



SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA ACCIÓN - DE TUTELA RAD: 2014 - 09100

TRIBUNAL SUPERIOR SALA PENAL - PEREIRA

25 de abril de 2014,

<tribunalsuperiorsalapenalpereira@hotmail.com>

16:11

Para: MINISTERIO DE MINAS <notijudiciales@minminas.gov.co>

Ministerio de Minas y Energía

Origen: TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

Rad: 2014026250 28-04-2014 03:10 PM

Anexos: 1 LEGAJÓ

Destino: OFICINA ASESORA JURIDICA

Serie:

PEREIRA, ABRIL 25 DE 2014

SEÑOR

MINISTRO DE MINAS Y ENERGÍA

BOGOTÁ D.C.

COMEDIDAMENTE ME PERMITO DE NOTIFICARLO DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA PROFERIDA EN LA ACCIÓN DE TUTELA INSTAURADA POR LOS SEÑORES EDITH LUCÍA TABORDA Y LUIS ARLEY GUAPACHA EN CONTRA DE ESTA ENTIDAD Y OTROS, EN DATOS ADJUNTOS ENVIÓ OFICIO 1763 Y PROVIDENCIA ANTES MENCIONADA.

POR FAVOR ENVIAR ACUSO DE RECIBIDO URGENTE

GRACIAS POR SU ATENCIÓN

DIANA MILENA GÓMEZ RUBIO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA PENAL

PEREIRA - RISARALDA

TELÉFONOS 3147721 (TELEFAX)

3 archivos adjuntos

2014-00091-00 PARCIALIDADES INDIGENAS vrs MINERA SIELFELD -.doc
161K

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISION PENAL**

Magistrado Ponente

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Pereira, martes veintidós (22) de abril de dos mil catorce (2014)

Hora: 4:00 p.m.

Aprobado por Acta No. 205

TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA

Radicación: 66001-22-04-000-2014-00091-00

Accionante: *Parcialidades Indígenas Embera Karambá y
Embera Chamí*

Accionado: *Ministerio del Interior y otros*

ASUNTO

Resuelve la Sala la acción de tutela que promueven los representantes legales **DE LAS PARCIALIDADES INDÍGENAS EMBERA KARAMBÁ Y EMBERA CHAMÍ**, contra la **DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA DEL MINISTERIO DEL INTERIOR, LA AGENCIA NACIONAL MINERA Y LA COMPAÑÍA MINERA SEAFIELD S.A.S.**, por la presunta vulneración del derecho fundamental de las comunidades indígenas a la consulta previa.

ANTECEDENTES

Manifiestan los accionantes que tanto la comunidad Embera Karambá como la Embera Chamí ubicadas en el municipio de Quinchía, fueron debidamente reconocidas por el Ministerio del Interior y de Justicia,

la primera de ellas en el año 2007 y la segunda en el año 1997. Ambas comunidades son reconocidas actualmente como parcialidades, en proceso de constitución para ser resguardos indígenas. La comunidad Embera Karambá cuenta con 22 grupos en el territorio del municipio de Quinchía, para un total de 1113 familias, esto es 4809 personas; por su parte, la Embera Chamí en este municipio risaraldense tiene 17 grupos, constituidos por 472 familias que suman 2156 personas.

Afirman los actores, que la empresa minera Sealfiend ha realizado distintas actividades dentro los territorios que son ocupados por las familias pertenecientes a estas etnias, especialmente en las veredas Mapura y Miraflores, donde instalaron plataformas para la exploración; adicionalmente hacen saber, que desde el año 2011 la mencionada minera ha estado comprando terrenos en la vereda Miraflores, presionando a sus habitantes para que vendan.

Por otra parte, aseveran que Seafield ha desconocido por completo la autoridad de los pueblos Embera Chamí y Embara Karambá, ya que en ningún momento realizó algún proceso de consulta previa para la exploración y explotación minera del territorio, argumentando que ellos no son resguardo.

