la consulta previa deben consultarse las múltiples sentencias de la Corte Constitucional sobre el tema, los objetivos de la misma, la pérdida o afectación del territorio indígena y el informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas en Colombia.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo de Nariño negó la tutela incoada (fls. 83 a 96). Manifestó que la consulta previa es un derecho fundamental innominado que tienen los pueblos indígenas y grupos étnicos en general, que les permite decidir sobre medidas legislativas, administrativas o de proyectos, obras o actividades que afecten sus territorios con el fin de proteger su integridad cultural, social y económica.

Analizó el derecho a la consulta previa en medidas legislativas y administrativas atendiendo las disposiciones constitucionales y legales que lo han desarrollado y el Convenio 169 de la OIT, según el cual los pueblos tienen derecho a decidir sus prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo que afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual.

En relación con el caso concreto sostuvo que la consulta previa para una construcción vial es viable por tratarse de la explotación de los recursos naturales en un lugar donde hay un asentamiento indígena pero un proyecto de **“mantenimiento y/o mejoramiento vial, en un lugar donde ya se encuentra construida y en operación una carretera, no amerita un proceso como tal de acreditación, cuando no se está vulnerando de ninguna forma el medio ambiente puesto que la licencia por tal aspecto debió otorgarse cuando se abrió la carretera, en cambio, se está proporcionando un beneficio tanto a las comunidades étnicas (...), como a la comunidad en general tanto del**

departamento del Putumayo como de la Nación. Tal participación la tuvieron los grupos identificados en los kilómetros 0 a 6 de dicha vía en el Resguardo Yarinal y San Marcelino.”.

En el territorio donde se asienta el Resguardo Indígena Santa Rosa de Guamuéz existía la carretera desde 1958, que se encuentra en operación, lo único que se pretende es pavimentarla, por lo que no se observa un perjuicio directo e irremediable porque **“no se está explotando ningún recurso natural”**, por el contrario la obra representa un factor de desarrollo y mejoramiento de las condiciones de vida y trabajo.

Tampoco se ven amenazados los derechos si se tiene en cuenta que el Ministerio del Interior, al manifestarse sobre el atraso de las obras, explicó que al encontrarse presencia de comunidades étnicas se consultó al Alcalde del Municipio de San Miguel Putumayo y al Director de la Mesa Permanente de Trabajo del Pueblo Kofan, para que se lleven a cabo las consultas previas.

IMPUGNACION

La parte actora impugnó el anterior proveído por las siguientes razones (fl. 105):

- La respuesta dada por el Ministerio del Interior y de Justicia en el sentido de que la vía a pavimentar se encuentra dentro del territorio ancestral del Pueblo Kofan evidencia la necesidad de realizar una consulta previa con el grupo étnico.
- El A quo desconoció todo el avance jurisprudencial en materia de consulta previa limitándose a lo dispuesto en el artículo 330 de la Constitución Política sobre afectación de recursos naturales.
- Permitir la pavimentación de la carretera sería desconocer el derecho a la propiedad de las tierras comunales indígenas que Constitucionalmente son inembargables, imprescriptibles e inajenables.
- El perjuicio puede ser irremediable respecto del derecho a la propiedad de las tierras comunales y ancestrales pues una vez culminada la pavimentación la tierra estaría profanada y la colonización aumentada.

- La omisión de la consulta previa, implica la pérdida de territorios tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de los recursos necesarios para la subsistencia física y cultural y la desorganización social y comunitaria.
- Si bien es cierto el pueblo Kofan hace parte de una Asociación de Cabildos de carácter multicultural que reúne varias étnias, también lo es que tal agrupación no compromete la autonomía de los pueblos tal como quedó dispuesto en los estatutos de la Mesa Permanente de Trabajo del Pueblo Kofan y Cabildos del Valle del Guamuéz y San Miguel. Por lo anterior, es indispensable que el Ministerio del Interior se comunique directamente con el Gobernador del Resguardo Indígena Santa Rosa del Guamuéz.
- Es necesario que el Ministerio del Interior y de Justicia, junto con el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, el Gobernador del Resguardo y la organización de la sociedad civil, elaboren los mapas que demuestren la ubicación del territorio indígena y de la carretera, para garantizar la participación de la comunidad.

CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

Consiste en determinar si los Ministerios de Transporte y del Interior y de Justicia, y el Instituto Nacional de Vías, Invias han vulnerado los derechos fundamentales del Resguardo Indígena Santa Rosa del Guamuéz, Pueblo Indígena Kofan, al disponer la pavimentación de una carretera que atraviesa su territorio sin agotar el trámite de consulta previa.

De lo probado en el proceso

Mediante Oficio de 8 de enero de 2009, la Dirección de Asuntos Indígenas Minorías y ROM del Ministerio del Interior y de Justicia, en respuesta a la comunicación enviada por el INVIAS el 14 de agosto de 2008 en la que solicitó certificación sobre presencia de comunidades indígenas en el Area del Proyecto Corredor Vial Puente Internacional de San Miguel-Santa Ana, informó que la visita realizada el 3 de octubre de 2008, concluyó lo siguiente:

“REGISTRA presencia de comunidades indígenas en el área de influencia del proyecto en el sector comprendido entre el kilómetro 0 (puente San Miguel)

hasta el kilómetro 6 en el resguardo Yarinai y San Marcelino e igualmente las comunidades manifiestan que la vía se encuentra dentro del territorio ancestral del pueblo kofan.” (fl.45).

Mediante Oficio de 30 de julio de 2009, el Representante Legal del Consorcio Metrocorredores 3, en desarrollo del contrato No. 850 de 2009, con el fin de realizar los estudios y diseños de gestión social, predial, ambiental y mejoramiento y rehabilitación del proyecto, le solicitó a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia el Certificado de Presencia de Grupos Etnicos, Comunidades Indígenas y Comunidades Negras (fl.81).

La Coordinadora del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia, mediante Oficio de 16 de septiembre de 2009 dirigido al Representante Legal del Consorcio Metrocorredores 3, manifestó que la visita de verificación realizada del 9 al 12 de septiembre de 2009 no contó con la información completa y definitiva del proyecto Corredor Sur Puente San Miguel, en relación con las fuentes de materiales y botaderos (fl.74).

“Esta información no fue suministrada a tiempo, razón por la cual se presentaron dificultades en el desarrollo de la visita, principalmente con relación a las actividades que el Ingeniero (...) desarrolló de manera paralela, puesto que en lugar de tener una actitud de colaboración en la verificación de presencia de grupos étnicos en el área de influencia del proyecto, tal y como se había programado y acordado con anterioridad y para poder expedir la certificación por usted solicitada, se dispuso realizar otras actividades como la búsqueda de fuentes y análisis de materiales. Se le manifestó en repetidas ocasiones que estas actividades no debían llevarse a cabo como parte de la visita programada.”.

Por lo anterior, le solicitó al Consorcio el envío de la información completa y definitiva del proyecto para reprogramar una nueva verificación.

A través de Oficio de 7 de enero de 2010, la Coordinadora del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia le respondió al Alcalde del Municipio de San Miguel, Putumayo, que los retrasos presentados en la obra que afecta dicho Municipio han sido responsabilidad del Consorcio Metrocorredores 3, por no presentar oportunamente la información completa del proyecto, sin embargo el

Ministerio continúa realizando los trámites de certificación para dar inicio a las consultas previas (fl.77).

El 15 de febrero de 2010, la Coordinadora del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior, le informó al Representante del Consorcio Metrocorredores 3 sobre la necesidad de una nueva visita en el área del proyecto pidiéndole colaboración en ese sentido y así agotar las actividades del proceso de consulta previa (fl.78).

Mediante Oficio de 22 de febrero de 2010 el Asesor de la Dirección General, Gerente de Competitividad del Instituto Nacional de Vías, INVIAS, le manifestó a la Coordinadora del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior, la preocupación por la demora en la expedición de los certificados de presencia de comunidades indígenas en el área de influencia directa del proyecto a pesar de que dicho Instituto, mediante Oficio de 23 de enero de 2009, registró tal situación (fl.48). Agregó lo siguiente:

“Por lo anterior y teniendo en cuenta que el contrato en referencia entró en etapa de construcción se tiene proyectado iniciar obras en el mes de marzo de 2010 a partir del PR30+000.

