

Derechos Fundamentales de los pueblos indígenas. El caso del pueblo Embera Katío y la represa de Urrá: un análisis desde la Corte Constitucional Colombiana*

Gerardo A. Durango Álvarez**

Recibido: agosto 23 de 2008

Aprobado: noviembre 5 de 2008

RESUMEN

En Colombia existen, a partir de la Constitución de 1991, unas garantías jurídicas y unas políticas de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, logradas mediante la positivización en el ordenamiento jurídico de sus derechos. Pero es precisamente en este reconocimiento cultural, donde emergen tensiones entre la interculturalidad y los valores liberales universales impuestos de facto por la cultura dominante. Ahora bien, dar nueva dimensión dichas tensiones y paradojas ayuda a entender la complejidad de la problemática entre lo universal y los derechos contextualizados de los pueblos indígenas. De esta manera, la interculturalidad se funda en la necesidad de construir espacios dialógicos entre grupos, en leer de forma diferente lo universal, en percibir lógicas y conocimientos distintos, en confrontar y transformar las relaciones del poder –incluyendo las estructuras e instituciones de la sociedad– que han naturalizado las asimetrías sociales.

Palabras clave

Pueblos indígenas, autonomía indígena, pueblo Embera-Katío, Constitución de 1991, interculturalidad, positivización, derechos fundamentales

* Este ensayo hace parte de la investigación terminada para optar al título de Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Apartes de este trabajo se presentaron en el IV Congreso Latinoamericano "IDENTIDAD Y MEMORIA", realizado en Montevideo-Uruguay –Universidad Oriental del Uruguay–, en septiembre de 2007.

** Durango Álvarez, Gerardo. Doctor en Derecho: Derechos Fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid – España. Profesor asociado Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín, adscrito a la Escuela de Ciencia Política. gerardodurango@yahoo.es

Basic rights of indigenous populations. The case of “embera katio” population and “urra” dam: an analysis made from the Colombian Constitutional Court

Abstract

In Colombia it exists from the Constitution of 1991 legal guarantees and policies of recognition of the rights of the indigenous towns, obtained by means of the positivización in the legal ordering of its rights. Thus, the Constitutional confirmation on the multi-cultural and multi-ethnic character of the Colombian State, makes possible the recognition of subject the indigenous towns as of rights whose exercise implies the existence of diverse forms of justice administration. But it is indeed in this cultural recognition, where the interculturalidad and the liberal values emerge de facto tension between universal taxes by the dominant culture. However, to redimensionalizar these tensions and paradoxes helps to understand the complexity of the problematic one between universal and the contextualised rights of the indigenous towns. This way, the interculturalidad is based on the necessity to construct dialógicos spaces between groups, in reading of different form the universal thing, in perceiving different logics and knowledge, confronting and transforming the relations of the power - including the structures and institutions of the society that have naturalized the social asymmetries.

Key words

Indigenous towns, indigenous autonomy, Embera-Katío town, fundamental Constitution of 1991, interculturalidad, positivización, rights

INTRODUCCIÓN

En Colombia¹ existen, a partir de la Constitución de 1991, unas garantías jurídicas² y unas políticas de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, logradas mediante la positivización en el ordenamiento jurídico de sus derechos³. Así, la confirmación Cons-

1 De los 44.5 millones de habitantes de Colombia, aproximadamente el 2% son indígenas. Los pueblos indígenas se dividen en 84 grupos que viven dentro de 710 resguardos titulados, ubicados en 27 de los 32 departamentos de Colombia; hablan 64 idiomas muchos de ellos en situación de extinción.

2 Artículo 1 de la Constitución Política de Colombia “Colombia es una república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista”. Artículo 7. “Protege y reconoce la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”. Artículo 8. El Estado es el encargado de proteger las riquezas culturales y naturales del país. Artículo 10. “La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas será bilingüe”. Artículo 63. Se establece la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de las tierras comunales de los grupos étnicos. Reconocimiento de la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país. Artículo 246. “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro del ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República”.

3 El reconocimiento de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas expresos tanto en las actuales constituciones de los diversos estados, así como en tratados y convenios internacionales –artículo 169 de la OIT–, ha logrado abrir discusiones sobre las posibilidades e implicaciones del pluralismo jurídico, es decir, ha posibilitado la coexistencia de diversos órdenes normativos que conviven conjuntamente con el derecho Estatal. Dentro del reconocimiento de los derechos fundamentales en las diversas constituciones se encuentran algunas constituciones que citan directamente los derechos de los pueblos indígenas; así la constitución panameña, en sus artículos 119, 122 y 123, consagra los derechos de consulta y participación de las comunidades y les reconoce el derecho a disponer de un territorio de los recursos naturales que en él se encuentren. En Guatemala, los artículos 66, 67, 68, 69 y 70 de la Constitución regulan el derecho a la tierra de las comunidades indígenas. La Constitución de 1998, Ecuador consagró los derechos al territorio ancestral y a los recursos naturales de las comunidades indígenas, el derecho al reconocimiento de la identidad cultural la autonomía política, económica y social a sus comunidades y creó la jurisdicción indígena. Elevó a rango constitucional la consulta y participación de los distintos pueblos indígenas en la vida política del Estado. Artículo 46, 47, 48 y 49. La Constitución de Venezuela –CRBV–, establece los siguientes derechos de los pueblos indígenas:

- La demarcación del hábitat. Se regula en el artículo 119 de la CRBV. Allí se establece que las tierras indígenas son inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles y que corresponde al Estado conjuntamente con los pueblos indígenas su demarcación, a fin de asegurar la propiedad colectiva de las tierras a los pueblos y comunidades indígenas que la habitan.
- Los recursos naturales. La CRBV, en los artículos 119 y 120 garantizar el derecho de los pueblos indígenas a ser informados y consultados sobre cualquier proyecto que pretenda hacer uso de los recursos naturales que se encuentran en su hábitat.
- La autodeterminación. La CRBV establece en el artículo 120 que el usufructo de los recursos existentes en el territorio indígena

titucional sobre el carácter pluricultural y multiétnico del Estado colombiano, posibilita el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derechos cuyo ejercicio implica la existencia de diversas formas de Administración de Justicia. En tal sentido, es claro el artículo 246 al decir: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro del ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República”. El parágrafo del artículo 330 dice: “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 propiciara la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

Este reconocimiento constitucional de los derechos determinados en función del grupo (Kymlicka, 1996, p. 19) resulta legítimo y, de hecho, se hace indispensable con el fin de complementar los derechos humanos tradicionales de raigambre liberal con los nuevos derechos de las minorías étnicas. Pero es precisamente en este reconocimiento cultural, donde emergen tensiones⁴ entre la interculturalidad y los valores liberales universales impuestos de facto por la cultura dominante⁵.

por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de estos pueblos.

- El derecho a la educación propia y al régimen intercultural bilingüe. Los artículos 109, 121 y 124 de la CRBV regulan el Régimen de Educación Intercultural Bilingüe.

4 En tal sentido expresa la Sentencia T-254 de 1994 de Corte Constitucional de Colombia al decir que: “Existe una tensión entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales. Mientras que éstos filosóficamente se fundamentan en normas transculturales, pretendidamente universales, que permitirían afianzar una base firme para la convivencia y la paz entre las naciones, el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y de estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal”.

5 Los presupuestos universalistas de la igualdad formal y jurídica ha llevado de una u otra manera a la marginación, desigualdad fáctica, discriminación y exclusión de los diversos grupos sociales minoritarios por parte del Estado y grupos económicos –caso Colombia–, lo que contradice los postulados de los principios democráticos, justicia, derechos

Ahora bien, dar nueva dimensión a dichas tensiones y paradojas ayuda a entender la complejidad de la problemática entre lo universal y los derechos contextualizados de los pueblos indígenas.

De esta manera, la *interculturalidad* se funda en la necesidad de construir espacios dialógicos *entre* grupos, en leer de forma diferente lo universal, en percibir lógicas y conocimientos distintos, en confrontar y transformar las relaciones del poder –incluyendo las estructuras e instituciones de la sociedad– que han naturalizado las asimetrías sociales. Desde este punto de vista, el presente trabajo sigue una metodología analítica, combinando la revisión bibliográfica de la doctrina, la jurisprudencia y la legislación. Se pretende, por consiguiente, abordar en un primer apartado, el debate sobre el multiculturalismo y los derechos fundamentales desde las teorías de Taylor (1992). Como segundo punto, se busca identificar los derechos de los pueblos indígenas de Colombia y su protección y garantía a través de la Corte Constitucional colombiana. Este apartado busca analizar dos tensiones manifiestas entre lo universal y lo contextual como es el de la comunidad indígena Embera-Katío y su demanda contra la Represa de Urrá S. A.

I. MULTICULTURALISMO Y DERECHOS FUNDAMENTALES: UNA APROXIMACIÓN AL DEBATE TEÓRICO

Un reto que se le presenta a los actuales Estados democráticos de derecho es el referido a las cuestiones sobre el pluralismo y las identidades colectivas, los derechos individuales y

fundamentales, igualdad política, participación activa en la toma de decisiones, etc; colocando en entredicho la eficacia y concreción del Estado social de derecho. Es fundamental por ende, buscar mecanismo jurídicos, económicos y políticos que posibiliten que los grupos discriminados social e históricamente tales como las negritudes, los indígenas y las mujeres.

derechos de las comunidades indígenas. Así, una de los mayores críticas lanzadas a la democracia liberal, es la de ser indiferente ante la diversidad cultural, ya que para ésta todas las culturas pueden ser medidas con el mismo rasero de la ‘igualdad’ y los derechos de corte subjetivo. Esta crítica provino, especialmente, de autores denominados comunitaristas⁶ como Taylor (1992). Éste le critica al modelo liberal –siguiendo lo que Walzer (1983) denomina liberalismo tipo I– la protección que ejerce sobre los derechos de los individuos sólo entendidos desde los derechos subjetivos y desde la prioridad de lo justo sobre lo bueno. Taylor propone, ante al modelo liberal que es ciego a las diferencias y que ‘atomiza’ a los individuos, una política del reconocimiento que proteja la identidad⁷ común de los diferentes colectivos desde una “política de la diferencia”. Según ésta, se exige al Estado no ser neutral –no todos los individuos persiguen los mismos planes de vida–, lo que permite que se protejan ciertas concepciones particulares valorativas de una determinada comunidad. Para el autor en mención, los planteamientos liberales equiparan a todas las personas bajo un mismo denominador común, a saber, su igual ‘dignidad’, ‘derechos subjetivos’ y ‘libertad’, lo que exige del Estado una continua y correlativa protección de derechos individuales, propiciando así una neutralidad frente a las concepciones sustantivas de las comunidades. Este rasero puramente procedimental no tendría presentes los diferentes contextos culturales a la hora de reconocer identidad a las personas y colectivos. De allí

6 Al respecto ver el trabajo sobre la polémica liberalismo-comunitarismo en Thiebaut, C. (1992). Los límites de la Comunidad, Centro de Estudios Constitucionales. Cortés, F & Monsalve, A. (1996). Liberalismo y Comunitarismo: Derechos Humanos y Democracia, Valencia, Colciencias, Alfons El Magnàniman. Michel, W. (1983). Las esferas de la Justicia. FCE.

7 Habermas (1989) entiende el concepto de identidad como: aquellos rasgos y valores culturales compartidos por las comunidades que no vienen establecidos de antemano, sino, contruidos en los diversos procesos de interacción social. En su texto de La constelación posnacional (2000, p. 34), continúa manteniendo la misma idea. En él establece que la identidad de los miembros de un grupo concreto o de una sociedad se hacen y no se encuentran hechos.

que su propuesta se incline por una política multicultural del reconocimiento hacia los valores propios de cada cultura. Dice así que lo que reafirma los colectivos y sus identidades no es su abstracción, propia de los planteamientos liberales, sino más bien el grado de reconocimiento en sus identidades.

Según Taylor (1992, p. 99-100), “nuestra identidad se realiza dentro de una determinada comunidad, donde determino quién soy y de dónde provengo”, cosa que no hacen aquellas políticas que basan los derechos individuales en la generalización, sin tener presentes las especificidades en las que se insertan estos derechos. En últimas, el comunitarismo de Taylor le apuesta a la integración social desde fuertes lazos de solidaridad nutrida en la interacción de prácticas comunes compartidas⁸. De esta forma, el multiculturalismo de Taylor se vincula a la reivindicación de los movimientos sociales que han sido invisibilizados por diversos intereses sociales, económicos, políticos y culturales.

En este mismo sentido y con relación a la no-discriminación, agrega Pettit (2004, p. 168)

... es muy importante la observación de que la no-dominación es un bien comunitario. Significa que la causa de la libertad como no-dominación tendrá siempre para la gente comprometida con su promoción, la dimensión de una causa social y común. La libertad no es el bien atomístico asociado a la no-interferencia. Al menos en el mundo real, los individuos sólo pueden disfrutarlo en la medida en que disfrutan de él los grupos notorios a los que pertenezco.

Por consiguiente, el reconocimiento de las diferencias hace compatibles las exigencias de validez de la pluralidad y diversidad individual y del colectivo, si se dan las condiciones

8 Ver, de igual manera, de este mismo autor, *Sources of the self*, (Taylor, 1992 B). Hay traducción al español, en Paidós, 1998. Este autor entiende el reconocimiento como aquella acción debida que no se queda sólo en mera cortesía que se debe a los demás, “el reconocimiento es una necesidad vital”, (p. 19).

políticas y jurídicas de sus derechos, con unas reglas definidas y garantizadas por el Estado democrático de derecho. Desde estos postulados y con el fin de analizar los anteriores conceptos teóricos, se pasará a continuación a plantear los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en la Constitución colombiana de 1991.

1.1 El multiculturalismo en el contexto de la Constitución colombiana. Análisis a partir de los planteamientos de la Corte Constitucional.

Los aportes jurídicos internacionales⁹ de protección de los pueblos indígenas han tenido una recepción muy importante en la Corte Constitucional colombiana, quien ha dado un especial trámite a las demandas de garantía, ampliación, restricción o conculcación de sus derechos fundamental¹⁰; estas garantías y protecciones de los derechos fundamentales han convertido a la Corte Constitucional colombiana en un referente a seguir en el contexto latinoamericano.

9 Los derechos de los pueblos indígenas tutelados por la jurisprudencia internacional, tienen como sustento la Declaración de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –artículo 27–, relativas a los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y en las Convenciones sobre los Derechos del Niño y de la Mujer. El Convenio 169 de la OIT de 1989 “Sobre Poblaciones Indígenas y Tribales en Países Independientes”, establece en su artículo 15 que los pueblos indígenas “pueden hablar por sí mismos, tienen derecho a participar en el proceso de toma de decisiones que los afectan y que su contribución, además, será beneficiosa para el país en que habitan”. –Ratificada a través de La Ley 21 de 1991, el Tratado de cooperación Amazónica, firmado en Brasilia el 3 de julio de 1978, artículos I, XIII, XIV, la Declaración de Machu Pichu sobre la democracia, los derechos de los pueblos indígenas y la lucha contra la pobreza, entre otras.

10 Se acepta en términos generales la propuesta teórica expuesta por Ferrajoli (1999, p. 37) “Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” aquellas manifestaciones de derecho positivo (prestaciones) o negativas (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas”. Por razones de espacio, no pasará a realizar un análisis de este planteamiento, al respecto puede verse el libro de Durango (2006).

Por consiguiente, el identificar cuáles son los criterios seguidos por la Corte Constitucional colombiana para garantizar y proteger derechos fundamentales de las comunidades indígenas permitirá comparar y medir hasta qué punto los conflictos entre universalismo y multiculturalismo se resuelven a favor de quién y cómo. En otras palabras, se busca analizar en qué medida la Corte Constitucional ha abordado –si se ha tomado en serio o no los derechos fundamentales en la terminología dworkiniana– la diversidad étnica y cultural y otros derechos constitucionales propios de las comunidades indígenas. Es de anotar en este aspecto que la Administración de Justicia por parte de las comunidades indígenas se aplica de manera diferente a la Constitución política de 1991 por lo menos en los siguientes aspectos: los derechos fundamentales al debido proceso como el derecho de contradicción no son tenidos presentes por parte de las comunidades indígenas al momento de juzgar a un integrante de sus comunidades; igualmente el recurso de la doble instancia o la asesoría jurídica para el imputado¹¹; así mismo, se establecen sanciones no permitidas por la Constitución colombiana como el destierro. Por cuestiones técnicas no se entrará a analizar estas tensiones, ello con el fin de abordar los derechos fundamentales colectivos de los pueblos indígenas a su territorio.

Así, una de las colisiones entre derechos de los pueblos indígenas a la autonomía territorial y los derechos fundamentales de la Constitución Política de Colombia de 1991 se presentó en la sentencia T-405 de 1993. Allí, una comunidad indígena interpuso una acción de tutela contra el Ministerio de Defensa Nacio-

nal y la Misión Aérea de Estados Unidos, por considerar que la construcción de una base de operaciones aéreas y la instalación de un radar en territorio indígena vulneraba sus derechos fundamentales a la integridad cultural y a la autonomía territorial. La Corte denegó el derecho argumentando que el interés nacional estaba centrado en la necesidad de perseguir el narcotráfico y el tráfico de armas y que, el interés de la comunidad debía ceder al interés de la comunidad nacional. Pero, en la sentencia T-257 de 1993 dijo la Corte que la propiedad colectiva sobre el territorio confiere a las autoridades indígenas, restringir el libre tránsito de personas ajenas a la comunidad por su territorio. Así, por ejemplo, prohibió a una secta evangélica utilizar una pista de aviación construida en el resguardo, por ser competencia exclusiva de la comunidad.

En tal sentido y en consonancia con lo anterior, para la Corte Constitucional colombiana, la exploración y explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse en consonancia con los intereses de la comunidad, el aprovechamiento de los recursos naturales por parte de las comunidades indígenas, la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades que ocupan dichos territorios. Es decir, el desarrollo de las multinacionales no puede ir en detrimento de la integridad y las tradiciones culturales de los grupos indígenas. La Corte se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre los derechos colectivos¹² de los pueblos indígenas, sobre su jurisdicción indígena y su autonomía frente a los particulares y sobre todo con los órganos jurisdiccionales del Estado, entendiendo tales derechos como fundamentales. Así, en una sentencia clave al

11 Es de aclarar que la Corte Constitucional de Colombia entiende que los tipos penales generales son diferentes a los de las comunidades indígenas. En esa dirección parece apuntar la Corte en sentencia T-496 de 1996: “Aquello que para el Código Penal es secuestro, en ciertas comunidades es raptó de mujeres como inicio de una relación de pareja; aquello que es pena en la legislación penal ordinaria, en otras comunidades se liga más al proceso de enmienda de la ofensa entre el grupo familiar ofendido y el ofensor, independientemente de los castigos individuales: actores colectivos ajustan los límites de la fundamentación de la pena en estas sociedades”.

12 La Corte Constitucional de Colombia en sentencia C-109-94 dice: “En otras palabras, las comunidades indígenas reclaman la protección de su derecho colectivo a mantener su singularidad cultural, derecho que puede ser limitado sólo cuando se afecte un principio constitucional o un derecho individual de alguno de los miembros de la comunidad o de una persona ajena a ésta, principio o derecho que debe ser de mayor jerarquía que el derecho colectivo a la diversidad”.

respecto se pronunció la Corte Constitucional de Colombia en la SU - 510 de 1998; en esta sentencia se reconocen expresamente los siguientes derechos fundamentales de las comunidades indígenas:

- a. El derecho a la subsistencia acorde con el derecho a la vida (artículo 11 de la CP).
- b. El derecho a la integridad étnica¹³, cultural, social y económica acorde con el derecho a la integridad física, (artículo 12 de la Constitución Política).
- c. El derecho a la propiedad de tierra comunitaria como parte esencial de su cosmovisión multicultural (artículo 63¹⁴ y 329¹⁵ de la Constitución Política).
- d. El derecho a la participación en las principales decisiones y medidas que les puedan afectar directamente –extracción de

recursos naturales en sus territorios¹⁶–, (artículo 330 de la Constitución Política y artículo 15 de la ley 21 de 1991 sobre la consulta previa¹⁷).

Con los elementos jurídicos y teóricos se pasará a continuación a analizar los numerales c y d, respectivamente, toda vez que las bases constitucionales del derecho a la autonomía de los pueblos y comunidades indígenas en las regulaciones sobre la organización territorial están consagradas en el ordenamiento jurídico nacional e internacional. Así, y a través del caso que se menciona a continuación, se expondrá la tutela interpuesta por la comunidad Embera-Katío contra la hidroeléctrica de Urrá S. A. por inundar los territorios de las comunidades indígenas sin la consulta previa a esta comunidad.

13 Al respecto la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-139 1996 que: “Los grupos étnicos, calificados hace un siglo como “salvajes”, son considerados por la Constitución actual como comunidades culturales diferentes y las personas que las constituyen, en consecuencia, tratadas como portadoras de otros valores, con otras metas y otras ilusiones que las tradicionalmente sacralizadas con el sello de occidente. No son ya candidatos a sufrir el proceso benévolo de reducción a la cultura y a la civilización, sino sujetos culturales plenos, en función de la humanidad que encarnan, con derecho a vivir a tono con sus creencias y a perseguir las metas que juzgan plausibles, dentro del marco ético mínimo que la propia Constitución señala”. Por su parte, la Sentencia T-496 de 1996 de la Corte Constitucional de Colombia dice: “El reconocimiento de la sociedad moderna como un mundo plural en donde no existe un perfil de pensamiento si no una confluencia de fragmentos socio culturales, que se aleja de la concepción unitaria de “naturaleza humana”, ha dado lugar en occidente a la consagración del principio constitucional del respeto a la diversidad étnica y cultural. Los Estados, entonces, han descubierto la necesidad de acoger la existencia de comunidades tradicionales diversas, como base importante del bienestar de sus miembros, permitiendo al individuo definir su identidad, no como “ciudadano” en el concepto abstracto de pertenencia a una sociedad territorial definida y a un Estado gobernante, sino una identidad basada en valores étnicos y culturales concretos”.

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

15 El artículo 329 de la Constitución política de Colombia dice “La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable”.

16 Un caso muy sonado en Colombia al respecto fue el de la comunidad U'wa y su demanda a la multinacional Oxy. En la sentencia C-139 de 1996 dijo la Corte Constitucional de Colombia: “En una sociedad como la colombiana, en la que existen 81 pueblos indígenas, muchos de ellos conocidos sólo por especialistas, cuyos sistemas jurídicos pueden ser clasificados en 22 grupos, resulta aventurado establecer reglas generales que diriman el conflicto entre diversidad y unidad. Si bien el legislador tiene competencia para establecer las directivas de coordinación entre el sistema judicial indígena y el nacional, la eficacia del derecho a la diversidad étnica y cultural y el valor del pluralismo pueden ser logrados satisfactoriamente sólo si se permite un amplio espacio de libertad a las comunidades indígenas, y se deja el establecimiento de límites a la autonomía de éstas a mecanismos de solución de conflictos específicos, como las acciones ordinarias o la acción de tutela”.

17 El artículo 15 de la ley 21 de 1991 establece: 1. Los derechos de los pueblos indígenas tales como los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden la opción a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o exploración de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

2. ANÁLISIS DEL CASO: HIDROELÉCTRICA DE URRÁ S. A. Y EL PUEBLO EMBERA KATÍO

El proyecto de construcción de la represa Urrá sobre el río Sinú, en el departamento de Córdoba, se ha convertido en uno de los casos más polémicos en Colombia—costó 780 millones de dólares y genera 340 megavatios. Si se le compara con la Hidroeléctrica de San Carlos, en Antioquia, que costó 300 millones de dólares y genera 350 megavatios. Inundó más de 7.000 hectáreas de bosques, de las cuales unas 400 se encuentran en el Parque Nacional Natural de Paramillo, afectando directamente los medios de vida y la propia existencia del pueblo indígena Embera - Katío y de las comunidades de pescadores del área—, en cuanto toca directamente el derecho fundamental del pueblo Embera-Katío a ser consultado previamente sobre la inundación de su territorio, desconociendo derechos como el consagrado en el artículo 330 de la Constitución política de Colombia, la ley 21 de 1991, el decreto 1320 del 13 de julio de 1998 y la ley 685 del 15 de agosto de 2001—Código de Minas— que establece en su artículo 122:

La autoridad minera señalará y delimitará, con base en estudios técnicos y sociales, dentro de los territorios indígenas, zonas mineras indígenas en las cuales la exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros deberán ajustarse a las disposiciones especiales del presente Capítulo sobre protección y participación de las comunidades y grupos indígenas asentados en dichos territorios.

Igualmente el artículo 127 dice que:

La autoridad indígena señalará, dentro de la zona minera indígena, los lugares que no pueden ser objeto de exploraciones o

explotaciones mineras por tener especial significado cultural, social y económico para la comunidad o grupo aborígen, de acuerdo con sus creencias, usos y costumbres.

Así y en relación con la participación en las normas que los afectan, dijo la Corte Constitucional de Colombia que:

El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación (Sentencia C-620 de 1993, 2003).

2. 1 Planteamientos generales de la sentencia T- 652 de 1998 de la Corte Constitucional de Colombia

Partes accionantes: Rogelio Domicó Amaris, Organización Nacional Indígena de Colombia, Comisión Colombiana de Juristas, Alirio Pedro Domicó y otros, en representación del pueblo embera -Katío del Alto Sinú. Accionados: El Presidente de la República, los ministros del Interior, Agricultura, Medio Ambiente, y Minas y Energía, la alcaldía municipal de Tierralta (Córdoba) y la empresa Multipropósito Urrá S. A. -ESP-, por la presunta violación de los derechos fundamentales del pueblo embera-katío del Alto Sinú.

Derechos vulnerados. Derecho a la integridad territorial y al dominio sobre el resguardo, y su relación con el derecho fundamental a la supervivencia del pueblo indígena, explotación

de recursos naturales en territorios indígenas y la protección que debe el Estado a la identidad e integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas, derecho a la igualdad en la prestación del servicio público de atención a la salud.

ANTECEDENTES

1. Hechos motivo de las solicitudes de amparo.

Mediante resoluciones 27 (febrero 20, 1989), 142 (diciembre 18, 1992) y 167 (diciembre 14, 1992), el Gobierno Nacional declaró de utilidad pública e interés social el territorio necesario para la construcción del proyecto hidroeléctrico Urrá I bajo la administración de la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica (CORELCA). El proyecto lo inició ISA en 1980, pasó a ser responsabilidad de CORELCA en 1982, y en 1992 se creó para manejarlo la Empresa Multipropósito Urrá S. A. (Cuaderno 1, folios 1-5).

El proyecto hidroeléctrico en cuestión se sitúa sobre el río Sinú en el departamento de Córdoba. Dentro de los impactos ambientales comprobados se destacan la desviación del río Sinú, y la inundación de secciones de los territorios del pueblo Embera-Katío; los ingenieros consultores Gómez, Cajiao y Asociados Cía. Ltda. (Cuaderno 1, folio 44), estimaron inicialmente el área de tales secciones en cuarenta y tres (43) hectáreas. Sin embargo, después de este estimado se manejaron diferentes cálculos y se generó incertidumbre alrededor de las dimensiones de la inundación.

En el territorio tradicional de los Embera-Katío, dos porciones fueron constituidas como resguardos indígenas mediante las resoluciones 002/93 y 064/96 del Instituto Colom-

biano de la Reforma Agraria (INCORA). El de Karagaví, que se encuentra a lo largo de los ríos Esmeralda y Sinú en la jurisdicción del municipio de Tierralta en el departamento de Córdoba y del municipio de Ituango en el departamento de Antioquia; y el de Iwagadó, antigua Reserva Indígena de Río Verde, que colinda con el anterior y está situado a lo largo del río Verde en la jurisdicción del municipio de Tierralta, departamento de Córdoba. Antes de la constitución de esos resguardos, el INDERENA y el Ministerio de Minas y Energía crearon el Parque Nacional Natural del Paramillo, quedando sobrepuestos el parque y los dos resguardos. La población de Iwagadó es de unos 750 habitantes, y la de Karagaví de 1.549; de éstos, 769 habitan sobre el río Esmeralda y 780 sobre el Sinú.

Ahora bien, el 13 de abril de 1993, aunque no se había adelantado el proceso de consulta previa al pueblo Embera-Katío como lo requerían la ley 21 de 1991 y el artículo 330 de la Constitución política, el INDERENA le otorgó a CORELCA una licencia ambiental (resolución 0243/93), para la construcción de las obras civiles y la desviación del río Sinú (Cuaderno 8, folios 3-10); quedó pendiente la licencia para la segunda etapa, de "llenado y operación del proyecto" (Cuaderno 8, folio 7).

Como condición previa a la financiación anual de los proyectos existentes, Urrá impuso unilateralmente la resolución del conflicto interno y la acreditación de los representantes de cada resguardo (Cuaderno 8, folios 153-6). Esta posición fue respaldada por la ONIC, según oficio del 20 de noviembre 1997, que recomendó a Urrá abstenerse de suscribir acuerdos por defectos de validez. En el caso de los convenios existentes o interacciones necesarias, la ONIC recomendó tratar con los gobernadores de cada comunidad y con el Cabildo Mayor que cada una respalde. (Cuaderno 8, folios 114-116).

El 22 de noviembre 1994, se suscribió un Acta de Compromiso entre la Empresa Urrá S. A., la comunidad indígena y la ONIC, en la que se establecieron las bases para el proceso de consulta previo a la licencia para la segunda etapa de la obra; la compensación por el impacto consistiría en la elaboración y ejecución de un plan de desarrollo, luego conocido como el Plan de Etnodesarrollo -2 de octubre de 1995-. Este contiene 8 programas aprobados por Urrá en las áreas de: manejo sostenible del hábitat tradicional del pueblo Embera-Katío en el Parque Nacional del Paramillo (Karagaví); manejo ambiental y socioeconómico del río Verde (Iwagadó); desarrollo pecuario; organización del pueblo Embera-Katío; educación; salud; actividades de género; y recreación y cultura. (Cuaderno 4, folio 133).

El 23 de octubre de 1996, se suscribió un convenio entre la Empresa Multipropósito Urrá S. A., el INCORA, el Ministerio del Medio Ambiente, el Ministerio de Minas y Energía y el pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, en el que se acordó que a la firma dueña del proyecto le correspondía: (1) cumplir con los compromisos del Plan de Etnodesarrollo para 1996; (2) financiar el Plan de Etnodesarrollo hasta el año 2000; y (3) mejorar sus esfuerzos en el transporte de peces, al igual que revisar y reformular el proyecto de estanques piscícolas. Además, el pueblo Embera exigió como condición previa a la inundación, el pago del servicio ambiental por el mantenimiento de los bosques y las aguas, y el pago de una participación en los ingresos por la generación eléctrica. Para darle seguimiento a estas condiciones, Urrá S. A. se comprometió a establecer una Comisión Interinstitucional de Concertación, integrada por el Ministerio del Medio Ambiente, el Ministerio de Minas y Energía, Urrá S. A., la Defensoría del Pueblo, la ONIC y el Cabildo Mayor, para que *“en el término de un mes concerte sobre las propuestas que formulen las comunidades y las instituciones competentes.”* (Cuaderno 8, folios 34-38). En siguientes fases

de la consulta, Urrá ha negado su obligación de conceder un porcentaje de sus ingresos a la comunidad Embera Katío. En cambio, relevante al pago de servicio ambiental, Urrá ha propuesto repartir el 1%, fijado por ley, entre los ocupantes de la cuenca afectada, dentro de los cuales figuran los Embera. (Cuaderno 8, folios 40-48).

En este orden de ideas y siguiendo el debido proceso, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Sala Laboral, conoció en primera instancia, y consideró la tutela improcedente por las siguientes razones:

(1) Derecho a la jurisdicción indígena. (Constitución política. Artículos 246 y 330). El Tribunal consideró que se trata de un conflicto interno, entre los Embera-Katío, más que de una violación constitucional protagonizada por el Alcalde de Tierralta. En este sentido, la controversia versa sobre un asunto autónomo de los integrantes de los Resguardos de Karagaví e Iwagadó que no han logrado ponerse de acuerdo sobre la estructura de su gobierno.

(2) Incumplimiento de contratos interadministrativos. Con respecto a la violación de derechos constitucionales por el incumplimiento de contratos interadministrativos y la retención de transferencias del Estado, el Tribunal Superior de Montería consideró que existen otros medios judiciales para la solución del presente conflicto. Además, el Tribunal consideró que los actores no interpusieron la tutela como un recurso preventivo, sino que pidieron una solución definitiva.

(3) Violación al derecho de consulta. Sobre la insuficiente información para la consulta previa a la inundación, el Tribunal reafirmó las garantías provistas por el Ministerio del Medio Ambiente. Señaló que los requisitos de la licencia ambiental salvaguardan con amplitud los derechos de las comunidades indígenas.

(4) Incumplimiento de contratos. Respecto de los contratos sobre salud, educación, y piscícola, resultado de previos acuerdos entre las comunidades indígenas y la hidroeléctrica, el Tribunal consideró que se debe presumir la validez del acuerdo del 7 de diciembre de 1995. Con respecto a las obligaciones correspondientes a Urrá S. A., esa Corporación concluyó: "Si dichos proyectos o acuerdos han sufrido cualquier inconveniente, tropiezo o retraso, no ha sido por causas imputables a Urrá, y precisamente ello se debe, al conflicto interno existente dentro de la comunidad Embera-Katío".

(5) Violación a la jurisdicción del Resguardo (CP Artículo 246). El Tribunal consideró que los indígenas que habitan por fuera del resguardo tienen un dominio individual sobre las mejoras, y tales intereses se pueden negociar a título personal.

(6) Violación al derecho de consulta por la remoción de bosques. Los demandantes señalan que los planes de deforestación de Urrá S. A. constituyen otra violación de sus derechos constitucionales, pues no fueron puestos a su consideración e incluídos como punto de concertación. El Tribunal consideró que sobre: "... cualquier impacto que pueda tener la remoción naturalmente tendría que haber concertación con la comunidad indígena...".

(7) Violación de la autonomía. El Tribunal consideró que el reconocimiento, por parte del Alcalde de Tierralta, del Cabildo impugnado por algunos de los demandantes goza de presunción de legalidad, y que Urrá S. A. tiene derecho de contratar con los representantes de los Embera-Katío reconocidos por la Alcaldía de Tierralta.

En segunda instancia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, consideró que se trata de un asunto de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa; por

tanto, la tutela es improcedente. Además, examinó algunos temas de la siguiente manera:

(1) Violación al derecho de auto-gobierno. "...Si lo que busca el pueblo indígena Embera-Katío es nombrar Cabildos por Río (sic), como lo quieren los accionantes, su propia legislación, en virtud del principio de la autonomía que la rige, permite dirimir internamente el conflicto que viene siendo objeto de controversia desde hace algún tiempo. Pero no es a través de la tutela como se resuelve aquél, pues, se repite, sus autoridades, con las funciones y poderes jurisdiccionales que tienen, están facultadas para ello, de acuerdo con los usos, costumbres, valores culturales y reglamento interno de cada comunidad dentro de su propio territorio". (Cuaderno 0, folio 50).

(2) Incumplimiento de Contratos Interadministrativos y retención de transferencias. En caso de incumplimiento, señaló que es la jurisdicción contencioso-administrativa es la competente para resolver el asunto; además, la Corte Suprema no encontró que exista un perjuicio irremediable.

(3) La Corte Suprema definió, con base en el concepto de Urrá, las dimensiones definitivas del territorio a ser inundado, y descalificó la presunta mala fe por parte de la empresa Urrá S.A.

(4) Consideró también que no deben imponerse límites a la empresa en sus relaciones con los representantes indígenas actualmente reconocidos por la Alcaldía de Tierralta.

Por su parte, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá -Sala Penal- decidió negar por improcedente la tutela solicitada por Alirio Pedro Domicó y otros (28 de agosto de 1998); consideró esta Corporación que:

Lo que surge de las pretensiones contenidas en la demanda de tutela promovida

por Alirio Pedro Domicó, Miguel Restrepo Domicó, Luis Pernía Pernía, Alejandro Domicó, Arceli Domicó, Luce Chara y otros, es que por vía de tutela se les amparen unos derechos 'colectivos': participación de los pueblos indígenas, la autonomía y el derecho al territorio, cuya protección judicial debe buscarse a través de una acción popular, precisamente la consagrada en el artículo 88 de la Constitución Política, que fue reglamentada por la Ley 472 expedida el 5 de agosto de 1998 y no existe un perjuicio irremediable que se pueda evitar con ella a los miembros de la comunidad Embera y Resguardo Karagabí, que ocupa la región de Tierralta Sinú; además, las pretensiones adolecen de objeto" (folios 95-96).

Consideraciones de la Corte Constitucional. El análisis sobre los derechos fundamentales del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, conculcados son en opinión de la Corte los siguientes:

1. Derecho a la integridad territorial y al dominio sobre el resguardo, y su relación con el derecho fundamental a la supervivencia del pueblo indígena.

La supervivencia del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, su organización política y representación frente a las autoridades municipales, departamentales y nacionales, el derecho que constitucionalmente le asiste de participar en las decisiones sobre la explotación de los recursos naturales en sus territorios tradicionales, el impacto de la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica Urrá I, los efectos previsibles del llenado y funcionamiento de este proyecto, la mitigación y compensación del impacto y los efectos, así como la participación en los beneficios de la explotación del recurso hídrico, son todos asuntos referidos al territorio en el que se encuentra asentado ese pueblo. Por tanto el grupo étnico requiere para sobrevivir del territorio en el cual está

asentado, para desarrollar su cultura. Presupone el reconocimiento al derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales ocupados y los que configuran su hábitat.

Para la Corte, el Incora se abstuvo de reconocer y proteger el derecho a la integridad cultural de este pueblo, violó el artículo 330 de la Carta política, y dejó de aplicar los citados artículos del Convenio 169 y el decreto 2001 de 1988, sin dejar constancia de las razones que, a su juicio, justificaban tal comportamiento; por tanto, esta Sala considera que el INCORA incurrió en una vía de hecho, y tal constitución irregular de dos resguardos, claramente obstaculiza en la actualidad la solución del conflicto interno. Por tanto, la Corte le ordenó al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y al Ministerio del Interior que procedieran, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta providencia, a iniciar la actuación tendente a unificar el resguardo del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú; además, deberán dar prioridad al trámite de esta actuación.

2. En cuanto a la explotación de recursos naturales en territorios indígenas y la protección que debe el Estado a la identidad e integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas, la Corte Constitucional de Colombia dijo en la sentencia T-342 de 1994:

... En atención al abuso, perjuicio y perjuicio que han padecido los pueblos autóctonos o aborígenes del territorio nacional, la Constitución Política de 1991 consagró el respeto a la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, en los preceptos contenidos en los artículos 7° (diversidad étnica y cultural de la nación colombiana), 8° (protección a las riquezas naturales y culturales), 72 (patrimonio cultural de la Nación) y 329 (conversión de las comunidades indígenas en entidades territoriales).

En tal sentir, la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido que los pueblos indígenas son sujetos de derechos fundamentales, y señaló que si el Estado no parte de garantizar uno de ellos, el derecho a la subsistencia, tales colectividades tampoco podrán realizar el derecho a la integridad cultural, social y económica que el Constituyente consagró a su favor, según Sentencia T-380 de 1993. Igualmente consta en la Sentencia SU-039 de 1997 de la Corte Constitucional de Colombia, cuando dijo:

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas 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 (artículo 80 Constitución Política), y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas que ocupan dichos territorios, es decir, de los elementos básicos que constituyen su cohesión como grupo social y que, por lo tanto, son el sustrato para su subsistencia.

Es decir, que debe buscarse un equilibrio o balance entre el desarrollo económico del país que exige la explotación de dichos recursos y la preservación de dicha integridad que es condición para la subsistencia del grupo humano indígena.

Para esta Corte resulta claro que en la reunión de enero 10 y 11 de 1995, no se estructuró o configuró la consulta requerida para autorizar la mencionada licencia ambiental. Dicha consulta debe ser previa a la expedición de ésta y, por consiguiente, actuaciones posteriores a su otorgamiento, destinadas a suplir la carencia de la misma, carecen de valor y significación.

Es decir, que debe buscarse un equilibrio o balance entre el desarrollo económico del país que exige la explotación de dichos recursos y la preservación de dicha integridad que es condición para la subsistencia del grupo humano indígena.

En conclusión, la Corte estima que el procedimiento para la expedición de la licencia ambiental que permitió la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica Urrá I se cumplió en forma irregular, y con violación de los derechos fundamentales del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, pues se omitió la consulta que formal y sustancialmente debió hacerse.

Por tanto, en opinión de la Corte, no sólo resultaron vulnerados el derecho de participación (Constitución política, artículo 40-2 y parágrafo del artículo 330), el derecho al debido proceso (Constitución política, artículo 29), y el derecho a la integridad de este pueblo (Constitución política, artículo 330), sino que se violó el principio del respeto por el carácter multicultural de la nación colombiana consagrado en el artículo 7 Superior, y se viene afectando gravemente el derecho a la subsistencia de los Embera del Departamento de Córdoba (Constitución política, artículo 11), a más de que el Estado incumplió los compromisos adquiridos internacionalmente e incorporados al derecho interno por medio de la ley 21 de 1991 en materia de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Lo anterior llevó a la Corte a revocar las sentencias del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Córdoba y la Corte Suprema de Justicia, tutelando por consiguiente los derechos fundamentales a la supervivencia, a la integridad étnica, cultural, social y económica, a la participación y al debido proceso del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú.

De esta manera, la omisión de la consulta previa para otorgar la licencia ambiental a la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica, la violación de los mencionados derechos, y los daños irreversibles que la construcción de tales obras han causado a las comunidades indígenas, la Corte ordenó que se indemnice al pueblo afectado al menos en la cuantía que garantice su supervivencia física, mientras elabora los cambios culturales, sociales y económicos a los que ya no puede escapar, y por los que los dueños del proyecto y el Estado, en abierta violación de la Constitución y la ley vigentes.

Además, dijo la Corte que si los Embera-Katío del Alto Sinú y la firma dueña del proyecto no llegaren a un acuerdo sobre el monto de la indemnización que se les debe pagar a los primeros, dentro de los seis (6) meses siguientes a la notificación de esta providencia, los Embera-Katío deberán iniciar ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Córdoba - juez de primera instancia en este proceso de tutela-, el incidente previsto en la ley para fijar la suma que corresponda a un subsidio alimentario y de transporte, que pagará la firma propietaria del proyecto a cada uno de los miembros del pueblo indígena durante los próximos quince (15) años, a fin de garantizar la supervivencia física de ese pueblo, mientras adecuan sus usos y costumbres a las modificaciones culturales, económicas y políticas que introdujo la construcción de la hidroeléctrica sin que ellos fueran consultados, y mientras pueden educar a la siguiente generación para asegurar que no desaparecerá esta cultura en el mediano plazo.

Una vez acordada o definida judicialmente la cantidad que debe pagar a los Embera-Katío la Empresa Multipropósito Urra S. A. -expuso la Corte- se constituirá un fondo para la indemnización y compensación de los efectos del proyecto, que se administrará bajo la modalidad del fideicomiso, y de él se pagará men-

sualmente a las autoridades de cada una de las comunidades en mención. Para la Corte la firma propietaria del proyecto no ha reconocido los reales efectos de la obra sobre los recursos ictiológicos de toda el área de influencia de la hidroeléctrica, ni el largo término y alto costo que requerirá el repoblamiento de los ríos del área con especies nativas (mucho mayores desde que se decidió no remover la mayor parte de la biomasa presente antes de llenar la presa), ni los efectos sobre las condiciones climáticas de las cuencas, ni los impactos previsibles sobre la morbi-mortalidad en la zona de influencia de la represa.

3. La Corte también analizó la relación al derecho al mínimo vital y cambio forzado de una economía de subsistencia de bajo impacto ambiental, a una agraria de alto impacto y menor productividad. Mencionó que todos los motivos de queja de los Embera-Katío respecto de los repentinos y graves cambios que trajo la construcción de un embalse en su territorio tradicional, son ampliamente tratados en la literatura sobre el tema y, por tanto, eran previsibles: mencionó la Corte en esta sentencia que:

La creación de un embalse implica el cambio brusco de un ecosistema terrestre a uno acuático, y al mismo tiempo, el cambio de un ecosistema lótico a uno léntico. El primer paso, o sea la inundación de un área terrestre que antes tenía una función social y económica, implica un impacto sobre una población que debe relocalizarse y a menudo cambiar de hábitos de vida; a su vez, la zona que se va a inundar es un ecosistema natural cuyo valor ecológico debe ser cuidadosamente estudiado antes de ocasionar pérdidas irreparables. En cuanto al paso de un ecosistema lótico a uno léntico, ecológicamente el cambio es dramático y radical. Un embalse se convierte en un ecosistema híbrido entre un lago y un río. El río embalsado regula

y retarda su flujo y se extiende en forma de una capa de agua que con el tiempo alcanza su equilibrio, tanto en relación con el entorno físico como con referencia al desarrollo de la vida. La tasa de renovación es más lenta que en el río y más rápida que en el lago. La organización vertical del lago y la horizontal del río quedan sustituidas por otra organización intermedia y característica, en la que el elemento más importante es la asimetría dada por la presa y la cola del embalse.

El agua de los embalses posee características enteramente diferentes a la de los lagos naturales, en cuanto al contenido de sales, sólidos disueltos y temperatura se refiere. Los embalses, de acuerdo con su tamaño, pueden afectar el clima de la región, aumentar la sismicidad, incrementar la incidencia de algunas enfermedades (especialmente en el trópico), propiciar la desaparición de especies acuáticas o el establecimiento de otras nuevas, y desde el punto de vista humano, cambiar toda la estructura social y económica de una región.

Es claro por tanto y según las pruebas aportadas al proceso, que la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica Urrá I resultaron más perjudiciales para la integridad cultural y económica del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, que la presión territorial y el infrareconocimiento a los que estuvieron sometidos desde la conquista española: tales obras no sólo constituyen otra presión territorial, sino que hicieron definitivamente imposible para este pueblo conservar la economía de caza, recolecta y cultivos itinerantes que le permitió sobrevivir por siglos sin degradar el frágil entorno del bosque húmedo tropical que habitan.

Por ejemplo, la pesca cotidiana, que de manera gratuita enriquecía la dieta embera con proteínas y grasas de origen animal, se hizo improductiva y no podrá volverse a practicar

hasta después de una década o más; la caza, práctica esporádica y complementaria, no tiene objeto en los terrenos deforestados de Iwagadó y requiere de largos desplazamientos en Karagabí, a más de ser insuficiente para compensar la pérdida del pescado; la entresaca de madera está prohibida, y la rotación de cultivos seriamente restringida con la superposición de las tierras de los actuales resguardos con el Parque Nacional Natural; adicionalmente, con la inundación de la presa perderán las vegas aluviales que les permitían obtener al menos dos ricas cosechas al año; las corrientes que les permitían transportarse serán reemplazadas por aguas quietas; los referentes geográficos conocidos por todos y los sitios sagrados relacionados con rápidos y estrechos del río ya no van a estar allí cuando se inunde la presa.

Por tanto, ordenó la Corte a la Corporación Autónoma Regional del río Sinú y el San Jorge (CVS) que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la providencia, procedan a iniciar el proceso de concertación tendente a fijar el régimen especial que en adelante será aplicable al área de terreno en la que están superpuestos el Parque Nacional Natural del Paramillo y los actuales resguardos indígenas, de acuerdo con lo establecido en el decreto 622 de 1997; pues la protección ecológica del parque nacional no puede hacerse a costa de la desaparición forzada de este pueblo indígena.

También se le ordenó a la Empresa Multipropósito Urrá S. A. que concurra a ese proceso de concertación para determinar el monto de la financiación a su cargo, pues como dueña del proyecto, a ella le corresponde asumir el costo del plan destinado a lograr que las prácticas embera tradicionales de recolección y caza, puedan ser reemplazadas en la cultura de este pueblo indígena, por las prácticas productivas (compatibles con la función ecológica de su propiedad colectiva sobre las tierras del resguardo), que le permitan en el futuro vivir

dignamente y desarrollarse de manera autónoma. Con base en los anteriores criterios la Corte Constitucional resolvió:

Primero. REVOCAR las sentencias proferidas en el proceso radicado bajo el número T-168.594 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Córdoba y la Corte Suprema de Justicia, y la proferida en el proceso radicado bajo el número T-182.245 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá; en su lugar, tutelar los derechos fundamentales a la supervivencia, a la integridad étnica, cultural, social y económica, a la participación y al debido proceso del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú.

Segundo. ORDENAR al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y al Ministerio del Interior que procedan, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta providencia, cada una de esas entidades en lo que es de su competencia legal, a iniciar la actuación tendente a unificar el resguardo del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú; además, deberán dar prioridad al trámite de esta actuación.

Tercero. ORDENAR a la Empresa Multipropósito Urrá S. A. que indemnice al pueblo Embera-Katío del Alto Sinú al menos en la cuantía que garantice su supervivencia física, mientras elabora los cambios culturales, sociales y económicos a los que ya no puede escapar, y por los que los dueños del proyecto y el Estado, en abierta violación de la Constitución y la ley vigentes, le negaron la oportunidad de optar.

Cuarto. ORDENAR a los Ministerios del Interior y del Medio Ambiente que inapliquen del decreto 1320 de 1998 en este proceso de consulta, pues resulta a todas luces contrario a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la ley 21 de 1991; en su lugar, deberán atender en este caso las siguientes pautas: a) debe respetarse el término ya acordado para que los

representantes de los indígenas y sus comunidades elaboren su propia lista de impactos del llenado y funcionamiento de la represa; b) la negociación de un acuerdo sobre la prevención de impactos futuros, mitigación de los que ya se presentaron y los previsibles, compensación por la pérdida del uso y goce de parte de los terrenos de los actuales resguardos, participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales, y demás temas incluidos en la agenda de la consulta, se adelantará en los tres (3) meses siguientes a la notificación de este fallo de revisión; c) este término sólo se podrá prorrogar, a petición del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, la firma propietaria del proyecto, la Defensoría del Pueblo o la Procuraduría Agraria, hasta por un lapso razonable que en ningún caso podrá superar al doble del establecido en la pauta anterior; d) si en ese tiempo no es posible lograr un acuerdo o concertación sobre todos los temas, "la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrarse 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".

Quinto. ORDENAR al Ministerio del Medio Ambiente y a la Corporación Autónoma Regional del río Sinú y el San Jorge (CVS) que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, procedan a iniciar el proceso tendente a concertar el régimen especial que en adelante será aplicable al área de terreno en la que están superpuestos el parque nacional natural del Paramillo y los actuales resguardos indígenas, de acuerdo con lo establecido en el decreto 622 de 1997, pues la protección ecológica del parque nacional

no puede hacerse a costa de la desaparición forzada de este pueblo indígena.

También se ordenará a la Empresa Multipropósito Urrá S. A. que concurra a ese proceso de concertación para fijar el monto de la financiación a su cargo (que es independiente de la indemnización de que trata el numeral tercero de esta parte resolutive), del plan destinado a lograr que las prácticas embera tradicionales de recolección y caza, puedan ser reemplazadas en la cultura de este pueblo indígena, por las prácticas productivas (compatibles con la función ecológica de su propiedad colectiva sobre las tierras del resguardo), que le permitan en el futuro vivir dignamente y desarrollarse de manera autónoma.

Sexto. ORDENAR a la Alcaldía de Tierralta que, si aún no lo ha hecho, proceda a inscribir a los miembros del pueblo Embera-Katío de ese municipio en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y vele porque no sólo se les atienda como corresponde, sino que se les entreguen de manera gratuita las medicinas que el médico tratante les recete.

Séptimo. ORDENAR al Ministerio del Medio Ambiente que intervenga activamente en el resto del proceso de consulta que actualmente se adelanta y, que ponga especial cuidado en que no se minimicen de manera irresponsable, los riesgos previsibles para la salud y la supervivencia de los Embera-Katío del Alto Sinú.

Octavo. ADVERTIR a la Alcaldía de Tierralta, a la Gobernación de Córdoba, al Ministerio del Interior, a la Empresa Multipropósito Urrá S. A., a la Procuraduría Agraria, a la Defensoría del Pueblo, y a las organizaciones privadas intervinientes en este proceso, que se deben abstener de interferir en los asuntos propios de la autonomía que la Carta Política otorga al pueblo Embera-Katío del Alto Sinú.

Noveno. ORDENAR a la Alcaldía de Tierralta, a la Gobernación de Córdoba, al Ministerio del Interior y a la Empresa Multipropósito Urrá S.A., que reinicien inmediatamente, si aún no lo han hecho, todos los programas acordados con los Embera-Katío en el marco del plan de etnodesarrollo, y que mantengan su ejecución hasta que tales programas sean reemplazados por los acuerdos a que se llegue en el proceso de consulta para el llenado y funcionamiento de la hidroeléctrica.

Décimo. No tutelar los derechos de los Embera que decidieron separarse de la vida comunitaria de su pueblo; puesto que no puede la Corte Constitucional aceptar la agencia oficiosa de tales derechos, ignorando la manifestación expresa de sus titulares sobre su deseo de no reincorporarse al resguardo y de residir en Tierralta. Undécimo. Advertir a la Empresa Multipropósito Urrá S. A., al Ministerio del Interior, al Ministerio de Minas y Energía, al Ministerio del Medio Ambiente, al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Río Sinú y el San Jorge, a la Procuraduría Agraria, y a la Defensoría del Pueblo, que la orden de no llenar el embalse se mantiene hasta que la firma propietaria del proyecto cumpla con todos los requisitos que le exigió el Ministerio del Medio Ambiente por medio del auto número 828 del 11 de noviembre de 1997 a fin de otorgarle la licencia ambiental, cumpla con las obligaciones que se desprenden de esta sentencia, y ponga en ejecución las que se definirán en el proceso de consulta aún inconcluso, y en el de concertación que se ordenó arriba. Duodécimo. Comunicar esta sentencia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Córdoba y al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá para los efectos contemplados en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

CONCLUSIONES

- En aras a proteger los derechos de las comunidades indígenas, la Corte Constitucional ha tomado cartas en el asunto y, por medio de las anteriores decisiones judiciales, determina que el objeto de estudio se determina por la protección constitucional de los derechos a la integridad étnica y cultural, a la participación en las decisiones que los afectan, a la vida y a la integridad del Pueblo Indígena Embera-Katío.
- Conforme a la Constitución política, se reconoce la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, por tanto es deber del Estado colombiano proteger sus riquezas, promoviendo y fomentando el desarrollo de todas las culturas en condiciones de igualdad. Con ello se protege el derecho fundamental de los integrantes de los grupos étnicos a optar por una formación que respete y desarrolle su identidad y le permita a sus autoridades influir decididamente en la conformación de las entidades territoriales indígenas, al igual que en la explotación de los recursos naturales para que se adelante *“sin desmedro de la integridad cultural, social y económica indígenas”* –artículos 1º, 7º 8º, 70, 13, 10º, 68, 246 y 330 C. P.
- En el anterior sentido es claro el mandato del Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, aprobado por la ley 121 de 1991¹⁸. Dicho convenio asume que estos Pueblos *“pueden hablar por si mismos, que tienen derecho a participar en el proceso de toma de decisiones que los afectan y que su contribución, además, será beneficiosa para el país en que habi-*

*tan*¹⁹”. En consecuencia, este instrumento internacional establece las pautas para que los Estados Partes adelanten gestiones de reconocimiento tendientes a la inclusión de los grupos étnicos, mediante el mecanismo de la consulta previa y el derecho de los grupos étnicos a la autodeterminación en lo que atañe a su proceso de desarrollo.

- La Corte Constitucional, en su desarrollo jurisprudencial, ha determinado que el objetivo primordial de la consulta previa es preservar la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, tal como lo prevé el artículo 7º de la Carta política, el Convenio 169 de la OIT, mandatos que buscan salvaguardar plenamente los derechos de los pueblos indígenas, así como *“las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”* (ley 21 de 1991, artículo 13 y 14, 1991). Por tanto en palabras de la Corte los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a ser consultados previamente respecto de las medidas que los afecten directamente, en particular sobre las relacionadas con el espacio que ocupan y la explotación de recursos en su hábitat natural, consultas que habrá de establecer *“si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.*
- En síntesis se puede concluir que a la fecha, las comunidades indígenas del pueblo Embera Katío del Alto Sinú se encuentran en inminente riesgo:
 - Por la presión de los grupos armados que accionan en la región paramilitares y guerrilla.
 - Desplazamiento interno hacia centros urbanos, desapariciones y asesinatos de sus líderes.

18 Sobre el Convenio 169 de la OIT, sus antecedentes, desarrollo y trascendencia, en materia de la preservación de la identidad cultural de la Nación Colombiana, se pueden consultar entre otras decisiones la sentencia SU-383 de 2003, ya citada. Ahora, es de aclarar que la OIT viene realizando una serie de investigaciones de corte multicultural sobre los pueblos indígenas, esto es, sus prácticas religiosas, su cultura, su sistema jurídico, etc., que complementan su interés sólo en el aspecto laboral.

19 OIT, Guía para la Aplicación del Convenio 169, elaborada por el Servicio de Políticas para el Desarrollo (POLIDEV), en cooperación con el Servicio de Igualdad y Coordinación de los Derechos Humanos (EGALITE). Al respecto consultar la Sentencia SU-383 de 2003 de la Corte Constitucional de Colombia.

- Desconocimiento de sus derechos ancestrales al territorio del pueblo Embera-Katío, específicamente por su reubicación como colectivo.
- No concertación con toda la comunidades afectada. –Varias mesas de negociación–. La Corte Constitucional en sentencia T- 632 de 1998 había ordenado dialogar todos los temas en una sola mesa.
- La no compensación económica como pueblo por la pérdida de su territorio. –Se ha indemnizado con pagos individualizados a los indígenas, desconociendo sus derechos fundamentales, como colectivo, convirtiéndose en uno de los principales problemas de división de la comunidad indígena–.
- Incumplimiento a las disposiciones de la Sentencia T- 632 de 1998 específicamente por:
 - a. Deficiencias en la construcción intersubjetiva del plan de etnodesarrollo. –definir su propia reubicación, supervivencia cultural y proyectos económicos de subsistencia. No como imposición externa de las directivas de la empresa–
 - b. Inadecuada representación del pueblo Embera-Katío en las mesas de negociación para la obtención de la licencia ambiental –sólo asistieron algunos representantes de las comunidades y el gobierno envió a los delegados, solo como veedores y sin capacidad de decisión–.
 - c. Poco seguimiento por parte del Estado a los compromisos con el pueblo Embre- ra- Katío –dilatación en el cumplimiento de los términos ordenados por la Corte Constitucional–.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. España: Centro de estudios Constitucionales.

Cortés, F. & Monsalve, A. (1996). *Liberalismo y comunitarismo: Derechos humanos y democracia*, Valencia, Colciencias, Alfons El Magnàniman.

Durango, G. (2006). *Derechos fundamentales y democracia deliberativa*. Bogotá: Temis.

Durango, G. (2003). *Habermas y los derechos fundamentales*. Medellín: Universidad Autónoma Latinoamericana.

Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías*, Madrid: Trotta.

Habermas, J. (1989). *Identidades nacionales y posnacionales*. España: Tecnos.

Habermas, J. (2000). *La constelación posnacional*. España: Paidós.

Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural*. España: Paidós.

Pettit, P. (2004). *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*. España: Paidós.

Preafán, C. (1994). *Regímenes jurídicos Wayúu, Tukano y Paez*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

- Thiebaut, C. (1992). *Los límites de la comunidad*. España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Taylor, Ch. (1992). La política del reconocimiento. En Fondo de Cultura Económica (Ed.). *Multiculturalismo*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Taylor, Ch. (1992 B). *Sources of the self*. Estados Unidos: Cambridge University.
- Walzer, M. (1983). *Las esferas de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Gavara, J. C. (1994). *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*. España: Centro de Estudios Constitucionales.
- República de Colombia. (1996). Ley 21 de 1991.
- República de Colombia, Corte Constitucional. (1993). *Sentencia T-257 de 1993*. Colombia.
- República de Colombia, Corte Constitucional. (1993). *Sentencia T-380 de 1993*. Colombia.
- República de Colombia, Corte Constitucional. (1993). *Sentencia T-405 de 1993*. Colombia.
- República de Colombia, Corte Constitucional. (1994). *Sentencia T-109 de 1994*. Colombia.
- República de Colombia, Corte Constitucional. (1994). *Sentencia T-254 de 1994*. Colombia.
- República de Colombia, Corte Constitucional. (1994). *Sentencia T-342 de 1994*. Colombia.
- República de Colombia, Corte Constitucional. (1996). *Sentencia C-139 de 1996*. Colombia.
- República de Colombia, Corte Constitucional. (1996). *Sentencia T-496 de 1996*. Colombia.
- República de Colombia, Corte Constitucional. (1997). *Sentencia SU-039 de 1997*. Colombia.
- República de Colombia, Corte Constitucional. (1998). *Sentencia SU-510 de 1998*. Colombia.
- República de Colombia, Corte Constitucional. (1998). *Sentencia T-605 de 1998*. Colombia.
- República de Colombia, Corte Constitucional. (1998). *Sentencia T-632 de 1998*. Colombia.
- República de Colombia, Corte Constitucional. (2003). *Sentencia C-620 de 2003*. Colombia.
- República de Colombia, Corte Constitucional. (2003). *Sentencia SU-383 de 2003*. Colombia.
- Rubio, F. (1995). *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina y Jurisprudencia)*. Barcelona: Ariel Derecho.
- Umaña, E. (1988). *La tramoya colombiana. Praxis y derechos humanos*. Bogotá: Corporación Colectivo de Abogados.