

Auto 053/12

Referencia: Solicitudes de nulidad de la sentencia T-769 de 2009, presentadas por el Director Jurídico del entonces Ministerio del Interior y de Justicia y el apoderado de la compañía Muriel Mining Corporation.

Expediente T-2315944. Acción de tutela instaurada por Álvaro Balarín y otros, contra los entonces Ministerios del Interior y de Justicia; de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; y de la Protección Social; al igual que los de Defensa y de Minas y Energía.

Magistrado ponente:
NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá, D.C., doce (12) de marzo de dos mil doce (2012)

Procede la Sala Plena de la Corte Constitucional a decidir sobre sendas solicitudes de nulidad, presentadas por el Director Jurídico del otrora Ministerio del Interior y de Justicia y el apoderado de la compañía Muriel Mining Corporation, contra la sentencia T-769 de octubre 29 de 2009, proferida por la entonces Sala Séptima de Revisión.

I. ANTECEDENTES.

1. Recuento de los hechos y de la actuación, que culminó con la expedición de la sentencia T-769 de 2009.

Los señores Álvaro Balarín, Benerito Domico, Hugo Rentería Durán, Germán Pernía, Argemiro Balarín Balarín, José Miguel Majore Balarín, Zaginimbi Balarín, Macario Cuñapa Balarín, Andrés Domico y Javier Balarín Carupia (miembros de la Comunidad Bachidubi, Resguardo Río Murindó), interpusieron tutela en abril 23 de 2009, contra los entonces Ministerios del Interior y de Justicia; de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; y de la Protección Social, al igual que los de Defensa y de Minas y Energía, al estimar que le fue otorgada a la empresa Muriel Mining la exploración y explotación de una mina ubicada en territorio indígena, sin haberse efectuado la consulta previa correspondiente.

La referida acción fue resuelta mediante sentencia T-769 de 2009, proferida en octubre 29 de 2009, en la cual se accedió a las pretensiones de los actores, pues no fue realizada previamente la consulta a la población indígena asentada en el territorio donde la empresa accionada ejecutará el proyecto.

En abril 14 de 2004, la compañía Muriel Mining Corporation presentó un proyecto de contrato de concesión de Mandé Norte, para la exploración y explotación de yacimientos “*de cobre, oro, molibdeno y minerales concesibles*”, en los departamentos de Antioquia y Chocó.

En febrero 4 de 2005, el Gobernador de Antioquia suscribió el “*Contrato Único de Concesión Minera*”, con la sociedad Muriel Mining Corporation, en el cual se estableció un término de duración de 30 años, prorrogable por el mismo período.

Anotaron los accionantes que en marzo 27 de 2006, se dio inicio en Murindó al “*proceso de apertura de información de la consulta previa*”, al cual asistieron el Consejo Comunitario Mayor, el Cabildo Mayor de dicho municipio, “*un delegado de Ingeominas, otro de la dirección de etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, un representante del Ministerio de Minas, el gerente de la empresa MMC... 29 personas entre gobernadores y personas de las comunidades afrodescendientes y mestizas... que no tenían capacidad decisoria, para pactar acuerdos*”.

Igualmente, señalaron los actores que en marzo 28 siguiente se realizó una reunión de información de consulta previa en el municipio de Carmen del Darién, con el Consejo Comunitario Mayor, el Cabildo Mayor y el Consejo Comunitario del Curvaradó, los cuales tampoco tenían potestad para decidir “*sobre aspectos de los territorios ancestrales de la comunidades negras e indígenas de la cuenca del Jiguamiandó*”. Así, sostuvieron los actores que algunas de las comunidades que se ven afectadas por el proyecto Mandé Norte, no se encontraban representadas.

Adicionalmente, indicaron que en la referida reunión no estuvieron presentes los representantes de las comunidades del río Jiguamiandó, las cuales son Nueva Esperanza, Pueblo Nuevo, Bella Flor Remacho y Uradá; las comunidades del Resguardo del río Murindó, conformadas por Guagua, Isla, Ñaragué, Rancho Quemado, Coredó, Turriquitadó Alto y Llano; ni el Resguardo de Uradá Jiguamiandó, en donde se encuentran las comunidades Coredocito-Alto Guayabal, Nueva Cañaveral y Uradá.

Sostuvieron que en abril 28 siguiente, se realizó otra reunión “*interétnica*” de las comunidades indígenas y afrodescendientes de Carmen del Darién, con el objeto de discutir el proyecto Mandé Norte, donde estuvieron presentes las comunidades de Puerto Lleras, Pueblo Nuevo del Río Jiguamiandó, cuatro consejeros del municipio de Darién y el señor Manuel Moya Lara¹, actuando como representante legal de la comunidad de Carmen del Darién, donde se estuvo “*de acuerdo con la primera fase de exploración del proyecto*”.

¹ “*La actuación del Consejo Comunitario Mayor de Carmen del Darién, representado por Manuel Moya Lara, es inexistente e ilegal, porque éste incurrió en el delito de fraude procesal por firmar una consulta previa en la cual él no era el representante, investigación que se adelanta desde septiembre 18 de 2007, en la Fiscalía 88 Seccional*” (pág. 4 de la sentencia objeto de las peticiones de nulidad).

No obstante, las personas que se encontraban presentes indicaron no tener permiso “*de las autoridades indígenas para participar*”, sin embargo, apoyaron la propuesta de las comunidades negras (pág. 4 de la sentencia).

Manifestaron los actores que en abril 29 de 2007, se efectuó una convocatoria del entonces Ministerio del Interior y de Justicia, con el objeto de protocolizar mediante acta la “*consulta previa entre las comunidades negras de Carmen del Darién, Puerto Lleras, Curvaradó, y Pueblo Nuevo con la empresa MMC para el proyecto minero Mandé Norte*”; dicha acta también fue firmada por el señor Manuel Moya Lara, entre otras personas (p. 4 ib.).

En junio 20 de 2007, se ejecutó en Murindó una reunión con la Dirección de etnias del Ministerio del Interior y con la comunidad del Consejo Mayor de Murindó, donde estuvieron presentes “*20 personas de algunas comunidades, tres personas de la empresa MMC*”, en la cual acordaron algunos puntos del proyecto (p. 4 ib.).

En noviembre 1° siguiente, se celebró una nueva reunión en Murindó con algunos miembros del “*Cabildo Mayor de Carmen del Darién, Cabildo Menor de Uradá y del Cabildo Mayor Indígena del Bajo Atrato (CAMIZCA)*”, donde también estuvieron presentes “*10 personas de las comunidades, un delegado del Ministerio de Justicia, una persona delegada de Corpouraba*”, en la cual el representante del otrora Ministerio del Interior y de Justicia señaló que “*se trataba del proceso de preconsulta para la etapa de exploración minera*” (p. 4 ib.).

Igualmente, un representante del Cabildo de “*Chogorodó*” expresó su oposición “*respecto a la manera como se ha adelantado el proceso de consulta previa*”, cuestionando que “*transcurridas 4 reuniones y 11 meses al momento de haber iniciado el proceso de socialización, hasta ahora se haya dado el espacio para oír a las comunidades indígenas del Carmen del Darién*” (p. 5 ib.).

Los demandantes afirmaron que en septiembre 3 de 2007, “*se llevó a cabo reunión con las comunidades del Carmen del Darién, Cabildo Menor de Uradá y Coredocito, Cabildo Mayor Indígena del Bajo Atrato. En esta reunión los asistentes pertenecientes a los cabildos mencionados y miembros de las comunidades presentaron una serie de propuestas buscando la aceptación de la empresa y así dar por finalizada la etapa de consulta previa para el proyecto de exploración*”, considerando necesario dejar en claro “*que estas personas no tenían la autorización de los cabildos mayores y organizaciones indígenas a la cual pertenecían, para negociar*” (pág. 5 ib.).

El señor Mario Domico envió carta al gerente de la empresa MMC en septiembre 17 de 2007, “*haciendo una serie de solicitudes de orden material, encaminadas a remediar algunas carencias que existen en el Resguardo a cambio del desarrollo del proceso de exploración*”; no obstante, el día 27 del mismo mes y año, la Organización Indígena de Antioquia informó a la

Dirección de Etnias del entonces Ministerio del Interior y de Justicia, que *“según versiones de los Embera de la Zona del Bajo Atrato, desde el año 2006 la Muriel Mining Corporation ha hecho intentos de soborno a algunos miembros de las comunidades de Carmen del Darién ofreciendo dinero y botes, para que les autoricen la exploración”* (pág. 5 ib.).

Agregaron que *“a la fecha se tiene protocolizada el acta de consulta previa con el Consejo Mayor de Murindó y Consejo Mayor de Curvaradó; refiere que el Cabildo Mayor de Murindó se retiró del proceso y el Cabildo Mayor de Carmen del Darién Camicad, junto con el Cabildo Mayor de la Zona del bajo Atrato... llevándose a cabo las reuniones que la metodología de la consulta previa exigía, es decir, la etapa de información sobre el proyecto”* (p. 5 ib.).

Refirieron los actores que mediante carta de abril 20 de 2008, dirigida al antes Ministerio del Interior y de Justicia, las comunidades afrocolombianas y mestizas *“enfatan objeción al proceso de consulta previa que se venía adelantando”* por parte de dicha cartera y la Muriel Mining. Sin embargo, después de los diferentes rechazos de la consulta por parte de la comunidad, dicho Ministerio continuó el proceso (pág. 6 ib.).

Anotaron que en agosto 7 siguiente, se realizó otra reunión con el fin de conformar el comité de seguimiento. No obstante, en el acta respectiva se encuentran firmas de varios representantes de comunidades indígenas que no tenían autorización para participar en dicha convocatoria.

Los demandantes indicaron que el proyecto Mandé Norte abarca parte de los territorios del Resguardo Indígena *“Embera de Uradá Jiguamiandó”* y afecta *“a más de once comunidades indígenas, dos comunidades negras y un número indeterminado de comunidades campesinas”*. Además, adujeron que la ejecución del proyecto perturba directamente *“los territorios ancestrales de otras comunidades indígenas cuyos asentamientos y resguardos se encuentran en los municipios de Frontino Murry, Urrao, Vigía del Fuerte, Carmen del Darién y... Murindó”* (pág. 6 ib.).