Finalmente manifiesto la importancia de consolidar este corredor como una de las vías facilitadoras de movilidad, conectividad y competitividad para el desarrollo del país y por ende de la región, razón por la cual solicito su colaboración para obtener el certificado de las zonas con presencia de comunidades indígenas.”.

El Ministro de Transporte, por Oficio de 24 de febrero de 2010 dirigido al Ministro del Interior, también expresó su preocupación por la demora en la expedición del certificado de presencia de comunidades indígenas porque tal situación impide el inicio de la construcción del proyecto. Citó el Oficio de 23 de enero de 2009, por medio del cual registró la presencia de comunidades indígenas en el área del proyecto y que le sirvió de base al INVIAS para estructurar la iniciación del mismo (fl.46).

Agregó que pese a la reunión realizada el 19 de enero de 2010 con la Coordinadora del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior en la que se acordó una visita a la zona entre el 27 y el 30 del mismo mes y año, en la actualidad no hay pronunciamiento, situación que afecta la ejecución del proyecto que inició la etapa de construcción el 24 de enero de 2010.

A través de Oficios de 10 y 19 de marzo de 2010, el Secretario de Planeación y Obras Públicas del Municipio Valle del Guamuéz, Departamento del Putumayo, informó que el suelo donde se encuentra el campamento necesario para el desarrollo del contrato está contemplado como suelo rural compatible para ser utilizado por Metrocorredores 3 para el acopio temporal de material, instalación y funcionamiento de la planta de trituración, asfalto y concreto (fls. 50 y 52).

A través de Oficio de 7 de abril de 2010, la Coordinadora del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia, y como consecuencia de la notificación de la presente acción, le solicitó al Representante Legal del Consorcio Metrocorredores 3, el envío de la información que requiere para la expedición del Certificado de Presencia de Comunidades Etnicas. Agregó que dicho trámite es dispendioso y extenso, **“y que no se podían iniciar actividades hasta que no se surtiera dicha certificación, para la cual se requería de una nueva visita de verificación realizada por un funcionario profesional en antropología, con el fin de realizar un estudio etnológico, y así realizar dicha certificación”**.

Contestación de la acción

1. El apoderado del Instituto Nacional de Vías, INVIAS, solicitó negar la tutela incoada por no existir vulneración de los derechos fundamentales de la comunidad indígena (fl.37).

El INVIAS celebró contrato No. 850-09 con el Consorcio Metrocorredores 3 el 9 de julio de 2009, para realizar los estudios y diseños, gestión social, predial, ambiental y mejoramiento del proyecto “Corredor del Sur” que comprende una carretera construida desde 1958 en el Departamento del Putumayo desde el puente de San Miguel (frontera con el Ecuador) hasta Santa Ana, comunicando las poblaciones de San Miguel, La Hormiga, Yarumo y Santa Ana.

Como en el proyecto se evidenció la presencia de grupos étnicos, el INVIAS, mediante comunicado de 14 de agosto de 2008 solicitó la certificación de los mismos. Por lo anterior, el Ministerio del Interior, por Oficio de 23 de enero de 2003, registró la presencia de los resguardos Yarinal y San Marcelino sin mencionar el de Santa Rosa del Guemuéz.

En caso de que los diseños afecten comunidades étnicas certificadas, el Consorcio Metrocorredores 3, adelantará el proceso de consulta previa para respetar los derechos fundamentales e identidad cultural.

2. El Ministerio de Transporte a través del Director Territorial Nariño, solicitó la exclusión de dicha entidad porque el proyecto vial lo está realizando INVIAS (fl.66).

La obra pública objeto de tutela beneficia no sólo a la región sino a todo el Departamento del Putumayo y a la Nación entera porque representa la generación de riqueza y empleo abriendo las puertas de la competitividad, además, no se trata de la construcción de una vía sino de la pavimentación de una que ya existe.

Para fundamentar la exclusión de ese Ministerio, transcribió apartes de sentencias del Tribunal Administrativo de Nariño y del Consejo de Estado en las que se tratan temas de infraestructura vial a cargo de la Nación concluyéndose que las mismas están a cargo del INVIAS y no de la Cartera de Transporte.