Hacen saber que el título minero ubicado en la vereda Miraflores fue comprado por la multinacional a la Asociación de Mineros Tradicionales de Miraflores, y la explotación que allí se realiza no sólo afecta a los miembros de la comunidad Embera Karambá que habitan el lugar, sino que también a los Embera Chamí de las veredas el Limón, Santa María y el Naranjal. Indican que las parcialidades no contemplan dentro de sus planes de vida las actividades mineras por parte de personas ajenas al territorio, y menos si éstas se van a realizar a cielo abierto; para este caso, la Seafield ha hecho

estar incurriendo en una falsedad en documento público, pues las actas que presentó adjuntas al escrito de tutela presentan anomalías y serias diferencias con las copias que de las mismas reposan en la Alcaldía, puesto que en la adjuntada se obvió el nombre del Alcalde del municipio y se cambió la ubicación de la firma del Secretario de Gobierno, adicionalmente aparecen unas rúbricas de personas que no firmaron el acta inicialmente; como prueba de lo anterior, aportó para su comparación copias de las mismas¹. Igualmente informó que las mencionadas actas de posesión de los representantes legales de las parcialidades demandantes, especialmente la relacionada con la señora Taborda, no contaban con la firma del Alcalde de Quinchía por cuanto antes de que ella se posesionara, varias personas de la comunidad Karambá de manera verbal le comunicaron la posible ocurrencia de irregularidades en su elección; por tanto el señor Alcalde se abstuvo de firmar el acta y dio parte de lo ocurrido al Consejo Regional Indígena de Risaralda –CRIR-, para que fueran ellos quienes dilucidaran el asunto, sin que hasta la fecha tengan conocimiento de que efectivamente la señora Taborda Guevara sea reconocida como la máxima autoridad legal de esa comunidad.

Respecto de los Embera Chamí, indicó que ellos no tienen jurisdicción sobre el área de la vereda Miraflores, por ende la tutela no puede prosperar en su favor.

Minera SEALFIELD S.A.S.: En respuesta a los hechos narrados por los actores, indicó que en ningún momento ha realizado actividad alguna por fuera de los lineamientos legales tanto nacionales como internacionales para la buena práctica de la minería. De otra parte informó que teniendo en cuenta la certificación dada en año 2012 por parte del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior, por medio de la cual se estableció que para ese momento no había

¹ Folios 136 a 143 del cuaderno de tutela.

la certificación No. 1396 del 18 de septiembre de 2013, donde en su artículo 1º estableció que en las coordenadas señaladas por la minera sólo había presencia de la comunidad Embera Karambá, sin que se haga mención alguna a la parcialidad Chamí.

Ahora bien, frente a las acusaciones que realizan los actores en cuanto a que se han adquirido predios en la vereda Miraflores, constriñendo a las personas para que vendan, indicó que si bien es cierto compraron algunos inmuebles, ello se realizó de manera legal, sin haber recurrido para tal acto a amenazas o presiones indebidas sobre la comunidad; igualmente indicó que tales predios se adquirieron hace más de un año y ninguno de los vendedores era miembro de alguna parcialidad indígena. Adicionalmente informó que las plataformas de exploración que se han instalado no están en predios de familias indígenas, sino de campesinos con quienes se firmaron contratos de servidumbre, y en ningún momento ello se ha hecho en la vereda Mápura, sólo en Miraflores; y si bien en algún momento, y esto fue antes de la suspensión de actividades en el año 2013, se realizó alguna actividad de exploración en terrenos de las comunidades actoras, ello se dio bajo el amparo de la resolución 1952 de 2012 donde se certificó en su momento que en el área de influencia del título minero 010-87M, no se identificaba la presencia de comunidades indígenas.