Aseveraron que el proyecto genera un grave impacto ambiental, que *“pone en riesgo la biodiversidad”*, dado que la zona motivo de explotación y exploración es *“rica en especies endémicas de flora y fauna - ocupa el segundo lugar en el mundo en especies de aves”*; indicaron que *“la extracción, el refinado, el uso dispersivo y los residuos de los metales y los minerales pueden causar problemas ambientales locales significativos”*.

En el mismo sentido señalaron que afecta *“las cabeceras de los ríos, nacimientos de aguas que sirven como fuente directa a las comunidades para su consumo”*, donde se generaría un impacto ambiental en los *“cultivos de pancoger, los animales y la salud de las personas, significando con esto la pérdida de las economías tradicionales, base de la supervivencia... de los pueblos indígenas y tribales”* (p. 7 ib.).

Por lo anterior, solicitaron que se invalide “*el supuesto proceso de consulta interna que según la empresa y el Ministerio del Interior se ha venido adelantando por cada uno de los vicios aquí enumerados y que en su lugar se ordene nuevamente la realización de una consulta que reúna el verdadero sentir de todos los miembros de las comunidades y los requisitos de forma y de fondo que está exige*” (pág. 7 ib.).

2. La sentencia T-769 de 2009 de la Corte Constitucional.

Negada la tutela el 23 de abril de 2009 por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, llegó por impugnación a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó en mayo 27 de 2009; el asunto fue seleccionado en esta corporación y repartido a la entonces Sala Séptima de Revisión, la cual mediante la sentencia T-769 de octubre 29 de 2009 revocó el fallo de segunda instancia y dispuso conceder la protección de los derechos al debido proceso, a la consulta previa y a la existencia, autonomía, integridad e identidad cultural y social de las comunidades autóctonas, al igual que las riquezas naturales de la Nación.

2.1. Tal determinación fue basada, como primer enfoque, en la diversidad étnica y cultural de Colombia (art. 7° Const.), principio fundamental proyectado desde el carácter democrático, participativo y pluralista de la República, donde las comunidades indígenas, definidas como conjuntos de familias de ascendencia amerindia, que comparten sentimientos de identidad con su pasado aborigen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional, al igual que formas de gobierno y control social internos que las diferencian de otras comunidades (D. 2001 de 1988, art. 2°), gozan de un rango constitucional especial.

Así, forman una circunscripción especial para la elección de congresistas (arts. 171 y 176 Const.); ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de acuerdo con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes (art. 246 ib.); se gobiernan por consejos indígenas, según sus usos y costumbres, de conformidad con la Constitución y la ley (art. 330 ib.) y sus territorios o resguardos son de propiedad colectiva, de naturaleza inajenable, inalienable, imprescriptible e inembargable (arts. 63 y 329 ib.)².

En cuanto al derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios que habitan, se indicó que reviste una importancia esencial para la cultura y valores espirituales, que es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso nacional³, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con su hábitat, no sólo por encontrar allí su principal medio de subsistencia, sino porque constituye un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes.

² T-254 de mayo 30 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³ Ley 21 de 1991, aprobatoria del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra, 1989.

Adicionalmente, en cuanto a la explotación de recursos naturales en los territorios tradicionalmente habitados por los pueblos indígenas, se puntualizó que debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a su integridad social, cultural y económica, que configura un derecho fundamental para la comunidad, por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Esta Corte ha custodiado la protección que debe el Estado a tales pueblos y, de manera muy especial, ha considerado que en esos casos, su derecho a ser previamente consultados tiene carácter fundamental⁴.

2.2. En lo atinente al segundo acápite de la sentencia cuya nulidad ha sido pedida, acerca del significado de la consulta previa se reiteró que la carta política otorga especial protección al derecho de participación de los grupos étnicos en las decisiones que los afectan (arts. 7 y 70 Const.)⁵, explicándose que dicho especial amparo implica un proceso mediante el cual el Estado garantiza a las autoridades respectivas y a las comunidades implicadas, directamente la participación y el acceso a la información sobre un programa o plan que se pretenda realizar en su territorio, buscando que participativamente sean identificados los impactos positivos o negativos del proyecto o programa respectivo, buscando salvaguardar la idiosincrasia de los pueblos indígenas y tribales que habitan el país.

Para lograr tal objetivo, se anotó en el fallo T-769 de 2009 que la participación activa y efectiva de los pueblos es clave en la toma de las decisiones que deban ser adoptadas, acordadas o concertadas, en la medida de lo posible.

Así se señaló que los procesos de consulta, que constituyen una forma de participación democrática específica, se encuentran regulados en el artículo 330 superior, con un sustento adicional en el Convenio 169 de la OIT, aprobado por Colombia mediante Ley 21 de 1991, el cual fue adoptado con base en una nueva aproximación a la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo, siendo preciso eliminar la orientación hacia la asimilación que se había venido manejando, para, en su lugar, asentar el principio conforme al cual las estructuras y formas de vida de tales pueblos son permanentes y perdurables, dado el interés en que el valor intrínseco de sus culturas sea salvaguardado⁶.

Igualmente, se manifestó que el Convenio 169 tiene especial connotación y desarrollo en el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la participación en la adopción y la aplicación de las decisiones que los afectan, aspecto que está previsto en distintas disposiciones del Convenio y que, de manera general, se desarrolla en sus artículos 6° y 7°, que enfatizan la necesidad de que, para la aplicación de las disposiciones del Convenio, se asegure la participación de las comunidades, se establezcan mecanismos adecuados de

⁴ SU-039 de febrero 3 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

⁵ Cfr. al respecto, C-169 de febrero 14 de 2001, M. P. Carlos Gaviria Díaz; SU-383 de mayo 13 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis; C-620 de julio 29 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-208 de marzo 21 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil; entre otras.

⁶ SU-383 de 2003, antes referida; y la C-030 de enero 23 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

consulta, se adelanten procesos de cooperación y se respete el derecho de estos pueblos a *“decidir sus propias prioridades en lo que atañe al 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”*.⁷

De este modo, se apreció en la sentencia T-769 de 2009 que en el marco del citado Convenio, surgen dos grandes conjuntos de compromisos para los Estados signatarios: i) se orienta a promover las condiciones que permitan el desarrollo de los pueblos indígenas y tribales de un modo que respete la diversidad étnica y cultural, asegure los espacios de autonomía requeridos para ello y se desenvuelva en un marco de igualdad, que específicamente se refiere *“a su relación con las tierras o territorios, a las condiciones de trabajo, a aspectos relacionados con la formación profesional, la artesanía y las industrias rurales, a salud y seguridad social; a educación y medios de comunicación y a contactos y cooperación a través de las fronteras”*⁸; ii) se alude a la manera como deben adoptarse y ponerse en ejecución esas medidas, que tienen como elemento central la participación y el respeto por la diversidad y la autonomía.

Además, se indicó que el Convenio se refiere de manera expresa a los compromisos de los Estados signatarios, orientados a que, en la aplicación del mismo, se garanticen los espacios de participación y consulta compatibles con su objetivo central, aspecto que, de manera general, es desarrollado en su artículo 6°.

Igualmente se expresó que, al adoptarse medidas en aplicación del Convenio, cabe distinguir dos niveles de afectación de los pueblos nativos: el que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les competen, evento en el que debe hacerse efectivo un derecho general de participación; y el que atañe a las medidas administrativas o legislativas que puedan afectarlos directamente, caso para el cual se ha previsto un deber de consulta.

Por otra parte, en cuanto al derecho general de participación, la sentencia cuya nulidad se pretende refirió que el Convenio se orienta a *“obtener que se garanticen a los pueblos interesados unas oportunidades de participación que sean, al menos, equivalentes a las que están a disposición de otros sectores de la población, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan”*.⁹

Lo anterior, con fundamento en los artículos de la Constitución 1°, que consagra el ámbito de la democracia participativa; 2°, con el mandato general conforme al cual debe promoverse la participación de todos en los asuntos que

⁷ Convenio 169, artículo 7.

⁸ C-030 de 2008, ya citada.

⁹ C-461 de mayo 14 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

los afecten; y 13, que dispone una garantía general de igualdad que proscribire toda forma de discriminación y contempla la obligación de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptar medidas a favor de grupos discriminados y marginados¹⁰.

Desde allí emerge la consulta previa como uno de los medios de participación, para alcanzar la inclusión de las comunidades indígenas y afrodescendientes. Así, las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, referido como consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación.¹¹

Adicionalmente, se expresó en la sentencia C-208 de 2007, precitada, que el Estado tiene la obligación de consultar previamente a los grupos étnicos cada vez que se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente, por *“expresión concreta 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”*.

En dicho segundo acápite de la sentencia atacada, se fijaron tres aspectos en torno al alcance y al contenido del deber de consulta previa¹²:

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 frente a aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos. Igualmente, se precisó que no todo lo concerniente *“a los pueblos indígenas y tribales está sujeto 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”*.

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”*.

¹⁰ C-030 de 2008, antes citada.

¹¹ C-208 de 2007, antes señalada; y C-418 de mayo 28 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

¹² C-030 de 2008, precitada.

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

Al respecto, se anotó también en la sentencia que el procedimiento de consulta no queda librado completamente a la discrecionalidad de las autoridades gubernamentales y que, tal como *“se estableció por la Corte en relación con el Decreto 1320 de 1998, cuando dicho procedimiento no se sujete a las previsiones del Convenio 169 y a las disposiciones constitucionales, se puede disponer su inaplicación”*¹³.