3. La Coordinadora del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia manifestó que se encuentra adelantando el trámite para proferir la Certificación de Presencia de Comunidades Etnicas solicitado por el Consorcio Metrocorredores 3, (requisito para determinar la procedencia de la consulta previa), pues se encontró la presencia de una comunidad diferente a las relacionadas en la certificación expedida el 3 de agosto de 2008 (fl.71).

El trámite requirió de una nueva visita de verificación porque el Consorcio no relacionó la información requerida para el efecto, como las fuentes de material de arrastre y botaderos, razón por la que fue imposible expedir la certificación.

El 27 de enero de 2010 el Ministerio del Interior realizó una nueva visita de verificación que evidenció la necesidad de un estudio etnológico por parte de un profesional en antropología, precisamente por ser ese Despacho el garante del derecho fundamental de la consulta previa.

Aclaró que es de conocimiento del INVIAS y del Consorcio que no se puede adelantar ninguna actividad del proyecto hasta cuando se expida la certificación y se realicen las consultas previas.

Análisis de la Sala

Lo pretendido por el Resguardo Indígena Santa Rosa del Guamuéz es que se suspenda la pavimentación de la carretera programada dentro del proyecto “Corredor del Sur y Marginal de la Selva” hasta que se realice la consulta previa con esa comunidad indígena pues, al parecer, el proyecto vial afecta su territorio.

Para lograr la efectiva participación de los pueblos indígenas, el Estado Colombiano, mediante la Ley 21 de 4 de marzo de 1991, aprobó el Convenio 169 de la OIT, adoptado en la reunión de la Conferencia General de 1989, relacionado con pueblos indígenas y tribales en países independientes **“que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”** o los considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización(...).”.

Los artículos 6 y 7 del Convenio establecen lo siguiente:

“Artículo 6.

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

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; (subraya la Sala)

(...).

Artículo 7.

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de 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.

(...).”.

Posteriormente, la Constitución Política en sus artículos 7 y 8, reconocen la diversidad étnica e imponen la obligación al Estado de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación. En relación con el territorio de las

comunidades y la participación democrática de las mismas en la ejecución de decisiones que los afectan, los artículos 63 y 330 de la Carta Política determinan lo siguiente:

“Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables...”.

ARTICULO 330. De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:

1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.

(...)

PARAGRAFO. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades... (subraya la Sala)”.

Las disposiciones mencionadas conforman el bloque de constitucionalidad aplicable a las comunidades indígenas que habitan el territorio nacional otorgándoles una protección especial para la preservación cultural de los pueblos y la conservación de los territorios que habitan.

La concreción del amparo se evidencia en la obligación que tiene el Gobierno de consultar a las comunidades indígenas las medidas legislativas y administrativas que puedan afectarlos en forma directa.

En este sentido el parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política determina expresamente la participación de los pueblos indígenas en la adopción de medidas que impliquen la explotación de los recursos naturales en sus territorios.

Lo anterior no implica que la consulta a los pueblos indígenas deba realizarse sólo cuando las decisiones administrativas o legislativas impliquen la explotación de los recursos naturales porque, como ya se indicó, el Convenio 169 de la OIT, que integra el bloque de constitucionalidad, fija tal procedimiento en todos los casos en que se afecte la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas.

En relación con la consulta previa a los pueblos indígenas, la Corte Constitucional en sentencia SU-383-03¹, manifestó:

“(…)

a) Esta Corte ha sostenido, de manera reiterada, dada la especial significación que para la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales comporta su participación en las decisiones que puedan afectarlos, mediante el mecanismo de la consulta previa, que éste es un derecho fundamental, “pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar por ende su subsistencia como grupo social”.

Ahora bien, no existe en el ordenamiento un mecanismo distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados, a fin de asegurar su derecho a subsistir en la diferencia, por consiguiente compete al Juez de Tutela emitir las ordenes tendientes a asegurar su supervivencia, en los términos del artículo 86 de la Carta.

(…)

La jurisprudencia de esta Corporación atinente a los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en la Carta Política es abundante, de manera que sólo se hará referencia a las decisiones en las que se ha considerado la consulta previa, como instrumento acorde con el reconocimiento a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.