De acuerdo a todo lo dicho, el representante legal de la Minera Sealfield solicitó negar las pretensiones de los accionantes, puesto que en primer lugar no son ciertos los hechos narrados en el libelo, pues como ya se vio en la vereda Mápura no se ha realizado actividad alguna, y las pocas que se llevaron a cabo en Miraflores no afectaron a los indígenas ya que se hicieron en terrenos de campesinos que dieron su consentimiento y con quienes se firmaron contratos de servidumbre para tal fin, y en todo caso, después de la nueva certificación pedida por la empresa en el 2013, allí se dejó de hacer cualquier actividad de

exploración y jamás se ha hecho explotación, tal como se demostró con la comunicación que un año antes a la interposición de la tutela se le enviara a la autoridad minera informando la suspensión de actividades en la zona del título minero 010-87M. En segundo lugar, no se están afectando derechos de las comunidades, menos el derecho a la consulta, ya que si ello no se hizo antes fue porque inicialmente se había certificado que allí no había comunidades indígenas, pero en la actualidad la minera se encuentra preparando todo para realizar el proceso de consulta con las comunidades certificadas por el Ministerio del Interior. Finalmente concluyó que si en la zona no hay actividad minera por parte de Sealfield S.A.S., nada hay que suspender por ende la acción de tutela carece de objeto por sustracción de materia.

Consejo de Autoridades Tradicionales Indígenas de Risaralda:

Se le vinculó al presente asunto con el fin de que certificara sí la señora Edith Lucia Taborda Guevara era la representante legal de la parcialidad indígena Embera Karamba del municipio de Quinchía-Risaralda, ante lo cual remitió certificación indicando que a pesar de lo dicho por parte de la Alcaldía de Quinchía, tal persona está avalada como Autoridad Mayor de la comunidad Karambá y por tanto puede actuar en su nombre y representación, a pesar de no estar avalada por la autoridad civil del municipio en mención.

CONSIDERACIONES

Competencia

La Colegiatura se encuentra funcionalmente habilitada para decidir en primera instancia la presente acción, de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política, 32 del decreto 2591 de 1991 y primero del decreto 1382 de 2000.

Problema jurídico

Determinar si en el presente asunto la minera SEALFIELD S.A.S., la Dirección de Consulta Previa y la Alcaldía de Quinchía vulneran el

derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas Embera Chamí y Embera Karambá, por no haber realizado a la fecha consenso con ellas para la realización del proyecto minero en territorio ocupado por familias pertenecientes a esas comunidades.

Solución

El amparo previsto en el artículo 86 Superior como mecanismo procesal, específico y directo tiene por objeto la eficaz, concreta e inmediata protección de los derechos constitucionales fundamentales en una determinada situación jurídica cuando éstos sean violados o se presente amenaza de conculcación o cuando se reclamen de manera concreta y específica, no obstante, en su formulación concurren otras hipótesis de reclamo de protección judicial de derechos de diversa naturaleza y categoría, caso en el cual prevalece la solicitud de tutela del derecho constitucional fundamental y así debe proveer el Juez para lograr los fines que establece la Carta Política.

Es pertinente recordar, como lo consigna la línea jurisprudencial, que la acción constitucional objeto de estudio tiene un propósito claro, definido, estricto y específico, que le es propio como lo determina el artículo 86 de la Carta Política, que no es otro que brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurar el respeto efectivo de los derechos fundamentales que se le reconocen².

"La acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la trasgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho; es decir, tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional para dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias en que, por carencia de previsiones normativas específicas, el afectado queda sujeto, de no ser por la tutela, a una clara indefensión

² Corte Constitucional, Sentencia T-01 de 1992.

frente a los actos u omisiones de quien lesiona su derecho fundamental. De allí que, como lo señala el artículo 86 de la Constitución, tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

"Así entonces, la tutela no es un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas la plena protección de sus derechos esenciales³.

"Es criterio reiterado de esta Corporación, que en materia de amparo judicial de los derechos fundamentales, la acción de tutela es el último mecanismo judicial para la defensa de esos derechos, al que puede acudir el afectado por su violación o amenaza sólo después de ejercer infructuosamente todos los medios de defensa judicial ordinarios, o ante la inexistencia de los mismos"⁴.

La protección constitucional consiste entonces, en una decisión de inmediato cumplimiento para que la persona respecto de quien se demostró que vulneró o amenazó conculcar derechos fundamentales, actúe o se abstenga de hacerlo; denota entonces, la importancia que tiene la orden de protección para la eficacia del amparo, ya que sería inocuo que pese a demostrar el desconocimiento de un derecho fundamental, el Juez no adoptara las medidas necesarias para garantizar materialmente su goce.

Concretamente lo indicado por el actor se circunscribe en pretender por vía de tutela que se le ordene a empresa Minera SEALFIELD S.A.S., suspender cualquier actividad de exploración o explotación minera que esté realizando en la vereda Miraflores del municipio de Quinchía en virtud de la concesión minera 010-87M, hasta tanto se realice la consulta previa con las comunidades indígenas que habitan

³ Corte Constitucional. Sentencia T-514 de 2003.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-346 de 2007.

el lugar al igual que con aquellas que se encuentren en el área de influencia del proyecto minero.

Sobre la consulta previa a comunidades indígenas:

De acuerdo a lo establecido en el artículo 6º literal A del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales de 1989, acogido y ratificado por Colombia⁵, y el cual hace parte del bloque de constitucionalidad, según reiterada jurisprudencia⁶; la consulta es un derecho fundamentales de las comunidades étnicas y por ende un deber del Estado el adelantarla.

"ARTÍCULO 6:

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

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (...)".

En ese orden el artículo 1º del Decreto 1320 de 1998 estableció que la consulta previa tiene por objeto "*(...) analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio, (...)"*.

De acuerdo a lo anterior, cada vez que se vayan a tomar decisiones que involucren o afecten directamente a las comunidades étnicas, el Estado debe consultar con ellas las decisiones a tomar, sean éstas de carácter legislativo o administrativo, especialmente cuando involucra los recursos naturales existentes en sus territorios; sin embargo, la Corte Constitucional ha indicado que la consulta sólo es procedente

⁵ Ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991.

⁶ Sentencias SU-383 de 2003, C-620 de 2003, T-382 de 2006, C-750 de 2008, C-175 de 2009, C-615 de 2009, C-915 de 2012, entre otras.

cuando las actuaciones administrativas o legislativas las afecten de manera directa:

"4.7. La consulta previa a pueblos indígenas o tribales.

4.7.1. *La consulta previa, prevista en el artículo 6 del convenio, ha sido en la práctica el principal espacio de participación para los grupos indígenas o tribales. Este artículo prevé tres deberes en torno de la aplicación del convenio: (i) el deber de consultar a los pueblos interesados, conforme a procedimientos apropiados y por medio de sus instituciones representativas, las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos de manera directa; (ii) el deber de establecer medios idóneos para que los pueblos puedan participar, al menos de la misma forma que el resto de la población, en la adopción de decisiones que les conciernan; y (iii) el deber de disponer medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de dichos pueblos. Las consultas deben hacerse de buena fe y de manera adecuada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas.*

4.7.2. *En una sentencia reciente, la T-376 del 2012, la Sala Corte se ocupó in extenso de la consulta previa, a partir de su fundamento constitucional^[21], de los criterios generales^[22] y las subreglas aplicables^[23], de su procedencia^[24], de los conceptos de territorio^[25] y de afectación directa y de las recientes decisiones sobre la materia^[26].*

4.7.3. *Por su especial relevancia para el caso, conviene traer a cuento la reflexión que se hace en la sentencia antedicha sobre el concepto de afectación directa, a saber:*

22. *De la exposición realizada hasta este punto se desprenden entonces diversos estándares para la determinación de la afectación directa. (i) De los fallos de revisión de tutela y unificación reiterados en el acápite precedente, se desprende que la afectación directa hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas; a su turno, las sentencias de constitucionalidad recién reiteradas plantean como supuestos de afectación directa, (ii) el hecho de que la medida se orienta a desarrollar el Convenio 169 de la OIT, y (iii) la imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica. Finalmente, (iv) el Relator de las Naciones Unidas sobre la situación de derechos de los indígenas plantea que la afectación directa consiste en una*

incidencia diferencial de la medida frente a los pueblos indígenas y en comparación con el resto de la población.”⁷

En desarrollo de todo lo dicho, el Ministerio del Interior mediante el Decreto 2893 de 2011 creó la Dirección de Consulta Previa, quien entre otras tiene la responsabilidad de *“Expedir certificaciones desde el punto de vista cartográfico, geográfico o espacial, acerca de la presencia de grupos étnicos en áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, obras o actividades que tengan influencia directa sobre estos grupos.”⁸*

Sobre la procedencia de la tutela:

El artículo 86 constitucional indica que la acción de tutela solo procederá cuando *“el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”* En consonancia con ello el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 indica que son causales de improcedencia de la acción de tutela, las siguientes:

“ARTICULO 6o. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá:

- 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.*
- 2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.*
- 3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.*

⁷ Corte Constitucional, sentencia T-245 de 2013, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.

⁸ Numeral 5º artículo 16 del Decreto 2893 de 2011.

4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.

5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto."

Así las cosas, se puede apreciar que una de las causales de improcedencia es la verificación de que al accionante le asiste otro medio de defensa judicial, pues ello materializa el carácter subsidiario y residual de esta acción, ya que no en todos los casos es el Juez de tutela el llamado a proteger o pronunciarse sobre la presunta vulneración de unos derechos fundamentales, dado que existen casos en donde esos asuntos pueden y deben ser ventilados ante la justicia ordinaria en donde por especialidades pueden resolver con más precisión el conflicto propuesto, primordialmente en aquellos casos donde se requiere de un análisis probatorio concienzudo para determinar si le asiste o no razón a la parte demandante; por tanto a la tutela se debe acudir como último recurso o como el primero pero de manera transitoria y cuando a simple vista se puede establecer que de no darse la protección de los derechos de manera inmediata, quien la invoca se vería frente a un perjuicio irremediable.

Frente al tema ha dicho la Corte Constitucional:

"Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales. Al respecto, en la sentencia T-406 de 2005, la Corte indicó:

"Según esta exigencia, entonces, si existen otros medios de defensa judicial, se debe recurrir a ellos pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y se convertiría en un recurso expedito para vaciar la competencia ordinaria de los jueces y tribunales. De igual manera, de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales. Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo."

Puntualizando, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.

La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.⁹

Del caso concreto:

De acuerdo a lo dicho atrás, y teniendo en cuenta todo lo allegado al expediente, encuentra la Corporación que le asiste razón a los accionantes, especialmente a la representante legal de la parcialidad indígena Embera Karambá, respecto de que con ellos no se ha realizado el proceso de consulta previa por parte de la empresa minera SEALFIELD S.A.S., para la realización de explotación minera en territorios donde habitan familias pertenecientes a esas comunidades indígenas; sin embargo, dicha situación encuentra su sustento en que inicialmente cuando la empresa accionada, antes del inicio de las actividades en la zona, le solicitó al Ministerio del Interior le certificara si en el área de influencia del título minero 010-87M había presencia de grupos étnicos, se le respondió que no, por tanto bajo esa idea la

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-177 de 2011, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

misma llegó a la zona con el fin de realizar actividades de exploración simplemente, consiguiendo para tal fin los respectivos permisos ambientales con la CARDER. Ahora bien, posteriormente y estando ya en el terreno se percataron que sí había allí, especialmente en la vereda Miraflores, presencia de grupos indígenas, motivo por el cual, procedieron a solicitar nuevas certificaciones a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior a fin de determinar cuáles comunidades eran las que se asentaban en el lugar de influencia de su proyecto, obteniendo como respuesta que en la vereda Miraflores, hay presencia de la parcialidad indígena Embera Karambá.

En ese orden, se puede ver claramente que la empresa accionada no ha realizado la consulta previa por negligencia o desidia, como afirman los libelistas, sino que ello se dio porque inicialmente se le había certificado que en el lugar donde tiene su proyecto principal no había presencia de comunidades étnicas, por tanto en un principio actuaron bajo tal creencia; ahora bien, que posteriormente se enterara de que sí había comunidades y aún así a la fecha no han iniciado el proceso de consulta, no puede ser considerada necesariamente una conducta que afecte los derechos de las parcialidades accionantes, especialmente cuando a folio 184 del expediente se puede apreciar que desde el mes de mayo de 2013 Sealfiend solicitó, aunque por razones de tipo técnico, a la Agencia Nacional Minera la suspensión por el término de un año, de las actividades relacionadas con el contrato 010-87M; lo que implica que desde el 1 de junio de ese año allí no se están realizando actividades de exploración o explotación, desvirtuando así las afirmaciones de los demandantes al respecto; adicionalmente, tampoco es cierto que no se les ha tenido en cuenta para nada, puesto que según lo dicho por el representante legal de Sealfield para realizar el proceso de caracterización de las familias que habitan la zona se consultó a los Gobernadores de los grupos indígenas existentes allí, y

fueron ellos quienes se opusieron a que tal actividad se realizará con los miembros de su comunidad (Fls. 153-154).

De otro lado, revisada las normas en torno a la consulta previa encuentra la Corporación que para el caso de explotación de recursos naturales que puedan afectar directamente a una colectividad indígena, la misma debe realizarse con anterioridad a la solicitud de la licencia ambiental pues éste es un requisito indispensable para la concesión de la misma, según lo dispuesto en el artículo 5º del decreto 1320 de 1998, puesto que las comunidades deben participar en la elaboración de los estudios ambientales a fin de establecer parámetros que mitiguen el impacto ambiental, social, cultural y económico que el proyecto puede tener sobre ellas.

Así las cosas, como en el presente asunto no existe todavía un proyecto claro de explotación minera y por ende no se ha solicitado la licencia ambiental es comprensible que tampoco se haya dado aún la consulta; a pesar de que sí se dieron actividades de exploración, las cuales como ya se ha indicado, se realizaron con base en la certificación 1952 de 2012.

Como conclusión de todo lo anterior, es evidente que en el caso bajo revisión no existe una vulneración del derecho a la consulta previa de las Parcialidades Indígenas Embera Chamí y Embera Karambá por parte de la Minera SEALFIELD S.A.S., o por parte de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, la primera porque inicialmente actuó amparada en una certificación que le decía que en el área de influencia del título minero 010-87M no existía presencia de comunidades indígenas, y la segunda porque hasta la fecha no le han solicitado que inicie el proceso de consulta. Sin embargo ello no quiere decir que la empresa accionada no deba realizar la consulta, tanto es así que informó estar preparando para llevarla a cabo.

Aunado a lo ya dicho, encuentra la Corporación que por parte de los accionantes no se ha realizado actividad alguna ante la empresa minera o ante la Dirección de Consulta Previa para conseguir se realice el proceso de consulta con ellos, y más bien se puede percibir que pretenden usar este mecanismo como un único medio para conseguir sus objetivos, desvirtuando con ello el carácter residual que tiene la tutela, especialmente cuando se reclaman derechos colectivos, para los que fácilmente se podría solicitar protección por otros medios judiciales, ante la inexistencia de un perjuicio cierto e irremediable.

Ahora bien, respecto a las otras afirmaciones hechas por los Gobernadores de las Parcialidades actoras, encuentra la Sala que no es viable acogerlas, por cuanto nada se prueba al respecto, ya que el archivo fotográfico allegado por ellos, si bien permite ver tomas generales de la vereda Miraflores, logos de la empresa accionada, y puntos de medición para exploración o levantamientos topográficos, nada indica que ello sea en predios pertenecientes a familias de las comunidades indígenas, además revisadas las propiedades de las fotografías, se puede ver que muchas de ellas fueron tomadas el 27 de abril del año 2011 esto es hace tres años, situación que permitiría cuestionar la inmediatez de la presente acción, pues permite entrever que los actores tenían conocimiento del proyecto minero desde entonces y conocían las afectaciones que el mismo les traería, y sólo hasta ahora vienen a alegar la vulneración de sus derechos.

Respecto al tema probatorio en materia de tutela, a simple vista el Decreto 2591 de 1991, nada establece en cuanto a este punto, sin embargo en varios de sus apartes sí indica la necesidad de que se aporten pruebas para llevar al Juez al convencimiento de la realidad procesal, por tal motivo tanto el accionante como el accionado están en el deber de allegar al proceso todo aquello que consideren pertinente y conducente para demostrar sus dichos, es por ello que el

mencionado decreto establece que si la autoridad o persona contra quien se dirige la tutela no presenta las pruebas que se le solicitan, ni controvierte las allegadas por la contraparte, el Juez tendrá por cierto lo dicho por el actor y como únicas pruebas las aportadas por este, y con base en ellas emitirá su decisión.

En cuanto a esa cuestión dijo la Corte Constitucional:

"2.2 La carga de la prueba en materia de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

El artículo 3º del Decreto 2591 de 1991 establece como uno de los principios rectores de la acción de tutela "(...) la prevalencia del derecho sustancial (...)". Por este motivo, una de las características de esta acción es su informalidad.

Así, en materia probatoria, es posible demostrar los hechos aludidos por ambas partes mediante cualquier medio que logre convencer a la autoridad judicial, ya que no existe tarifa legal. Esta informalidad probatoria llega hasta el punto de que la autoridad judicial, al momento de analizar los medios probatorios aportados al proceso, pueda - cuando llegue al convencimiento de la verdad procesal - dejar de practicar algunas de las pruebas solicitadas, tal como se dispone en el artículo 22 del Decreto 2591 de 1991.

*De esta forma, la libertad probatoria en sede de tutela es amplia, pero esto no significa que no exista una carga mínima de la prueba en cabeza de quien alega la vulneración de algún derecho fundamental, ya que las reglas probatorias generales aplican también para la acción de tutela. Es decir, si bien es cierto que basta al juez tener la convicción de la vulneración del derecho constitucional fundamental para ampararlo, también lo es que debe acreditarse en el expediente la transgresión, para que dicha protección constitucional se pueda obtener. Para ello el juez dispone, además, de amplios poderes oficiosos, los cuales a su turno también se encuentran limitados por la idoneidad en su utilización. **Así, en principio, quien alude un hecho tiene el deber de aportar los medios para convencer a la autoridad judicial de que en efecto ha sucedido o de aportar los elementos necesarios que sugieran razonablemente al juez la utilización idónea de sus poderes oficiosos en la prueba.**"*
¹⁰ (Negrillas de la Sala)

En conclusión, aunque en materia de tutela la carga de la prueba no sea tan rigurosa como en otras materias, ello no implica que el Juez

pueda entrar a tutelar derechos sin que la afectación se demuestre mínimamente.

Con base en todo lo dicho hasta el momento, la Corporación negará por improcedente la presente acción toda vez que a la fecha ninguna de las accionadas ha vulnerado derecho fundamental alguno de los miembros de las Parcialidades Indígenas Embera Chamí y Embera Karambá del municipio de Quinchía. Sin embargo, se instará a la minera SEALFIELD S.A.S., para que en el menor tiempo posible, y si aún no lo ha hecho, proceda a solicitarle a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, realizar consulta con los arriba mencionados, especialmente con la comunidad Karambá respecto al proyecto a realizarse en la vereda Miraflores del municipio de Quinchía bajo el título minero 010-87M.

Como tema final, la Sala ve necesario pronunciarse en cuanto a las acusaciones realizadas por parte del representante judicial de la Alcaldía de Quinchía, respecto a las irregularidades evidenciadas en las copias del acta 003 allegadas como anexo al escrito de tutela; ello por cuanto revisadas y comparadas las mismas evidentemente presentan diferencias importantes respecto de las copias que de ellas se guardan en la Alcaldía de ese municipio; por tal razón y toda vez que el escenario de la tutela no es el idóneo ni el Juez constitucional es el profesional apto para determinar si dichas actas fueron o no alteradas, se deberán compulsar copias de las mismas con destino a la Fiscalía General de la Nación a fin de que sea esa entidad quien investigue al señor LUÍS ARLEY GUAPACHA y a la señora EDITH LUCIA TABORDA GUEVARA por la posible comisión del delito de falsedad en documento público y fraude procesal, toda vez que de probarse que los documentos mencionados fueron alterados, con ellos se pretendió

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia T-187 de 2009, M.P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez

engañar a la administración de justicia al presentarlos como prueba dentro de una actuación judicial.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por la autoridad conferida en la ley,

RESUELVE


PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE la tutela de los derechos fundamentales invocados por parte de la señora **EDITH LUCIA TABORDA GUEVARA** y el señor **LUÍS ARLEY GUAPACHA**, quienes actúan en nombre y representación de las **PARCIALIDADES INDIGENAS EMBERA CHAMÍ Y EMBERA KARAMBÁ** del municipio de Quinchía-Risaralda, por las razones arriba consignadas.

SEGUNDO: A pesar de lo anterior, la Sala quiere **INSTAR** a la empresa minera SEALFIELD S.A.S., para que en el menor tiempo posible, y si aún no lo ha hecho, proceda a solicitarle a la **DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA DEL MINISTERIO DEL INTERIOR**, realizar la consulta previa con los miembros de las Parcialidades Indígenas Embera Chamí y Embera Karambá del municipio de Quinchía, especialmente con la comunidad Karambá respecto al proyecto a realizarse en la vereda Miraflores de ese municipio bajo el título minero 010-87M.

TERCERO: COMPULSAR COPIAS con destino a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN SECCIONAL RISARALDA** del escrito de tutela y sus anexos, de la respuesta dada a la misma por parte de la Alcaldía de Quinchía y del presente fallo, para que se investigue al señor **LUÍS ARLEY GUAPACHA** y a la señora **EDITH LUCIA TABORDA GUEVARA** por la posible comisión del delito de falsedad en documento público y fraude procesal, de acuerdo a lo manifestado en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: SE ORDENA NOTIFICAR esta providencia a las partes por el medio más expedito posible, y en caso de no ser objeto de recurso **REMITIR** la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.




MANUEL TARZAGABAY BANDERA
Magistrado



JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado



JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado



MARÍA ELENA RÍOS VASQUEZ
Secretaria

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR
SALA - PENAL

Pereira, abril 22 de 2014
Oficio No. 1763

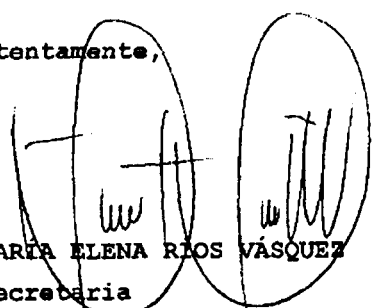
Señor
MINISTRO DE MINAS Y ENERGÍA
BOGOTÁ D. C.

Comendidamente, me permito notificarle la decisión tomada por la Corporación, en la acción de tutela seguida, contra la COMPAÑÍA MINERA SEAFIELD y-os., donde son invocantes, EDITH LUCÍA TABORDA GUEVARA y LUIS ARLEY GUAPACHA.

Se le hace saber que la misma puede ser impugnada dentro de los tres días siguientes a su notificación art. 31 del Dcto. 2591-91.

RADC. 20140009100

Atentamente,



MARIA ELENA RÍOS VÁSQUEZ
Secretaria

Palacio de Justicia Torre C. Of. 401, tel. 3147721