Igualmente¹⁴ se indicó que la consulta es una relación de comunicación y entendimiento, signada por el mutuo respeto y la buena fe, entre los voceros de los pueblos indígenas y tribales y las autoridades, para procurar¹⁵:

¹³ *“En la Sentencia SU-383 de 2003 la Corte puso de presente que ‘por haber expedido el Decreto 1320 de 1998 sin recurrir a la consulta previa y debido a que la consulta que la norma diseña no se ajusta a los dictados del Convenio 169, las reclamaciones presentadas por la Asociación Médica Sindical Colombiana y por la Central Unitaria de Trabajadores ante la Oficina Internacional del Trabajo fueron admitidas por el Consejo de Administración por recomendación de la Mesa –276ª y 277ª reuniones- y culminaron con la aprobación, por parte del Consejo de Administración, de las recomendaciones de la Comisión de Expertos, las que coinciden en la necesidad de solicitar al Gobierno Nacional la modificación del Decreto 1320 de 1998’.”*

¹⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante sentencia de noviembre 28 de 2007, al resolver el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, manifestó: *“... al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (supra párr. 129). Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones.”*

¹⁵ Es importante aclarar que frente a la decisión de la Corte Interamericana, esta corporación en sentencia C-616 de junio 13 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil, señaló: *“El legislador y la administración deben respetar los mandatos constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad, en virtud del artículo 93 de la Constitución, uno de los cuales es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para lo cual deben tener en cuenta las interpretaciones que los órganos autorizados han hecho sobre el alcance de los derechos que reconocen estas normas, en este caso la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos.”*

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

b) que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como se van a realizar los proyectos y como pueden llegar a afectar o menoscabar los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares;

c) que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses, y pronunciarse sobre la viabilidad del mismo.

Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.

Por ello, se manifestó que el Gobierno tiene el deber de promover la consulta cuando se trate de proyectos que sean de su iniciativa, debiendo desarrollarse una “*Mesa Permanente de Concertación*” con cada uno de los pueblos y organizaciones indígenas y afrodescendientes que se encuentren afectados¹⁶, creada por el Decreto 1397 de 1996, u otros mecanismos pertinentes, para definir en ese escenario cuales serían las instancias y los mecanismos de consulta más adecuados; igualmente, la entidad encargada debe brindarle a las comunidades, en un momento previo a la realización de la consulta y del acta, “*las debidas oportunidades para que ellas no sólo conozcan a fondo el proyecto sino, sobre todo, para que puedan participar activamente e intervenir en su modificación, si es preciso*”.

Así, se coligió que ese proceso de consulta puede entenderse cumplido cuando exista evidencia de que antes de radicar el acta de formalización de la consulta, su texto se haya divulgado entre las comunidades interesadas, avanzada la ilustración de tales grupos sobre su alcance, y abierto los escenarios de discusión que sean apropiados.

iii) Finalmente, en cuanto a la consecuencia jurídica de la omisión frente al deber de consulta, en la sentencia T-769 de 2009, cuya nulidad se impetra, se precisó que el desconocimiento generaría una situación de incumplimiento susceptible de evaluación y control, a través de las correspondientes instancias internacionales.

¹⁶ C-461 de 2008, ya referida.

Sin embargo, se señaló que el deber de consulta que emana del Convenio 169 de la OIT se integra a la Constitución y que, específicamente, *“ha sido considerado como una expresión de un derecho fundamental de participación, vinculado en este caso específico al también fundamental derecho a la integridad cultural, social y económica”*. Así, la omisión de la consulta en aquellos asuntos en los que la misma resulte imperativa a la luz del Convenio, tiene consecuencias inmediatas en el ordenamiento interno.

Este derecho de consulta es susceptible de amparo constitucional, por cuya vía las comunidades indígenas y afrodescendientes pueden obtener que no se hagan efectivas medidas que no hayan sido previa y debidamente consultadas y que se ordene la adecuada realización de las consultas que sean necesarias.

2.3. Frente al tercer acápite del fallo T-769 de 2009, sobre la exploración y explotación de recursos naturales en los territorios de los pueblos nativos, se manifestó en principio que la carta política, además de reconocer la diversidad étnica y cultural de la Nación (artículos 1° y 7°), impuso al Estado el deber de proteger sus riquezas, promoviendo y fomentando el desarrollo de todas las culturas en condiciones de igualdad.

A su vez, otorgó carácter oficial a las lenguas y dialectos indígenas y afrodescendientes y destacó el derecho de los integrantes de los grupos étnicos a optar por una formación que respete y desarrolle su identidad, promueva decididamente la conformación de las entidades territoriales indígenas, y asegure que la exploración y explotación de los recursos naturales se adelante sin desmedro de la integridad cultural, social y económica nativa (arts. 8°, 70, 13, 10°, 68, 246 y 330 Const.)¹⁷.

Así, se precisó que la exploración y explotación de los recursos naturales en los territorios nativos hace necesario armonizar dos intereses contrapuestos: la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en los referidos territorios para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (art. 80 Const.); y asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas y afrodescendientes que ocupan dichos territorios, es decir, amparar los elementos básicos que constituyen su cohesión como grupo social y que, por lo tanto, son el sustrato para su mantenimiento.

Por lo que se indicó, se debe buscar un equilibrio o balance entre el desarrollo económico del país que exige la explotación y exploración de dichos recursos

¹⁷ La Corte Interamericana sostuvo en el antes citado caso del pueblo Saramaka *“que la subsistencia cultural y económica de los pueblos indígenas y tribales, y por lo tanto de sus integrantes, depende del acceso y el uso a los recursos naturales de su territorio ‘que están relacionados con su cultura y que se encuentran allí’ y que el artículo 21 protege el derecho a dichos recursos naturales (supra párrs. 85-96). Sin embargo, el alcance de dicho derecho requiere de una mayor elaboración, especialmente en cuanto a la relación intrínseca entre la tierra y los recursos naturales que allí se encuentran, así como entre el territorio (entendido como comprendiendo tanto la tierra como los recursos naturales) y la supervivencia económica, social y cultural de los pueblos indígenas y tribales, y por ende de sus miembros.”*

y la preservación de la integridad, que es condición para la subsistencia de los grupos étnicos¹⁸.

Frente a la exploración y explotación de los recursos naturales en estos territorios protegidos, se anotó en la providencia reprochada que ha de hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades nativas, integridad que como se ha visto antes, configura un derecho fundamental para la comunidad, por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura.

Precisamente, para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación y exploración de recursos naturales en su hábitat, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar esas actividades.

De este modo, se señaló que el derecho fundamental de la comunidad a preservar la mencionada integridad, se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho, que también tiene carácter fundamental, en los términos del numeral 2° del artículo 40 de la Constitución, como es el de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones.

Por otra parte, se expresó que cuando no sea posible la concertación o acuerdo, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; así, ha de ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional, que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, donde además se deben arbitrar los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros.

Se precisó también en la providencia T-769 de 2009, que antes de realizarse dicha consulta previa, el Ministerio de Ambiente debía realizar un estudio detallado frente a la explotación y exploración de la naturaleza en los territorios nativos y así verificar dos aspectos: i) si existe vulneración de los derechos de los indígenas y afrodescendientes en su territorio; y ii) el impacto ambiental que se genera en dichas zonas. Por ende, si esa cartera informa al entonces Ministerio del Interior y de Justicia que no se cumple alguno de estos dos requisitos, será vinculante y ni siquiera se iniciaría la consulta previa¹⁹.

¹⁸ El párrafo del artículo 330 de la Constitución dispone: “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.”

¹⁹ En el precedente Saramaka se precisó: “En este caso en particular, las restricciones en cuestión corresponden a la emisión de las concesiones madereras y mineras para la exploración y extracción de ciertos recursos naturales que se encuentran dentro del territorio Saramaka. Por ello, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los Saramakas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante ‘plan de desarrollo o inversión’)¹⁹ que se lleve a cabo dentro del

Además, se citó el caso Saramaka en cuanto se anotó que *“cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones”*, realzando que existe diferencia entre *“consulta”* y *“consentimiento”*.

También se aludió a un estudio que realizó el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, en el cual se señaló: *“Siempre que se lleven a cabo proyectos a gran escala en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes no son capaces de entender, mucho menos anticipar. Los efectos principales... comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración y, en algunos casos, abuso y violencia.”*²⁰

En consecuencia, dicho Relator determinó que *“es esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo”*²¹.

De manera similar, se manifestó que otras organizaciones internacionales han señalado que, en determinadas circunstancias y adicionalmente a otros mecanismos de consulta, los Estados deben obtener el consentimiento de los pueblos tribales e indígenas para llevar a cabo planes de desarrollo o inversión a gran escala que tengan un impacto significativo en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales.²²

territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal.” (No está en negrilla en el texto original.)

²⁰ “ONU, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, supra nota 97, p. 2.”

²¹ “ONU, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, supra nota 97, párr. 66.”

²² El CEDR anotó que *“en cuanto a la explotación de los recursos que yacen en el subsuelo en tierras tradicionales de comunidades indígenas, el Comité observa que la mera consulta con estas comunidades no es suficiente para cumplir con los requisitos establecidos por el Comité en su recomendación general XXIII sobre los derechos de los pueblos indígenas. El Comité, por lo tanto, recomienda que se obtenga el consentimiento previo e informado de dichas comunidades”* (no está en negrilla en el texto original). Cfr. Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, *“... Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones Finales respecto de Ecuador (sesión sesenta y dos, 2003), ONU Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003, párr. 16.”*

Así, este acápite concluyó indicando que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional²³, entre otras consecuencias, por lo cual, en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea²⁴.

3. Las solicitudes de nulidad de la sentencia T-769 de 2009.

En abril 14 de 2010 fueron recibidas en la Secretaría General de la Corte Constitucional sendas peticiones de nulidad contra la sentencia T-769 de 2009, una del Director Jurídico del otrora Ministerio del Interior y de Justicia, y otra por el apoderado de la compañía Muriel Mining Corporation.

En lo que atañe a las razones de las solicitudes de nulidad, los peticionarios coinciden en alegar dos distintas circunstancias, a saber: i) presunto cambio de la jurisprudencia de esta Corte; y ii) la cosa juzgada constitucional.

Los solicitantes explican de la siguiente manera los defectos enunciados como justificativos de la nulidad que le atribuyen a la sentencia T-769 de 2009.

i) Cambio de jurisprudencia en relación con la consulta previa.

En este punto los solicitantes de la nulidad relacionan un gran número de sentencias de distintas Salas de Revisión de esta corporación, en las cuales se habría analizado, bajo un criterio uniforme, cuales deben ser las causales y el procedimiento de la consulta previa.

Según los peticionarios, de esos pronunciamientos se colige que: a) la consulta previa es un mecanismo de participación, el cual se considera derecho fundamental; b) su fuente se encuentra en varios artículos de la carta política y

²³ Autos 004 y 005 de enero 26 de 2009, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁴ La Corte Interamericana puntualizó en el caso del pueblo Saramaka: “*Es más significativo aún mencionar que el Estado reconoció, asimismo, que el ‘nivel de consulta que se requiere es obviamente una función de la naturaleza y del contenido de los derechos de la Tribu en cuestión’.* La Corte coincide con el Estado y además considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones.”

en la Ley 21 de 1991, por medio de la cual se adoptó el Convenio 169 de la OIT; c) el proceso de consulta pretende que las comunidades afectadas “*tengan pleno conocimiento y total ilustración sobre las actividades que se desarrollarán en sus territorios*”, para que puedan valorar sus ventajas o desventajas “*y expresar sus puntos de vista*”; d) lo ideal es que se llegue a un acuerdo entre las comunidades afectadas, “*pero si esto no es posible, la autoridad puede tomar una decisión unilateral, la cual debe estar desprovista de arbitrariedades y autoritarismo*”; e) conforme al literal d, han de establecerse “*mecanismos para mitigar los efectos que la medida de la autoridad produzca en la comunidades afectadas*” (f. 7 cd. nulidad 1).

Así, manifestaron que la sentencia modificó la línea jurisprudencial, “*al exigir la obtención del consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas cuando haya planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tenga mayor impacto en el territorio indígena*” (f. 21 ib.) y que la Sala Séptima de Revisión fijó una decisión contraria a la jurisprudencia de esta corporación sobre el tema planteado, lo que implica que se haya cambiado, sin la aquiescencia de la Sala Plena.

ii) Cosa juzgada constitucional.

El apoderado de la compañía Muriel Mining Corporation, manifestó que en la sentencia T-769 de 2009, a pesar “*de que ya existía otra providencia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, el 28 de enero de 2009, que decidió las mismas pretensiones, fundamentadas en los mismos hechos e incoada por las mismas partes*”, que falló a favor de los demandados, que son los mismos de la providencia reprochada (f. 23 ib.).

Además, en “*algunos apartes, las demandas son idénticas, lo que sirve de indicio para concluir que su autor es probablemente el mismo... es lógico concluir que existe identidad de objeto y de causa petendi*” (f. 23 ib.).

iii) Observación adicional.

El Director Jurídico del entonces Ministerio del Interior y de Justicia, frente a la obtención de la licencia ambiental cuando un proyecto se encuentra en la fase de exploración, expresó que dichos estudios solo pueden realizarse “*una vez se tenga certeza que en el lugar existen minerales que pueden explotarse*” (f. 5 cd. nulidad 2).

En cuanto a la obligatoriedad de realizar estudios ambientales cuando se está en la etapa de exploración, señaló que de conformidad “*a nuestra normatividad interna, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, interviene una vez se tenga certeza de que en un territorio existen recursos naturales que se puedan explotar*”, e indicó que antes de iniciar la explotación es el momento para llevar a cabo los estudios ambientales del caso con el fin de obtener la licencia ambiental (f. 6 ib.).

4. Intervenciones.

i) Ministerio de Minas y Energía.

La Viceministra encargada de esa cartera en abril 25 de 2010, con el fin de ilustrar las etapas de un proyecto minero, realizó una ilustración, “*para diferenciarlas y comprender los alcances de cada una de ellas (prospección, exploración y explotación)*” (f. 114 cd. nulidad 1).

ii) Cámara Colombiana de Minería.

En mayo 26 siguiente, el Director Ejecutivo de la mencionada entidad solicitó “*se ordene una audiencia en la cual podamos exponer las razones por las cuales este gremio considera en debe (sic) proceder la solicitud de nulidad presentada... en la cual los demás interesados puedan expresar su punto de vista. De las resultas de dicha decisión, depende en gran parte que las empresas mineras y otros sectores económicos mantengan su confianza en los procesos de consulta previa que adelantan bajo el marco de la actual normatividad*” (f. 119 ib.).

iii) Ministerio de Defensa Nacional.

El Inspector General de las Fuerzas Armadas, en junio 23 de 2010, indicó que la Dirección de Derechos Humanos de dicha cartera manifestó la importancia de la presencia de las Fuerzas Militares en territorios indígenas, “*dado que su misión constitucional asignada le exige cumplir su deber desde cualquier lugar del territorio nacional donde quiera que se encuentren amenazados los derechos de los ciudadanos; toda vez que la situación de violencia generada por acciones de grupos armados ilegales justifican el accionar de la Fuerza Pública*” (f. 124 ib.).

Adicionalmente, el Inspector efectuó un resumen sobre las acciones que se han realizado por parte de dicha institución en la región del río Jiguamiandó, Uradá y Murindó.

iv) INDEPAZ.

El Presidente de esa organización mediante escrito de noviembre 3 de 2010 (f. 61 cd. nulidad 2), presentó “*los argumentos que demuestran que esta afirmación de la solicitud de nulidad carece de validez, porque la sentencia T-769... constituye un desarrollo, no un cambio, en la línea jurisprudencial que del derecho a la participación de los grupos étnicos viene haciendo la Corte*”.

Indicó que la consulta previa es una manifestación del derecho a la participación que permite a los grupos étnicos gozar de la protección de los derechos a la autodeterminación y a gobernarse por sí solos, en los territorios que habitan.

Además, citó una parte del pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del pueblo Saramaka, donde se puntualiza que el consentimiento libre, previo e informado puede llegar a impedir la realización de un proyecto, cuando el impacto es tan grave que se ponga en riesgo la pervivencia de las comunidades étnicas.

Por otro lado, realizó un recuento de las principales características de la consulta previa y del consentimiento libre, previo e informado “*en el derecho nacional e internacional con el fin de evidenciar su trayectoria de reconocimientos*” (f. 62 ib.).

Concluyó manifestando que “*rogamos a la... Corte Constitucional mantener en firme la sentencia T-769 de 2009, porque constituye un importante desarrollo jurisprudencial en la protección de los derechos de los grupos étnicos de Colombia*” (f. 74 ib.).

v) Comisión Colombiana de Juristas.

En diciembre 1° de 2010, dicha organización no gubernamental pidió denegar las solicitudes de nulidad presentadas, al considerar que esta corporación mediante auto 310 de noviembre 28 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, anotó que no constituye causal de nulidad “*de nulidad ni la interpretación jurídica que predica la Sala de Revisión, ni cualquier defecto procesal, sino que debe tratarse de graves irregularidades que vulneren el debido proceso*”; concluyendo la Comisión que “*la interpretación de los preceptos constitucionales realizada por las Salas de Revisión, incluidos aquellos preceptos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, no son motivos per se por los cuales se puede aducir una nulidad*” (f. 77 ib.).

Además el fallo vetado no acogió una “*interpretación normativa contraria a la línea jurisprudencial en materia de participación de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios*” (f. 79 ib.).

Igualmente, precisó que al pedirse la nulidad se adujo que i) la introducción del concepto de consentimiento libre e informado por parte de la Sala Plena, configura un cambio de jurisprudencia; y ii) en el marco del proceso de explotación minera lo ideal es llegar a un acuerdo con los pueblos y comunidades, pero de no ser éste posible entonces la autoridad se encuentra facultada para tomar una decisión unilateral.

Así, resaltó “*que los solicitantes parten de una premisa falaz, cual es la de señalar el consentimiento libre e informado como contrario al derecho fundamental a la consulta previa, derivado de los artículos 2, 7, 40 y 330 de la Constitución Política y del artículo 6 del Convenio 169. Y es falaz en la medida en que estas dos instituciones (la Constitución y el Convenio 169) no se oponen al derecho a la consulta, sino por el contrario la complementan, en el sentido de que el consentimiento libre e informado es consecuencia directa*

del derecho fundamental a la consulta previa. La solicitud de nulidad, a pesar de enmarcar su argumentación en esta hipótesis no desarrolla a profundidad y de forma suficiente los argumentos que lo llevan afrentar el consentimiento libre e informado con la consulta, para alegar que el primero supone una interpretación a lo establecido por la segunda”²⁵ (f. 79 ib.).

Agregó la Comisión Colombiana de Juristas, a través de su Director y dos ciudadanos más, que el consentimiento libre e informado es el efecto principal de la consulta previa, “y que su exigencia no es nada distinto a una interpretación acertada y holística de los preceptos constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos, toda vez que garantiza una interpretación acertada de las múltiples interacciones que debe haber entre los componentes del proceso tendiente a garantizar la participación de los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en la toma de decisiones relativas a la extracción de recursos naturales de sus territorios” (f. 79 ib.).

De otro lado, aclaró que no existe cosa juzgada en el censurado fallo, a pesar que los solicitantes alegan la existencia de una decisión previa por parte del Tribunal Superior de Bogotá de enero 28 de 2009 y que “*existe identidad de objeto, causa pretendi y parte con el caso resulto por la sentencia T-769 de 2009*”, pues aunque se aleguen similares hechos, “*la tríada que configura la cosa juzgada constitucional se desvirtúa al no verificarse la identidad jurídica de las partes, es decir el limite subjetivo de la cosa juzgada*”, ya que la tutela fallada por dicho Tribunal “*fue presentada por los y las representantes de la comunidad Guagua del Resguardo de Murindó (Antioquia), la Coordinadora de Mujeres del Lote de Urada del Resguardo de Urada Jiguamiandó (Chocó) y el Consejo Comunitario del Río Jiguamiando. Por su parte, los actores de la tutela del fallo T-769 de 2009, actuaron en nombre de la Comunidad de Bachidubi, Resguardo Río Murindó*” (fs. 85 y 86 ib.).

vi) Centro de Estudios Dejusticia.

En diciembre 1° de 2010, con similares argumentos a los planteados por la Comisión Colombiana de Juristas, integrantes del mencionado Centro y dos ciudadanos que apoyan, no encuentran en la criticada sentencia T-760 de 2009 “ninguno de los vicios que justificarían su nulidad”, pues i) “no varió, sino que simplemente precisó la jurisprudencia existente sobre consulta previa, a la luz de un caso concreto”; y ii) “tampoco hubo desconocimiento de la cosa juzgada constitucional, porque no existe identidad de partes en los dos procesos de tutela adelantados frente al proyecto Mandé Norte” (f. 105 ib.).

Tras otras sustentadas disertaciones, expone su acuerdo en que frente al caso bajo análisis “no se ha realizado ningún estudio de impacto ambiental ni social hasta la fecha”, contrariando lo primero lo estatuido en el artículo 80

²⁵ Se citó en dicha intervención el auto 031 de abril 23 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, donde se expresó (negrillas dentro del texto original): “*Quien invoca la nulidad está obligado a ofrecer parámetros de análisis ante la Corte y deberá demostrar mediante una carga argumentativa seria y coherente el desconocimiento del debido proceso (auto de agosto 1° de 2001). No son suficientes razones o interpretaciones diferentes a las de la Sala que obedezcan al disgusto e inconformismo del solicitante.*”

superior, se violó también el derecho fundamental de las comunidades a recibir información (arts. 20 de la Constitución colombiana y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

vii) Clínicas Internacionales de Derechos Humanos.

En memorial conjunto y a manera de amicus curiae, los directores de International Human Rights Clinic (IHRC) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard y de la Clínica de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales de Santiago de Chile, concluyen que *“la sala no excedió su competencia en la sentencia”*, pues (fs. 137 y 150 ib.):

“El derecho internacional claramente apoya la suspensión de las actividades mineras en Mandé Norte. El proceso de consulta fue inválido de acuerdo con el derecho internacional por diversas razones: la falta de consulta con todas las comunidades afectadas; la falta de transmisión adecuada de información sobre el proyecto; y la falta de consulta a través de líderes tradicionales y representantes comunitarios libremente elegidos.”

De otra parte, expusieron que carece de sentido *“llevar a cabo una consulta previa por afectaciones a pueblos indígenas y limitarla a una etapa no primaria de un proyecto de inversión”*, por dos clases de motivos (f. 150 ib.):

“Razones de justicia - el derecho de un pueblo indígena a influir en las tomas de decisiones sobre asuntos que les inciden - así como razones utilitarias - de no hacerse una consulta en etapa primaria se arriesgan en enormes inversiones - sugieren de manera inequívoca que la oportunidad de consultar en un proyecto de esta naturaleza es antes de autorizar y emprender la propia etapa de exploración.” (No está en negrilla en el texto original)

viii) Interamerican Association for Environmental Defense).

En enero 11 de 2011, la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente expuso, por intermedio de dos ciudadanas colombianas, que es *“constitucionalmente válido lo ordenado por la Corte Constitucional colombiana en la decisión de la sentencia T-769 de 2009”*, pues *“se adecua a la obligación estatal de realizar evaluaciones de impacto ambiental -EIA- de acuerdo con el derecho ambiental internacional”*, tales como la Declaración de Río de Janeiro de 1992 (principio 17), el Convenio de Diversidad Biológica (L. 165 de 1994, art. 14) y la Convención sobre los Humedales de Importancia Internacional (Ramsar)²⁶ (f. 154 ib.).

²⁶ Dicha Convención *“adoptó la Evaluación de Impacto Ambiental y la Evaluación Ambiental Estratégica a través de la Resolución X 17”*.

Recordó que la Corte Internacional de Justicia ha reconocido que el deber “*de realizar EIA forma parte del derecho consuetudinario internacional*” y “*la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a la obligación de los Estados de preparar e implementar EIA para garantizar los derechos de las personas que puedan verse afectados*” (f. 155 ib.).

Esta Asociación interviniente agregó que “*de acuerdo con la Corte IDH los Estados deben realizar evaluaciones de impacto ambiental para proyectos, concesiones o planes que pueden afectar territorios indígenas o tribales. Dichos EIA o EISA deberán realizarse por partes independientes y expertas y de conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia y deberán ser previos a la concesión u otra decisión que afecte el territorio*”, por lo que concluyó que, contrario a lo anotado “*por el Ministerio del Interior y de Justicia, los estudios ordenados por la Corte Constitucional en el punto quinto resolutivo de la sentencia T-679 (sic) de 2009 deben realizarse, para cumplir con el mandato constitucional de protección de los derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes afectados por el proyecto, en consonancia con el derecho ambiental internacional y el derecho internacional de los derechos humanos*” (fs. 156 y 160 ib.).

ix) Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativo.

En marzo 16 de 2011, dicho Instituto expuso similares razones a las manifestadas por la Comisión Colombiana de Juristas, refiriendo que “*el responsable de la consulta y de obtener el consentimiento es el Estado, quien no puede transferir esa responsabilidad a los particulares, empresas o comunidades*” (f. 204 ib.).

En su conclusión se lee (f. 216 ib.): “*No puede predicarse un cambio de jurisprudencia cuando se desarrolla el contenido de un derecho. En un Estado Social de Derecho los jueces no solo aplican las normas: también las interpretan. Las Salas de Revisión tienen la potestad de declarar que un derecho ha sido violado y de determinar su contenido sustancial. Entre las sentencias anteriores y la sentencia T-769 de 2009, existen nuevos elementos argumentativos y de interpretación que provienen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En este sentido, la Sala de Revisión no acoge una interpretación contraria a una línea establecida, sino que desarrolla el contenido de un derecho: el consentimiento como elemento consustancial a los derechos de consulta previa, autodeterminación y participación. Por consiguiente, no se configura la causal de nulidad.*”

x) Comisión Intereclesial de Justicia y Paz.

El Secretario Ejecutivo de dicha organización, en enero 12 y abril 7 de 2011, solicitó que se rechace la nulidad de la sentencia, aduciendo similares argumentos a los indicados por las organizaciones que piden negarla.

Señala que *“la importancia de este fallo radica en que la Corte además de su pronunciamiento acerca de la consulta previa, tema que consideró el objeto del debate, prestó importancia a las denuncias de la comunidad acerca de la presencia de la fuerza pública, los hostigamientos causados, las amenazas, el daño a sus cultivos de pan coger, las prohibiciones y/o restricciones, control sobre su sitios sagrados y el riesgo inminente a sufrir un desplazamiento forzado derivado de la actividad empresarial con el apoyo de la fuerza pública”* (f. 261 ib.).

Agregó que ante la violación de los derechos fundamentales, los pueblos indígenas han enviado informes *“a la Comisión de Expertos en Aplicación en Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo – CEACR OIT, poniendo en conocimiento los hechos que constituyen vulneración de las disposiciones contempladas en el Convenio 169... desconocidos por el Estado de Colombia”*, donde en marzo de 2010 dicha Comisión manifestó (f. 265 y 266 ib.):

“La Comisión resalta que el principio de representatividad es un componente esencial de la obligación de consultar, tal como se prevé en el artículo 6 del Convenio. Como ya estableció el Consejo de Administración en otra ocasión, si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comunidades afectadas, la consulta encaminada no cumpliría con los requisitos del Convenio (documento GB.282/14/2, párrafo 44). El Gobierno tiene, por lo tanto, la obligación de cerciorarse de que se lleven a cabo consultas con las instituciones realmente representativas de los pueblos interesados antes de emprender cualquier programa de prospección o explotación en sus tierras.

La Comisión señala, igualmente, que es consustancial a toda consulta la instauración de un clima de confianza mutua para que se establezca un diálogo genuino entre las partes que permita buscar soluciones adecuadas a las cuestiones planteadas, según lo requiere el Convenio. Sin embargo, la Comisión estima que la militarización del área en que se implementa el proyecto y las campañas de deslegitimación y desprestigio en contra de las comunidades, sus líderes y organización acompañantes comprometen los requisitos básicos de una consulta realmente auténtica. La Comisión subraya, además, que la obligación de consulta debe ser considerada a la luz del principio de participación que se contempla en los párrafos 1 y 3 del artículo 7 del Convenio.

La Comisión insta al Gobierno a:

i) Suspender las actividades relacionadas con la implementación del proyecto Mandé Norte hasta que no se asegure la participación

y consulta de los pueblos afectados a través de sus instituciones representativas en un clima de pleno respeto y confianza, en aplicación de los artículos 6, 7 y 15 del Convenio;
ii) Adoptar todas las medidas necesarias para poner fin al clima de intimidación, y
iii) Efectuar estudios, con la participación de los pueblos afectados, a fin de evaluar la incidencia del proyecto referido, de conformidad con los artículos 7, párrafo 3, y 15, párrafo 2, del Convenio, teniendo en cuenta la obligación de proteger la integridad social, cultural y económica de estos pueblos de acuerdo con el espíritu del Convenio.”

Anotó que la conservación del ambiente y sus recursos naturales es uno de los fines esenciales del Estado colombiano, dentro de lo cual se enmarca “*el tema de consulta previa como derecho fundamental de los pueblos tribales a conservar las condiciones ambientales del lugar donde habitan... La afectación ya ha empezado pues se ha deforestado 4 has de bosque tropical con el inicio de la ejecución de las actividades de la empresa Muriel Mining Corporation*” (f. 279 ib.).

A las exposiciones efectuadas, anexó copia de los siguientes documentos:

1. Carta dirigida a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia en diciembre 7 de 2007, donde el Resguardo Indígena Urada Jiguamiandó expuso las decisiones “*de la comunidad frente a su representación y las relaciones con la empresa Muriel Mining Corporation*” (fs. 273 a 276 ib.).
2. Comunicado de abril 20 de 2008, en el cual “*las comunidades indígenas, afrodescendientes y mestizas*” afirmaron su “*oposición a la exploración y explotación de la empresa Muriel Mining Corporation, en sus territorios*” (f. 277 a 279 ib.).
3. “*Comunicado a la opinión pública del Consejo Mayor Comunitario de la Cuenca del río Jiguamiandó*” de mayo 23 de 2008 (f. 280 ib.).
4. Comunicación de enero 22 de 2009, del Resguardo Indígena Embera de Urada Jiguamiandó a la Defensoría del Pueblo, por “*la situación del Cerro Care Perro por la presencia de la Brigada 15 y 17 del Ejército Nacional para la seguridad de la empresa Muriel Mining Corporation Colombia*” (fs. 281 a 283 ib.).
5. Comunicación de igual fecha y por el mismo Resguardo que la referida en el punto 4 de la presente relación, dirigida a ONIC, OIA, OREWA, CAMIZBA, CAMICAD y a una dependencia de la Defensoría del Pueblo, en contra de “*la representación y la toma de decisiones inconsultas por parte del señor Mario Domico y la destitución del Cabildo Mayor por parte de las comunidades*” (f. 284 ib.).

6. Carta de los Resguardos Urada Jiguamiandó y Humanitario Ambiental (So Bia Drua), dirigida a la Corte Constitucional en diciembre 5 de 2010, en la que solicitaron “*el rechazo a la consulta previa realizada por la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia*” (f. 287 ib.).

7. Respuesta a derecho de petición, emitida en enero 24 de 2009 por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil (f. 289 ib.).

8. Dos discos compactos, con fotografías provenientes de la Comisión Intereclesial de Justicia y Paz, acerca de un acaecer trágico, al parecer a consecuencia de un bombardeo, y otros aspectos en el Resguardo Indígena Urada Jiguamiandó.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para conocer de esta solicitud de nulidad, según se colige de lo dispuesto en el artículo 49 del Decreto 2067 de 1991.

2. Sobre la nulidad de sentencias de revisión proferidas por la Corte Constitucional.

El Decreto 2067 de 1991, mediante el cual se dictó el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional, es la preceptiva “*aplicable a la totalidad de las competencias y actuaciones que dentro del marco trazado en el artículo 241 superior cumple esta corporación, con la única excepción de la eventual revisión de sentencias de tutela, trámite que se rige por las normas especiales contenidas en los Decretos 2591 y 306 de 1992, el segundo reglamentario del primero*”²⁷.

El artículo 49 de dicho Decreto, señala que contra las sentencias de esta Corte no procede recurso alguno, pero se puede alegar la nulidad en los juicios de constitucionalidad antes de proferido el fallo; sin embargo, solo las irregularidades “*que impliquen violación al debido proceso podrán servir de base para que el pleno de la Corte*” lo anule.

La jurisprudencia de esta corporación ha indicado que tanto en los procesos de constitucionalidad como en los de tutela es procedente alegar la nulidad, antes de que se profiera el fallo, de manera extraordinaria, frente a irregularidades que afecten el debido proceso²⁸. No obstante, frente a ciertos

²⁷ Cfr. auto A-217 de junio 17 de 2009, con ponencia de quien ahora cumple igual función.

²⁸ Cfr., entre otros, los autos A-012 de abril 9 de 1996, M. P. Antonio Barrera Carbonell; A-063 de mayo 18 de 2004 y A-166 de julio 4 de 2007, ambos con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa.

eventos, ha aceptado que también pueda invocarse después de proferida la sentencia en sede de revisión²⁹.

Acorde con lo expresado, en el auto 031A de abril 30 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, la posibilidad de que la Corte Constitucional tramite un incidente de nulidad, tiene “*plena justificación pues otorga certidumbre y confianza a la colectividad, en el sentido que el propio tribunal se obliga a sí mismo para velar por la integridad del ordenamiento jurídico*”³⁰.

En cuanto a la “*excepcionalidad del incidente de nulidad*”³¹ y, en particular, la “*improcedencia*”, como regla general, de su declaratoria, en el precitado auto 031A de 2002 se indicó (está resaltado en el texto original):

“Improcedencia de la declaratoria como regla general

3.- *En este orden de ideas, reitera la Corte, lo anterior no significa que haya un recurso contra sus providencias, ni llega a convertirse en una nueva oportunidad para reabrir el debate o examinar controversias que ya fueron concluidas.*

Por razones de seguridad jurídica y de necesidad en la certeza del derecho, la declaratoria de nulidad de una sentencia de la Corte reviste características particulares, pues ‘se trata de situaciones jurídicas especialísimas y excepcionales, que tan sólo pueden provocar la nulidad del proceso cuando los fundamentos expuestos por quien la alega muestran, de manera indudable y cierta, que las reglas procesales aplicables a los procesos constitucionales, que no son otras que las previstas en los Decretos 2067 y 2591 de 1991, han sido quebrantadas, con notoria y flagrante vulneración del debido proceso. Ella tiene que ser significativa y trascendental, en cuanto a la decisión adoptada, es decir, debe tener unas repercusiones sustanciales, para que la petición de nulidad pueda prosperar.’³²(subrayado fuera de texto)

4.- *Conviene entonces sintetizar los presupuestos para que la Corte pueda declarar la nulidad de una sentencia que ha proferido, teniendo en cuenta como punto de partida la regla general, esto es, su improcedencia y carácter extraordinario:*

²⁹ Cfr. auto A-015 de enero 29 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, en el cual la Sala Séptima de Revisión de Tutelas declaró la nulidad de la sentencia T-974 de noviembre 24 de 2006, por desconocer el artículo 29 superior.

³⁰ “Cfr. Corte Constitucional, Auto 050 de 2000 MP. José Gregorio Hernández Galindo.”

³¹ Cfr., entre otros, los autos A-063 de 2004, ya referido, y A-169 de abril 29 de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, en los cuales se reiteró la providencia A-031A de 2002.

³² “Corte Constitucional, Auto del 22 de junio de 1995 MP. José Gregorio Hernández Galindo.”

a) *La solicitud de nulidad de las sentencias proferidas por las Salas de Revisión debe ser presentada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación*³³.

b) *Sin embargo, es necesario precisar el tema sobre la oportunidad procesal, toda vez que esa facultad cambia si el vicio es derivado de situaciones anteriores al fallo, y si se origina en la misma sentencia o durante su ejecutoria. En la primera hipótesis, según el artículo 49 del Decreto 2067 de 1991, ‘la nulidad de los procesos ante la Corte Constitucional sólo podrá ser alegada antes de proferido el fallo’; de lo contrario, quienes hayan intervenido durante el trámite de la acción pierden, a partir de ese momento, toda legitimidad para invocarla. En el segundo caso, esto es, cuando la vulneración al debido proceso se deriva de la propia sentencia o de su ejecutoria, deberá ser invocada dentro de los tres días siguientes a la notificación del fallo. Así lo reseñó esta Corporación en reciente pronunciamiento*³⁴:

‘a. Las nulidades que puedan ocurrir durante el trámite del proceso de constitucionalidad o del proceso de tutela, sólo pueden alegarse antes de la sentencia respectiva. Si no se invocan en esa oportunidad, las partes pierden legitimación para hacerlas una vez proferida la sentencia.

b. La nulidad originada en la sentencia se debe alegar en forma fundamentada durante el término de notificación de la sentencia en materia de constitucionalidad, y dentro de los tres días siguientes de haberse proferido y comunicado en materia de tutela.

c. La nulidad en la sentencia puede ocurrir por vicios o irregularidades en la misma sentencia, y por violación al debido proceso. En sentencias de tutela se puede presentar, por ejemplo, cuando una Sala de Revisión dicta una sentencia con desconocimiento de un precedente jurisprudencial adoptado en Sala Plena.

d. Si la nulidad consiste en irregularidades en la notificación de la sentencia, o en acto posterior a la misma, la nulidad afecta dicho acto pero no la sentencia.

e. La nulidad no es un medio idóneo para reabrir el debate probatorio, o para revisar la sentencia ya que ello no está establecido en la ley, ni constituye una nueva instancia, ni tiene la naturaleza de recurso.’

³³ “Corte Constitucional, Auto 232 del 14 de junio de 2001 MP. Jaime Araújo Rentería.”

³⁴ “Corte Constitucional, Auto del 13 de febrero de 2002 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. En el mismo sentido, Auto del 20 de febrero de 2002 MP. Jaime Araújo Rentería.”

Ahora bien, vencido en silencio el término de ejecutoria cualquier eventual nulidad queda automáticamente saneada, no sólo por la carencia de legitimidad para pedirla, sino, además, por las siguientes razones: (i) en primer lugar, atendiendo el principio de seguridad jurídica y de necesidad de certeza del derecho³⁵; (ii) en segundo lugar, ante la imposibilidad presentar acción de tutela contra las providencias de tutela³⁶. Y finalmente, (iii) porque es razonable establecer un término de caducidad frente a las nulidades de tutela, si incluso esa figura aplica en las acciones de inconstitucionalidad por vicios de forma³⁷.

c) Quien invoca la nulidad está obligado a ofrecer parámetros de análisis ante la Corte y deberá demostrar, mediante una carga argumentativa seria y coherente, el desconocimiento del debido proceso³⁸. No son suficientes razones o interpretaciones diferentes a las de la Sala que obedezcan al disgusto e inconformismo del solicitante.

d) Los criterios de forma, tanto de redacción como de argumentación que utilice una sala de revisión, no pueden configurar violación al debido proceso. Así, como lo dijo la Corte, '[E]l estilo de las sentencias en cuanto puedan ser más o menos extensas en el desarrollo de la argumentación no incide en nada para una presunta nulidad. Además, en la tutela, la confrontación es entre hechos y la viabilidad de la prosperidad de la acción y nunca respecto al formalismo de la solicitud como si se tratara de una demanda de carácter civil'.³⁹

e) Si la competencia del juez de tutela es restringida para la valoración probatoria (cuando se controvierten decisiones judiciales), ante la solicitud de nulidad la Sala Plena de la Corte está aún más restringida frente a las consideraciones que al respecto hizo la Sala de Revisión. Lo anterior se explica claramente porque la nulidad no puede reabrir debates concluidos ni servir como instancia o recurso contra la sentencia de revisión en sede de tutela.

f) Como ya se explicó, solamente opera cuando surgen irregularidades que afectan el debido proceso. Esa afectación debe ser **ostensible, probada, significativa y trascendental**, es decir, que tenga **repercusiones sustanciales y directas en la decisión** o en sus efectos (subraya la Corte). Siguiendo la jurisprudencia

³⁵ "Corte Constitucional, Auto 232 del 14 de junio de 2001 MP. Jaime Araújo Rentería."

³⁶ "Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-1219 de 2001 MP. Manuel José Cepeda."

³⁷ "Según el artículo 242-3 de la Carta, las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año contado a partir de la publicación del respectivo acto."

³⁸ "Cfr. Auto del 1º de agosto de 2001 MP. Eduardo Montealegre Lynett."

³⁹ "Auto 003A de 2000 MP. Alejandro Martínez Caballero."

constitucional, esa gravedad extrema se presenta, por ejemplo, en los siguientes casos:

- Cuando una Sala de Revisión cambia la jurisprudencia de la Corte. El artículo 34 del Decreto 2591 de 1991 establece que todo cambio de jurisprudencia debe ser decidido por la Sala Plena; en consecuencia, si una de las salas de revisión se apropia de esa función, se extralimita en el ejercicio de sus competencias con una grave violación al debido proceso⁴⁰. Sin embargo, **no toda discrepancia implica cambio de jurisprudencia, puesto que ella debe guardar relación directa con la ratio decidendi de la sentencia de la cual se predica la modificación**⁴¹; en caso contrario, '[L]as situaciones fácticas y jurídicas analizadas en una sentencia de una Sala de Revisión y que sirven de fundamento para proferir un fallo son intangibles, porque son connaturales a la libertad, autonomía e independencia que posee el juez para evaluarlas y juzgarlas.'⁴²

- Cuando una decisión de la Corte es aprobada por una mayoría no calificada según los criterios que exige la ley⁴³.

- Cuando existe incongruencia entre la parte motiva de una sentencia y la parte resolutive de la misma, que hace anfibológica o ininteligible la decisión adoptada⁴⁴; igualmente, en aquellos eventos donde la sentencia se contradice abiertamente, o cuando la decisión carece por completo de fundamentación.

- Cuando la parte resolutive de una sentencia de tutela da órdenes a particulares que no fueron vinculados o informados del proceso⁴⁵.

- Cuando la sentencia proferida por una Sala de Revisión desconoce la cosa juzgada constitucional, pues ello significa la extralimitación en el ejercicio de sus atribuciones⁴⁶.

5.- En conclusión, únicamente si quien alega la nulidad demuestra los requisitos para su procedencia, y si el caso efectivamente se ajusta a una de las hipótesis previstas por la Corte, la solicitud está llamada a prosperar. De lo contrario, el carácter excepcional y restrictivo obliga a denegarla."

Esta corporación también ha señalado, de manera reiterada, que el trámite de

⁴⁰ "Cfr. entre muchos otros, Auto 052 de 1997 MP. Fabio Morón Díaz, Auto 003A de 1998 MP. Alejandro Martínez Caballero, Auto 082 de 2000 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz."

⁴¹ "Cfr. Auto 053 de 2001 MP. Rodrigo Escobar Gil."

⁴² "Corte Constitucional, Auto 105A de 2000 MP. Antonio Barrera Carbonell."

⁴³ "Cfr. Auto 062 de 2000 MP. José Gregorio Hernández Galindo."

⁴⁴ "Cfr. Auto 091 de 2000 MP. Antonio Barrera Carbonell."

⁴⁵ "Cfr. Auto 022 de 1999 MP. Alejandro Martínez Caballero."

⁴⁶ "Cfr. Auto 082 de 2000 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz."

nulidad, por su carácter extraordinario, **no es una nueva instancia procesal**⁴⁷ que permita reabrir el debate sobre el fondo del asunto, que ya ha concluido en la sentencia de revisión proferida por la Corte Constitucional. Por el contrario, se trata de un mecanismo únicamente dirigido a preservar el derecho fundamental al debido proceso que pudiera verse afectado por la sentencia⁴⁸.

Así, para que se decrete una nulidad en esta instancia debe tratarse de una situación especialísima, excepcional, notoria y significativa de vulneración del debido proceso, por quebrantamiento de las reglas que rigen los trámites adelantados por la Corte Constitucional.

Igualmente, la irregularidad invocada debe ser ostensible, probada y trascendental, esto es, que tenga repercusiones sustanciales y directas sobre la decisión adoptada o que esté por proferirse, correspondiendo entonces una **carga argumentativa suficiente y razonada por parte de quien la alega**.

Por el contrario, el simple inconformismo o disenso del solicitante sobre las interpretaciones o actuaciones de esta Corte, no constituye una causal de nulidad. Al respecto, jurisprudencialmente se ha precisado que *“las situaciones fácticas y jurídicas analizadas en una sentencia de una Sala de Revisión y que sirven de fundamento para proferir un fallo son intangibles, porque son connaturales a la libertad, autonomía e independencia que posee el juez para evaluarlas y juzgarlas”* (auto 031A de 2002, ya citado).

Por otra parte, el artículo 86 superior contempla la potestad de ejercer la acción de tutela, como mecanismo de defensa judicial, para la protección inmediata de derechos fundamentales ante su vulneración o puesta en riesgo por la *“acción u omisión de cualquier autoridad pública”*, o de los particulares en los casos que señala la ley, resultando factible acudir ante los jueces, en todo momento y lugar, con el fin de obtener una orden para que la parte accionada actúe o se abstenga de hacerlo.

Con todo, según el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, existe temeridad cuando, sin motivo expresamente justificado, se incoa pluralmente la acción por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, lo cual da lugar a su rechazo o a decidir desfavorablemente todas las solicitudes, por constituir un uso impropio del especial mecanismo de amparo⁴⁹.

Con relación a la temeridad, es amplia la jurisprudencia de la Corte Constitucional al señalar los eventos en los cuales se materializa el uso indebido de la acción de amparo, tornándola temeraria. Así, la sentencia T-868 de octubre 18 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, reseñó que los

⁴⁷ Cfr. entre muchos otros, los autos A-010A de 2002 y A-087 de 2008 (ambos con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra) y A-099 de 2008 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa), reiterados en el auto A-074 de abril 28 de 2010 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla).

⁴⁸ Véanse los autos A-178 de 2007 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto) y A-007 de 2008 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández).

⁴⁹ Cfr. T-1215 de diciembre 11 de 2003, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

supuestos para su configuración son: “(i) *identidad de partes*⁵⁰, (ii) *identidad de hechos*⁵¹, (iii) *identidad de derechos invocados*⁵² y (iv) *que la tutela haya sido interpuesta nuevamente sin causa justificada*⁵³.”

En el mismo sentido, en el fallo T-154A de febrero 24 de 2010, con ponencia de quien ahora cumple igual función, se especificó:

*“La temeridad se configura, entonces, cuando concurren los siguientes elementos: (i) identidad fáctica en relación con otra acción de tutela; (ii) identidad de demandante, en cuanto la otra acción de tutela se presenta por parte de la misma persona o su representante; (iii) identidad del sujeto accionado, (iv) falta de justificación para interponer la nueva acción*⁵⁴.”

En consonancia con lo anterior, siempre que se materialicen tales supuestos, las nuevas acciones se tornan temerarias, en ocasiones dando al traste con principios de raigambre constitucional como la buena fe, la cosa juzgada y la seguridad jurídica, además de atentarse contra la lealtad hacia la contraparte y hacia la propia administración de justicia, que resulta injustificadamente desgastada y atiborrada para cuando otras personas requieran acceder a ella⁵⁵.

Al respecto, en la sentencia T-276 de abril 19 de 2010, M. P. Jorge Ignacio Pretel Chaljub, se puntualizó que los lineamientos sobre temeridad se dirigen a salvaguardar el principio de cosa juzgada constitucional, connatural a la seguridad jurídica: “... *garantiza que los asuntos decididos por las autoridades judiciales y administrativas competentes no volverán a ser objeto de discusión en juicios posteriores. De lo contrario, las personas serían asaltadas en su buena fe y no existiría certidumbre, por ejemplo, acerca de los derechos y/o deberes previamente adquiridos.*”

Sin embargo, la Corte Constitucional también ha precisado que corresponde al juez de tutela realizar un análisis cuidadoso de las circunstancias que rodean la interposición de varias acciones de tutela, para evitar que la jurisdicción

⁵⁰ “Al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada (Cfr. C-774/01, M. P. Rodrigo Escobar Gil).”

⁵¹ “Se refiere a la identidad de causa petendi (*eadem causa petendi*), es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa (Ibídem).”

⁵² “La demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente (Ibídem.).”

⁵³ “A pesar de estas causales que determinan cuando existe duplicidad de acciones, la Corte ha estimado que existen eventos en los que a pesar de la duplicidad, el ejercicio de la acción de tutela se funda en: (i) en la ignorancia del accionante; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho; o (iii) por el sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho. En estos casos, si bien lo procedente es la declaratoria de ‘improcedencia’ de las acciones de tutela indebidamente interpuestas, la actuación no se considera ‘temeraria’ y, por los mismo, no conduce a la imposición de sanción alguna en contra del tutelante’ T-721 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis.”

⁵⁴ “Cfr. T-883 de agosto 9 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, entre muchas otras.”

⁵⁵ Cfr. T-644 del 1º de julio de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

adopte decisiones injustas. En consecuencia, se exige que la temeridad esté plenamente acreditada, sin lugar a realizar inferencias en exceso formalistas⁵⁶.

3. Análisis de los requisitos de procedibilidad.

3.1. Para abordar el estudio de fondo de las dos peticiones de nulidad contra la sentencia T-769 de 2009, es necesario verificar previamente si las solicitudes elevadas llenan los requisitos de procedibilidad antes referidos.

En lo que atañe a la presentación oportuna de las dos solicitudes, encuentra la Sala que este requisito se cumple, ya que ambas fueron radicadas ante la Secretaría de esta corporación en abril 14 de 2010⁵⁷, ante la comunicación remitida por la Secretaría del Tribunal Superior de Bogotá en abril 8 del mismo año⁵⁸. Así, las solicitudes de nulidad fueron presentadas en tiempo.

Tampoco existe objeción en lo que se refiere a la legitimación para pedir la nulidad de la sentencia T-769 de 2009, ya que fue solicitada por dos de los demandados en la tutela.

Establecido lo anterior, procede la Sala Plena de la Corte Constitucional al análisis de los motivos de nulidad expuestos contra la sentencia T-769 de 2009, proferida por la entonces Sala Séptima de Revisión de Tutelas.

3.1. El cambio de jurisprudencia invocado.

El apoderado de la compañía Muriel Mining Corporation y el Director Jurídico del entonces Ministerio del Interior y de Justicia coinciden, en general, al argumentar que en la sentencia T-769 de 2009 de la entonces Sala Séptima de Revisión desconoció la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ante lo cual debe recordarse que solo hay verdadero desconocimiento de tal naturaleza, cuando la Sala de Revisión ignora o desatiende pronunciamientos de la Sala Plena, normalmente consignados en sentencias de unificación, cuya *ratio decidendi* confluye con la solución del problema jurídico sobre el cual versa la sentencia cuya nulidad se pretende⁵⁹. La Corte Constitucional también ha exigido que quien invoca dicho yerro presente la línea jurisprudencial respectiva, para evidenciar la regla que presuntamente fue omitida por la Sala de Revisión de Tutelas⁶⁰.

Acorde con múltiples decisiones de esta Corte, para que un cargo de nulidad basado en cambio de jurisprudencia sea idóneo, se requiere: “i) *Existencia de una línea jurisprudencial clara, sostenida por la Sala Plena de la Corte Constitucional frente a una determinada situación fáctica*; ii) *coincidencia, si no total, al menos en lo esencial, entre la situación de hecho que da origen a*

⁵⁶ Cfr. T-1215 de 2003, ya citada.

⁵⁷ Cfr. fs. 1 cds. nulidad 1 y 2, respectivamente.

⁵⁸ Cfr. fs. 30 cd. nulidad 1; y 37 cd. nulidad 2.

⁵⁹ Cfr. auto 074 de 2010, ya referido.

⁶⁰ Cfr. auto 063 de marzo 24 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

la acción de tutela que se resuelve y aquellas otras que previamente han dado lugar a la construcción y consolidación de esa específica línea jurisprudencial; iii) como consecuencia de los dos anteriores, deber de la correspondiente Sala de Revisión de aplicar, como ratio decidendi de su pronunciamiento, la línea jurisprudencial ya definida por la Sala Plena, y que ha servido, precisamente como ratio decidendi de las decisiones proferidas en los casos identificados como semejantes; iv) desatención, por parte de la Sala de Revisión autora de la sentencia disputada, del deber de acatar la línea jurisprudencial vigente, proveniente de la Sala Plena, que se manifiesta al decidir el caso concreto empleando una ratio decidendi contraria o diversa a la que en casos análogos ha aplicado esta corporación”⁶¹.

Quiere decir lo anterior que la causal de nulidad relacionada con el desconocimiento de la jurisprudencia de esta Sala Plena, por parte de una Sala de Revisión de Tutelas, solo tiene cabida cuando existiendo el deber de ésta de decidir un caso conforme a una *ratio decidendi*, desarrollada en verdadera línea jurisprudencial, efectúa razonamientos discrepantes y concluye diferente, situación muy alejada a lo que en forma palmar se desprende de la sentencia T-769 de 2009, que acató y desarrolló los lineamientos sobre la obligación de consultar debidamente a los pueblos indígenas y afrodescendientes en asuntos que les pueden perturbar, deber que es lo que hasta el momento constituye precedente jurisprudencial, en cuanto a tal consulta.

De tal manera, no le asiste razón a los peticionarios, habida cuenta que, como sustentan la mayoría de los intervinientes, el fundamento de la sentencia T-769 de 2009 no es diferente a que, en asuntos que conciernan a etnias minoritarias, se les debe consultar previamente, con el lleno de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico interno y en los diferentes instrumentos internacionales atinentes a derechos humanos ratificados por el Congreso, que hacen parte de bloque de constitucionalidad (art. 93 Const.).

Igualmente, lo pretendido por quienes impetran la nulidad, apunta más hacia que la Corte en pleno reabra el debate fáctico y probatorio ya realizado por la Sala de Revisión, al examinar el cumplimiento del requisito de la consulta previa, pero esta plenaria al adelantar el examen respectivo, no puede fungir como nueva sala de revisión, ni como juez de instancia, sino limitarse a constatar si fueron desconocidos sus precedentes, o se violó el debido proceso, no olvidando que las Salas de Revisión gozan de autonomía interpretativa en relación con los hechos y la delimitación de la controversia constitucional.

En síntesis, analizadas las censuras planteadas por el antaño Ministerio del Interior y de Justicia y la empresa Muriel Mining Corporation, no se materializa cambio alguno de jurisprudencia, que diese lugar a la pretendida nulidad de la sentencia atacada, menos aún con las características de ostensible, probada, significativa y trascendental, con repercusiones

⁶¹Auto 074 de 2010, previamente citado.

sustanciales y directas en la decisión o en sus efectos, en las condiciones que ha referido la jurisprudencia de esta corporación.

3.2. La cosa juzgada constitucional y la temeridad aducida.

De otro lado, quienes proponen este incidente de nulidad adicionaron su reclamo argumentando que en la sentencia T-769 de 2009 se desconoció que ya existía cosa juzgada, generándose temeridad.

En relación con este aspecto, el artículo 86 de la Constitución contempla la potestad de ejercer la acción de tutela, como mecanismo de defensa judicial, para la protección inmediata de derechos fundamentales ante su vulneración o puesta en riesgo por la “*acción u omisión de cualquier autoridad pública*”, o de los particulares en los casos que señala la ley, resultando factible acudir ante los jueces, en todo momento y lugar, con el fin de obtener una orden para que la parte accionada actúe o se abstenga de hacerlo.

El artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, señala que esa acción es temeraria, cuando sin motivo justificado, demanda una misma persona o su representante, por los mismos hechos, ante varios jueces o tribunales, lo que da lugar a su rechazo o a decidir desfavorablemente todas las solicitudes, al hacerse un uso impropio de la acción de amparo. Frente a ello, es amplia la jurisprudencia de la Corte Constitucional que señala los eventos en los cuales se materializa el uso indebido de dicha acción, tornándola temeraria, donde los supuestos de su configuración son: “(i) *identidad de partes*⁶², (ii) *identidad de hechos*⁶³, (iii) *identidad de derechos invocados*⁶⁴ y (iv) *que la tutela haya sido interpuesta nuevamente sin causa justificada*⁶⁵.”⁶⁶

En consonancia, siempre que se materialicen tales supuestos, las nuevas acciones se tornan temerarias, pues se estarían conculcando principios de raigambre constitucional, como la buena fe, la cosa juzgada y la seguridad jurídica, además de atentarse, según se expuso en precedencia, contra la lealtad entre las partes y hacia la administración de justicia⁶⁷.

⁶² “Al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada (Cfr. C-774/01, M. P. Rodrigo Escobar Gil).”

⁶³ “Se refiere a la identidad de causa petendi (*eadem causa petendi*), es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa (Ibídem).”

⁶⁴ “La demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente (Ibídem.).”

⁶⁵ “A pesar de estas causales que determinan cuando existe duplicidad de acciones, la Corte ha estimado que existen eventos en los que a pesar de la duplicidad, el ejercicio de la acción de tutela se funda en: (i) en la ignorancia del accionante; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho; o (iii) por el sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho. En estos casos, si bien lo procedente es la declaratoria de ‘improcedencia’ de las acciones de tutela indebidamente interpuestas, la actuación no se considera ‘temeraria’ y, por los mismo, no conduce a la imposición de sanción alguna en contra del tutelante’ T-721 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis.”

⁶⁶ T-868 de octubre 18 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶⁷ Cfr. T-644 de julio 1° de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Esta corporación también ha precisado que corresponde al juez de tutela realizar un análisis cuidadoso de las circunstancias que rodean la interposición de varias acciones de tutela, para evitar que la jurisdicción adopte decisiones injustas. En consecuencia, se exige que la temeridad esté plenamente acreditada, sin lugar a realizar inferencias en exceso formalistas⁶⁸.

En el presente caso, los peticionarios alegan la existencia de una decisión previa a la sentencia T-769 de 2009, ya que la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá en enero 28 de 2009, resolvió una acción de tutela sobre hechos similares a los que dieron lugar al fallo actualmente reprochado, de donde se derivaría la identidad de objeto y de *causa pretendi*.

No obstante, a pesar de que la compañía Muriel Mining Corporation y el entonces Ministerio del Interior y de Justicia alegan la existencia de la cosa juzgada constitucional, se observa en este asunto la carencia de dicho presupuesto, pues así en ambos procesos se anotan similares hechos, no se configura la argüida temeridad.

En efecto, siendo la situación bastante compleja, afecta a múltiples núcleos poblacionales, pero palmariamente se aprecia que no existe identidad de las partes, ya que la acción fallada por dicha Sala Civil en enero 28 de 2009, fue presentada por representantes de la comunidad Guagua del Resguardo de Murindó (Antioquia), la Coordinadora de Mujeres del Lote de Urada del Resguardo de Urada Jiguamiandó (Chocó) y el consejo comunitario del río Jiguamiandó. Por su parte, los demandantes en la acción de tutela que culminó con la sentencia T-769 de 2009, actuaron a nombre de la Comunidad Bachidubí, Resguardo Río Murindó⁶⁹.

Por ende, analizando los reparos planteados por los peticionarios, no se materializa el presunto quebrantamiento del debido proceso por supuesta cosa juzgada constitucional⁷⁰, que daría lugar a la nulidad del fallo atacado, porque no hay identidad de accionantes (se descarta así la eventual temeridad) y siendo distinta la ubicación de éstos, los hechos también difieren, aunque tengan un origen afín.

Por todo lo anterior, la solicitud de nulidad será denegada.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional,

RESUELVE

⁶⁸ Cfr. T-1215 de 2003, ya citada.

⁶⁹ El río Murindó baja por la vertiente occidental de la Cordillera Occidental y pasa del departamento de Antioquia al del Chocó.

⁷⁰ Término que la Constitución (art. 243) predica de los “fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional”.