1. En este orden de ideas, vale recordar que mediante sentencia T-428 de 1992 fue amparado el resguardo indígena de la localidad de Cristianía que demandó la suspensión de las obras que se adelantaban en su territorio con el objeto de ampliar una carretera de interés nacional.

Para el efecto la Sala consideró, no obstante el indiscutible interés general de la obra que se adelantaba y sin desconocer lo prevalente de dicho interés, que ninguna disposición del ordenamiento constitucional puede interpretarse de manera que justifique “la violación de los derechos fundamentales de unos pocos en beneficio del interés de todos”, como quiera que “el progreso social no puede construirse sobre la base del perjuicio individual así se trate de una minoría o incluso de una persona”, y la “protección de los derechos fundamentales no esta sometida al vaivén del interés general; ella es una norma que encierra un valor absoluto, que no puede ser negociado o subestimado”.

Y en referencia al Convenio 169 de la OIT destacó la necesidad de respetar el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados, en cuanto el pacto i) “representa una clara manifestación concreta del sentido adoptado en esta materia por la Carta vigente”, ii) el artículo 4° del instrumento ordena “adoptar las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes,

¹ Sentencia de 13 de mayo de 2003, M.P. DR. Alvaro Tafur GALVIS

el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados", y iii) el postulado de que éstas medidas no sean "contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados", fue elevado "parcialmente a norma constitucional en artículo 330 de la Carta".

(...)

En consecuencia la Corporación consideró que salvo en materia de la explotación de recursos naturales, evento en que la consulta previa está reconocida por el artículo 330 de la Carta Política de manera explícita, deberá determinarse en cada caso cuándo el mecanismo de la consulta resulta obligatorio, con fundamento en los lineamientos constitucionales y legales establecidos para el efecto, "estos últimos en la medida en que no desvirtúen el objeto y finalidad del pluricitado Convenio, ni contraríen la plena vigencia de los derechos fundamentales de tales etnias."

Las anteriores consideraciones permiten concluir que las comunidades indígenas tienen derecho a que se les consulten las decisiones administrativas o legislativas que los afecten y en caso de no agotarse tal procedimiento podrán acudir a la acción de tutela para lograr la protección de sus derechos fundamentales que, en estos casos, incluye el de la subsistencia de la diversidad étnica, especialmente protegida por la Constitución Política.

La medida administrativa cuestionada en el sub lite se refiere a la pavimentación de una carretera que hace parte del proyecto vial del "Corredor Sur y Marginal de la Selva" cuya realización fue adjudicada por el Invías al Consorcio Metrocorredores 3, en julio de 2009.

Tratándose del respeto a la diversidad étnica no es de recibo suponer, como lo hizo el A quo, que una obra vial como la que se presenta en este caso "significará un factor de desarrollo y mejoramiento de sus condiciones de vida y trabajo" atendiendo el interés general, por el contrario, debe consultarse a la comunidad indígena que habita el territorio de influencia del proyecto si la misma incide en su forma de vida, afectará la autoderterminación de su proceso de desarrollo, su forma de vida, creencias, instituciones y bienestar espiritual, pues son precisamente esas condiciones especiales las que se pretenden proteger a través de la consulta previa a las comunidades indígenas.

En el caso concreto, la consulta previa al Resguardo Indígena Santa Rosa del Guamuéz no se ha iniciado, según el Ministerio del Interior y de Justicia (fl.71),

porque se requiere de la expedición del certificado en el que conste la presencia de ese grupo en el área de influencia del proyecto.

En relación con éste requisito el Decreto 1220 de 2005², dispone en el capítulo IV el procedimiento para la obtención de licencias ambientales, fijando en el artículo 24 lo siguiente:

“El Formato Unico Nacional de Solicitud de Licencia Ambiental a que se refiere el artículo 22, contendrá los datos del solicitante, la relación de los recursos naturales renovables que requiere utilizar para el desarrollo del proyecto, la manifestación de afectación o no al Sistema de Parques Nacionales Naturales, sus zonas de amortiguación, cuando estas estén definidas, o a otras áreas de manejo especial. Adicionalmente deberá anexar la siguiente documentación:

(...)

**g) Certificado del Ministerio del Interior y de Justicia sobre comunidades indígenas y/o negras tradicionales;
(...)”.**

Lo anterior evidencia que el certificado de presencia de grupos étnicos se requiere para la expedición de la licencia ambiental a favor del Consorcio al que se le adjudicó la realización de la obra pero no para el inicio de la consulta previa, pues como ya se indicó, la misma no se debe limitar a los casos de explotación de recursos naturales en territorios indígenas sino que debe realizarse en todos los casos en que las comunidades se vean afectadas de manera directa con las decisiones, es decir, que dicho trámite, no es excusa para retrasar la consulta, máxime si se tiene en cuenta lo siguiente:

La certificación de presencia de grupos étnicos fue solicitada por el INVIAS en agosto de 2008, y fue resuelta por el Ministerio del Interior indicando que se **“REGISTRA presencia de comunidades indígenas en el área de influencia del proyecto ... resguardo Yarinai y San Marcelino (,,)”**.

El Consorcio Metrocorredores, al verificar la existencia de otro grupo étnico, hizo una nueva solicitud en julio de 2009, que no ha sido resulta porque si bien es cierto hay presencia de comunidades indígenas diferentes a las relacionadas, con las que al parecer ya se inició el trámite de consulta, también lo es que la visita

² Reglamenta la Ley 99 de 1993, sobre licencias ambientales

realizada en enero de 2010 “**vislumbra la necesidad de efectuar un estudio etnológico**”.

La Sala concluye que la demora presentada en el trámite de la certificación de presencia de grupos étnicos no sólo ha truncado el inicio de la consulta previa con el Resguardo de Santa Rosa del Guamuéz, sino que también ha ocasionado el retraso de la obra, generando, posibles sobrecostos.

Los retrasos mencionados no fueron justificados en el trámite de la presente acción, por el contrario, el Ministerio del Interior y de Justicia, desde 2009, ha verificado la presencia de otro grupo étnico en el territorio de influencia de la obra y en enero de 2010 advirtió la necesidad de un estudio etnológico que no ha realizado.

En este orden de ideas, el fallo impugnado que negó las pretensiones será revocado para en su lugar tutelar los derechos fundamentales a la diversidad e integridad étnica y cultural, y de participación del Resguardo Indígena Santa Rosa del Guamuéz y, en consecuencia, se ordenará la suspensión de la obra en el tramo que afecta el territorio de la comunidad mencionada, hasta que se agote la consulta previa.

Para tal efecto, el Ministerio del Interior y de Justicia deberá, en el término de un mes contado a partir de la notificación del presente fallo, realizar las gestiones necesarias para determinar si el Resguardo Santa Rosa del Guamuéz está ubicado en el territorio de influencia del proyecto y, si ello es así, inicie y culmine el procedimiento de consulta durante los tres meses siguientes, teniendo en cuenta que la misma debe realizarse aún cuando no se trate de la explotación de recursos naturales.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1. Revócase la providencia impugnada de 19 de abril de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, que negó la tutela incoada por el Resguardo Indígena Santa Rosa del Guamuéz.

En su lugar se dispone:

2. Tutélanse los derechos fundamentales a la diversidad e integridad étnica y cultural, y de participación del Resguardo Indígena Santa Rosa del Guamuéz, Pueblo Kofan.

3. Ordénase al Ministerio del Interior y de Justicia, Coordinadora del Grupo de Consulta Previa, que en el término de un mes contado a partir de la notificación del presente fallo, realice las gestiones necesarias para determinar si el Resguardo Santa Rosa del Guamuéz está ubicado en el territorio de influencia del proyecto y, si ello es así, inicie y culmine el procedimiento de consulta durante los tres meses siguientes, teniendo en cuenta que la misma debe realizarse aún cuando no se trate de la explotación de recursos naturales.

4. El Tribunal Administrativo de Nariño deberá verificar que la orden impartida se cumpla en los términos previstos; para tales efectos el Ministerio del Interior y de Justicia deberá informarle a tal Corporación las gestiones adelantadas en cumplimiento de la sentencia.

Cópiese, notifíquese, remítase copia al Tribunal de origen y envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

La presente providencia fue discutida y aprobada en Sala de la fecha.

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE
En comisión

GUSTAVO E. GOMEZ ARANGUREN
En comisión

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

ALFONSO VARGAS RINCON

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO