

La Eficacia del Derecho Fundamental a la Consulta Previa en el marco del proyecto Minero
Mandé Norte

Manuel Alberto Rojas Villa

C.C. 80.074.210

mail: marojasvilla@gmail.com

Celular: 3164655847

Tutor: Adrian Alexander Zeballosf Cuathin

Trabajo de Grado Para Optar el Título de Abogado

Universidad La Gran Colombia

Facultad de Derecho

Bogotá

2017

Contenido

RESUMEN	4
INTRODUCCIÓN	5
CAPITULO 1: Las fuentes de derecho internacional y la normatividad nacional, que regulan el derecho fundamental a la consulta previa en Colombia.	9
Postulados filosóficos sobre la eficacia de la norma jurídica	9
La validez de la norma jurídica	9
La legitimidad del derecho	9
La eficacia del derecho	10
La finalidad de la norma jurídica – Su eficacia como fin.....	12
Fuentes del derecho internacional para la consulta previa	13
Órganos de las Naciones Unidas y la consulta previa.....	14
Organización Internacional del Trabajo (OIT).....	14
Las observaciones individuales que hace la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) (1998-2009).....	17
Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.....	18
El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (1966).....	18
Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR)	19
Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)	20
Relatoría especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas.....	21
Los informes del relator especial.....	21
Asamblea General de las Naciones Unidas - Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Declaración de los Pueblos Indígenas, 2007).....	22
El derecho a la consulta previa en Colombia	23
Procedimiento Para Llevar a Cabo la Consulta Previa	33
Mesa permanente de concertación con los pueblos y organizaciones indígenas	38

CAPITULO 2: Los lineamientos trazados por la Corte Constitucional, para la correcta implementación del derecho fundamental a la consulta previa a las comunidades étnicas en nuestro país.	43
Algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la Consulta Previa, en el periodo de 1992 - 2002.....	43
Algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional frente a la Consulta Previa en el periodo 2004 - 2012.....	47
Otros Pronunciamientos de la Corte Constitucional frente a la Consulta Previa durante el periodo 2014 - 2017.....	53
CAPITULO 3: La Consulta Previa a las comunidades de los Río Jiguamiandó, Murindó, y Resguardo de Uradá Jiguamiandó, asentadas en el área de influencia del Proyecto Minero Mandé Norte, Según la Sentencia T-769 de 2009	63
Respuestas de las entidades Estatales demandadas y entidades vinculadas	69
Decisión en la Primera Instancia	71
Impugnación	72
Intervención de la Defensoría del Pueblo como coadyuvante.....	73
Intervención de la Universidad de Los Andes como Coadyuvante.....	73
Segunda instancia	74
Consideraciones de la Corte	75
La protección que debe el Estado a la identidad e integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas	75
La exploración y explotación de los recursos naturales dentro de los territorios de las comunidades nativas.....	76
Caso Concreto.....	77
Conclusiones	82
Referencias.....	84
ANEXO.....	87
Marco Legal de la Consulta Previa en Colombia.....	87

RESUMEN

En la presente monografía se aborda la consulta previa como derecho fundamental que le asiste a las comunidades étnicas, y se describe como se llevó a cabo este mecanismo sobre las comunidades del Río Jiguamiandó, las del Río Murindó, y el Resguardo de Uradá Jiguamiandó, todas estas asentadas en el área de influencia del proyecto minero Mandé Norte, teniendo como base lo establecido en la legislación nacional e internacional, así como los lineamientos trazados por la Corte Constitucional respecto a la manera de llevar a cabo su implementación. Es decir se resuelve el problema de si hubo o no eficacia desde el punto de vista jurídico en el caso concreto mencionado. Para lo anterior se desarrolló una investigación explicativa haciendo una recolección de información respecto al tema en libros, textos, tesis, legislación nacional e internacional, y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, logrando profundizar sobre las causas de la indebida implementación del mecanismo en el caso sub examine. Finalmente se llegó a la conclusión de que el Estado colombiano no garantizó éste derecho fundamental a las comunidades ya señaladas, teniendo en cuenta que no se materializó lo estipulado por las normas respecto a la obtención del consentimiento libre, previo e informado de las comunidades, y otros aspectos importantes frente al procedimiento para la implementación del derecho fundamental en mención.

INTRODUCCIÓN

La Consulta previa aparece en el ordenamiento jurídico colombiano con la suscripción que realizó Colombia del Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el cual fue ratificado mediante la Ley 21 de 1991. El objetivo principal de la normatividad mencionada es asegurar el derecho que tienen las diferentes comunidades étnicas a la protección de su territorio, de sus intereses económicos, sociales y culturales.

En la Constitución Política de 1991, se señala que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la identidad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades (Artículo 330, Parágrafo). Este planteamiento constitucional es desarrollado por la Ley 99 de 1993, mediante la cual se crean el Ministerio del Medio Ambiente y el Sistema Nacional Ambiental (SINA), en su artículo 76.

Para dar cumplimiento a estos mandatos constitucionales y legales, el Gobierno Nacional de la época expidió el Decreto 1320 de 1998, a través del cual se reglamenta el procedimiento para llevar a cabo la consulta previa a las comunidades indígenas y negras, para la explotación de los recursos naturales en sus territorios. Esta última normatividad sería la que garantizaría la adecuada implementación del mencionado mecanismo.

Pero a pesar de que tenemos normas que regulan el derecho fundamental a la consulta previa en Colombia, en la actualidad vivimos una realidad frente a éste bastante adversa, debido a que se ha visto como un obstáculo para el desarrollo del país por parte de miembros del Estado y el sector empresarial, lo que ha repercutido en que el mencionado mecanismo de protección de derechos colectivos, no se implemente acorde con lo establecido en las normas de carácter nacional e internacional, ni con los criterios establecidos por la Corte Constitucional.

En varios de los casos analizados por el Alto Tribunal a través de su jurisprudencia, vemos que las comunidades étnicas han tenido que acudir a esta instancia, debido a que el proceso de consulta previa no se realiza de manera libre e informada, acorde con el derecho nacional e internacional, limitándose simplemente a la realización de simples reuniones, y diligenciar formularios, pero sin la obtención del consentimiento pleno de sus integrantes o representantes.

Por esta razón, respecto al caso analizado en la presente monografía, se resuelve la siguiente pregunta de investigación: ¿garantizó el Estado Colombiano, según la Sentencia T – 769 de 2009, el derecho fundamental a la consulta previa a las comunidades étnicas asentadas en el área de influencia del proyecto minero Mandé Norte, acorde con los lineamientos que ha trazado el derecho internacional, el legislador y la Corte Constitucional?

La hipótesis planteada es que el Estado Colombiano no garantizó el derecho fundamental a la consulta previa a las comunidades étnicas ubicadas en el área de influencia del proyecto minero Mandé Norte, según lo analizado por la Corte Constitucional en la Sentencia T – 769 de 2009, teniendo en cuenta que no se obtuvo el consentimiento previo, libre e informado por la totalidad de los grupos étnicos que habitan en el territorio en el que se llevaría a cabo la extracción de minerales. Además se omitió información a la población respecto a los impactos ambientales negativos que generarían las actividades propias de la minería en este caso concreto, y el proceso simplemente se limitó al diligenciamiento de formatos, sin otorgarle plenas garantías a las comunidades frente a su participación activa en el procedimiento.

Para hacer una verificación de la hipótesis se formuló como objetivo general, establecer si el Estado Colombiano garantizó o no a las comunidades étnicas presentes en el área de incidencia del proyecto minero Mandé Norte, el derecho fundamental a la consulta previa, acorde con los lineamientos que ha trazado el derecho internacional, el legislador y la Corte Constitucional, tomando como base la Sentencia T – 769 de 2009.

Lo anterior se desarrolló mediante el planteamiento de tres objetivos específicos, el primero consistió en realizar una descripción de las fuentes de derecho internacional y la normatividad nacional que regulan el derecho fundamental a la consulta previa en Colombia. El segundo tuvo como fin la identificación de lineamientos que ha trazado la Corte Constitucional para la correcta implementación del derecho fundamental a la consulta previa a las comunidades étnicas en nuestro país; y en el tercero finalmente se analizó en el caso concreto del proyecto minero Mandé Norte, cómo se llevó a cabo el proceso de la consulta previa a las comunidades presentes en el área de influencia del mismo, con base en lo analizado por la Corte Constitucional en la Sentencia T – 769 de 2009.

La investigación realizada es explicativa, toda vez que se profundiza en las causas de la ineficacia del derecho fundamental a la consulta previa en el caso concreto del proyecto minero Mandé Norte. Por medio de un enfoque cualitativo se realiza una recolección de información, en libros, artículos, tesis, y en normas nacionales e internacionales respecto al tema de la consulta previa, para finalmente dar una descripción y conclusión general en el caso de la aplicación del mecanismo en el proyecto minero Mandé Norte. El método de investigación aplicado en el presente trabajo es el inductivo, teniendo en cuenta que se utiliza el razonamiento para la obtención de conclusiones a partir de hechos aceptados como válidos, y así obtener conclusiones de manera general, es decir que se estudian hechos individuales, para formular conclusiones universales.

A lo largo de este documento se realiza una revisión y análisis de textos y documentos, realizando una descripción del tema del derecho fundamental a la consulta previa, desde su origen en el derecho internacional, su incorporación y desarrollo en la legislación interna, hasta su aplicación y desarrollo en el contexto colombiano.

De esta manera, en el primer capítulo se abordan las fuentes del derecho internacional y la normatividad nacional que reglan el derecho fundamental a la consulta previa, observamos lineamientos establecidos por órganos de las Naciones Unidas, como la OIT (Organización Internacional del Trabajo), las observaciones de la Comisión de Expertos en Aplicación de

Convenios y Recomendaciones, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, entre otros. Ya en materia nacional observamos disposiciones constitucionales en la materia, y también diferentes leyes nacionales que abordaremos en el desarrollo del presente trabajo.

En el segundo capítulo se plasman algunos planteamientos importantes que ha realizado la Corte Constitucional frente a la aplicación de este mecanismo de protección de derechos que tienen las comunidades étnicas, y finalmente, en el tercer capítulo analizamos la Sentencia T – 769 de 2009, frente a lo sucedido con la implementación de la consulta previa en el proyecto minero Mandé Norte, para determinar si hay eficacia del derecho en mención en el caso concreto.

CAPITULO 1: Las fuentes de derecho internacional y la normatividad nacional, que regulan el derecho fundamental a la consulta previa en Colombia.

Postulados filosóficos sobre la eficacia de la norma jurídica

La validez de la norma jurídica

De acuerdo con Hans Kelsen la validez de una norma se determina cuando la que nace al ordenamiento jurídico no contradice a la norma superior. Pero también, desde el punto de vista de su finalidad, para este autor la norma es válida cuando la misma es obedecida y aplicada, y es en ese orden de ideas que se vuelve eficaz. Esto quiere decir que la eficacia no es un requisito para la validez, sino una condición de la misma dice Kelsen:

(...) puesto que el orden jurídico representa una construcción escalonada de normas entre sí en relación de supra y subordinación, y dado que una norma sólo pertenece a determinado orden jurídico porque y en tanto su producción corresponde a una norma superior determinante, surge el problema de un posible conflicto entre una norma de nivel superior y una norma inferior, es decir, la pregunta: qué vale como derecho cuando una norma no corresponde a la norma que determina su producción (Kelsen, 1956, P.36).

Para Robert Alexy la validez tiene un aspecto ético, y un aspecto jurídico. Respecto al primero nos dice que una norma vale moralmente, si está moralmente justificada, esta concepción subyace del derecho natural, desde este punto de vista no se basa en la eficacia social ni en la legalidad conforme al ordenamiento jurídico, sino en su corrección, la cual es demostrable únicamente desde el punto de vista moral. Respecto al segundo aspecto, nos dice que una norma vale jurídicamente solo si tiene una validez social y por lo tanto una eficacia en ese mismo sentido, también teniendo en cuenta que la norma vale jurídicamente cuando es expedida por el órgano competente, y no contraría el ordenamiento jurídico (Alexy, 1994, P.88 y 89).

La legitimidad del derecho

La legitimidad del derecho hace referencia a la relación que hay entre el orden jurídico con la realidad que hay en la sociedad, lo cual quiere decir que siempre es necesario que exista

una coherencia entre ambos aspectos, la norma debe reflejar, al menos un cierto nivel de correspondencia con el contexto social frente al cual pretende incidir. Linz indica que “para lograr el equilibrio de un Estado no es suficiente que exista legitimidad, es necesario considerar también la existencia de dos variables fundamentales para asegurar dicha estabilidad, estas son la legitimidad y la eficacia” (Linz, 1987, P.15).

Podemos decir que el derecho es concebido dentro de lo que se considera legítimo, teniendo como base la cultura, las tradiciones y las ideas que han sido construidas en una sociedad determinada, finalmente esta es la que decide el criterio a aplicar en la ordenación de la vida social.

Bajo el criterio mencionado es que quienes son gobernados otorgan poder al legislador, para que éste emita las normas que van en armonía con su manera de ver la realidad social, y atendiendo a sus necesidades, en este sentido corresponderían a postulados legales que serían legítimos, al no contrariar la voluntad del pueblo ni su cosmovisión.

En pocas palabras las normas emitidas por la entidad competente deben obedecer a criterios formales desde el punto de vista de la validez, y de manera alterna debe responder al consentimiento y a la identidad social para facilitar los efectos directos e inmediatos esperados de la norma en el conglomerado social.

La eficacia del derecho

La eficacia de la norma jurídica es el resultado del desarrollo de la Constitución y las leyes, al aplicarse estas dos, se evidencian las consecuencias sociales y con ello una realidad fáctica frente a los postulados normativos en determinados temas. Es decir que lo jurídico finalmente tiene una dimensión sociológica cuando se desarrolla de manera regular y esto materializa una realidad de tipo social, que no es ajena al derecho.

A través de la norma jurídica, el derecho pretende dar soluciones a los diferentes conflictos presentes en la sociedad, buscando materializar la justicia. Debemos aclarar si toda norma debe someterse a diferentes valoraciones para que pueda ser considerada como justa y útil desde el punto de vista social, esto tiene que ver con la validez, legitimidad y eficacia de la misma.

Para Robert Alexy hay tres elementos que están implícitos en el concepto de derecho, y que son fundamentales para verificar la eficacia con relación a la legitimidad y validez de la norma, que son la eficacia social, la corrección material y la legalidad. Estos aspectos a su vez corresponden a tres nociones concomitantes de validez, que son las nociones sociológica, ética y jurídica.

Para el mencionado autor, la dimensión sociológica de la validez tiene que ver con la real obediencia de la norma por parte de los miembros de la sociedad, y en caso de que la misma no sea acatada hay lugar a aplicar una sanción correspondiente. Dice que “la condición de la validez jurídica de un sistema de normas es que las normas que a él pertenecen sean eficaces en general, es decir, que valgan socialmente (...)” (Alexy, 1994, P. 88).

Desde el punto de vista ético de la validez, nos referimos a la justificación moral que tiene la norma, “una norma vale moralmente cuando está moralmente justificada” (Alexy, 1994, P.84), ya se crea una dimensión de lo que es socialmente correcto y que debe reflejarse en el ordenamiento jurídico, son los valores los que dan legitimidad a la norma.

Y el concepto jurídico de validez es que “una norma vale jurídicamente cuando es dictada por el órgano competente, de acuerdo con el procedimiento previsto y no lesiona un derecho de rango superior” (Alexy, 1994, P.84), es decir que la entidad competente para crear las normas jurídicas debe respetar como tal el procedimiento para su elaboración, con todas las formalidades establecidas para ello.

La finalidad de la norma jurídica – Su eficacia como fin

Todo el conglomerado normativo presente en nuestra sociedad, dentro de los cuales está la Constitución Política, los diferentes Códigos, las Leyes, y en general las manifestaciones de la juridicidad que nos regulan, manifiestan y desarrollan la estructura orgánica del Estado y, con base en principios, valores y ética en general, conforman un sistema dogmático que incide en la institucionalidad, fomentando los derechos que tienen los miembros del Estado frente a sus actuaciones.

Para que se materialice el servicio que debe prestar la administración como tal, los mecanismos de control social, plasmados en normas, deben surgir en el ordenamiento jurídico con vocación de eficacia, Esto quiere decir que deben generar un cambio en el mundo exterior deseado desde el punto de vista social y aceptado por los administrados. El efecto que genera la norma es un deber, una obligación para los ciudadanos y ciudadanas, en otras palabras, no es una letra muerta, sino realmente actúa en la dinámica de la sociedad.

De acuerdo con la sociología jurídica como una de las ramas del derecho, la eficacia es la parte final de la creación de la norma, ya es la aplicación de la misma, generando un proceso sociológico una vez sale al ordenamiento legal. De acuerdo con Hans Kelsen es cuando se da el paso del “deber ser” de la norma hacia el “ser” de la misma.

En el caso Colombiano, La Corte Constitucional en la Sentencia C-873 de 2003, estipuló que “el sentido jurídico del término eficacia hace relación a la producción de efectos en el ordenamiento jurídico por la norma en cuestión; es decir, a la aptitud que tiene dicha norma de generar consecuencias en derecho en tanto ordena, permite o prohíbe algo” (Corte Constitucional, 2003, P 33).

Fuentes del derecho internacional para la consulta previa

Los Convenios y tratados internacionales que versen sobre derechos humanos son vinculantes para la legislación colombiana por hacer parte de lo que conocemos como bloque de constitucionalidad. Como bien lo dice el Profesor Rodrigo Uprimny, “el bloque de constitucionalidad hace referencia a la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional” (Uprimny, Pag2), quiere decir esto que una constitución va más allá de su simple texto, inclusive pueden ser mucho más extensas las normas constitucionales que están por fuera de la constitución formal misma, al respecto dice el autor:

(...) es necesario tener en cuenta que las constituciones no son códigos totalmente cerrados, ya que los textos constitucionales pueden hacer remisiones, expresas o tácitas, a otras reglas y principios, que, sin estar en la constitución, tienen relevancia en la práctica constitucional en la medida en que la propia constitución establece que esas otras normas tienen una suerte de valor constitucional. Así, los casos más evidentes son aquellos en donde una constitución expresamente señala que, por ejemplo, ciertos tratados de derechos humanos tienen rango constitucional, tal y como lo hacen varias constituciones latinoamericanas. En otros eventos, la referencia puede ser más compleja, como la llamada cláusula de los derechos innominados o no enumerados de la novena enmienda de la Constitución de Estados Unidos, según la cual, el reconocimiento de ciertos derechos en la constitución y en la carta de derechos no puede ser interpretado como una negación de aquellos que el pueblo se ha reservado (Uprimny, P.3).

Es bueno resaltar que, en el caso colombiano, únicamente hacen parte del bloque de constitucionalidad, aquellas normas internacionales que versan sobre derechos humanos y que nuestro país ha acogido mediante su ratificación, o mediante mandato constitucional, teniendo en cuenta el artículo 93 de nuestra Carta Política. Existe el bloque de constitucionalidad en estricto sensu y en latu sensu.

Respecto al bloque de constitucionalidad en estricto sensu, podemos decir que corresponde a todas aquellas normas y principios de valor constitucional, que se encuentran establecidos de forma expresa en la Constitución y en ciertos tratados internacionales, tienen

igual jerarquía, como es el caso de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las Sentencias de la Corte Constitucional, y los tratados y convenios que versan sobre derechos humanos. Mientras que el bloque de constitucionalidad en latu sensu hace referencia a todas aquellas disposiciones normativas de diferente jerarquía normativa, como las Leyes Orgánicas, Leyes Estatutarias, y las recomendaciones que realizan los diferentes organismos de derechos humanos que sirven para interpretar de manera adecuada los convenios internacionales que tienen rango constitucional. Vamos a mirar a continuación aquellos que regulan el derecho fundamental a la consulta previa para tener un panorama claro de las obligaciones que tiene nuestro Estado en esta materia.

Órganos de las Naciones Unidas y la consulta previa

Organización Internacional del Trabajo (OIT)

La OIT es una organización de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que se fundó en el año 1919, cuyo objeto es “promover los derechos laborales, fomentar oportunidades de empleo dignas, mejorar la protección social y fortalecer el diálogo al abordar temas relacionados con el trabajo” (Tejada, 2010, P 27).

En 1957, la OIT adoptó el Convenio 107, que consagraba de manera general algunos derechos de los pueblos indígenas sobre los territorios que habían habitado tradicionalmente, pero no tocaba el tema de la consulta a las comunidades como mecanismo de protección de esos derechos. El convenio comenzó a ser blanco de críticas por tender hacia la integración a la modernidad de los pueblos indígenas, a los cuales denominaba “poblaciones” (Garavito, Morris, Salinas, Buritaca, 2010, p.19).

El Convenio N° 107 de la OIT, fue aprobado en el año 1957, es de gran importancia en materia de derechos de las comunidades indígenas y tribales por ser éste el primer instrumento internacional de gran alcance respecto a derechos que les asisten a ellos, y que asignó

obligaciones para los Estados que ratificaron dicho tratado en materia de garantías para estos pueblos, especialmente en lo que tiene que ver con sus territorios.

A pesar de que con el convenio en mención se comenzaron a sentar unas bases fundamentales para el reconocimiento de derechos de las comunidades indígenas y tribales, aún habían fallas en materia del trato que éstas recibían, por ejemplo, en él se usaban términos inapropiados como se puede apreciar en el apartado a. del párrafo 1 del artículo 1, en el que se hace referencia a estas poblaciones como "menos avanzadas", textualmente se afirma:

“Artículo 1. El presente Convenio se aplica: a) a los miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes, cuyas condiciones sociales y económicas correspondan a una etapa menos avanzada que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional y que estén regidas total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial” (OIT, 1957, Artículo 1, [Convenio 107]).

También en la mencionada norma no se observa a las comunidades indígenas y tribales como pueblos completamente autónomos, ni que deba preservarse su cultura, sino que se les trata como inferiores y se habla de una adaptación de ellos a la sociedad civil, preconiza un criterio de adaptación de ellos, y no un reconocimiento firme, por lo tanto el enfoque que se tenía vulneraba su dignidad como pueblos.

Iniciando la década de 1980 finalizó el estudio de las Naciones Unidas encargado a Martínez Cobo (véase el folleto N° 2 sobre "Los pueblos indígenas, las Naciones Unidas y los derechos humanos") y se estableció el Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas para dar a éstos pueblos una tribuna para que pudieran dilucidar sus posturas. Durante los años que sucedieron a su aprobación, se pusieron de manifiesto las limitaciones del Convenio N° 107 y las propias agrupaciones indígenas comenzaron a reclamar nuevas normas internacionales (La OIT y los Pueblos Indígenas y Tribales, p.2, Folleto 8).

Lo anterior hizo que El Consejo de Administración de la OIT realizara una revisión exhaustiva del Convenio mencionado, y como consecuencia de ello, surgió uno nuevo, el Convenio 169 de 1989 sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes. Un instrumento internacional, que es vinculante desde el punto de vista jurídico, para los países que lo suscribieron, que es de gran importancia para la protección de las comunidades indígenas.

Así es que la revisión del Convenio 107 de 1957 trajo como consecuencia en el año 1989, la adopción del Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el cual se convertiría en uno de los instrumentos más antiguos e importantes en materia de protección a las comunidades indígenas. Este último Convenio es una herramienta jurídica que tiene carácter vinculante para los 20 países que lo han ratificado desde su expedición, y por ello constituye obligaciones de tipo jurídico para los Estados parte (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Nepal, Holanda, Noruega, Paraguay, Perú, España y Venezuela).

En el se establece la obligación para los Estados parte, de llevar a cabo una consulta con los pueblos indígenas en aquellos casos en que éstos puedan verse afectados de manera directa, como la adopción de medidas legislativas o administrativas (art. 6º), la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas nacionales y regionales de desarrollo (arts. 6º y 7º) y la autorización de cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (art. 15) (OIT,1989,[Artículos 6, 7,15, Convenio 169]).

De acuerdo con lo estipulado por el Convenio 169, la consulta previa debe llevarse a cabo de buena fe, y procurar el consentimiento de la comunidad o llegar a un acuerdo con ellas. Esto se encuentra claramente estipulado en la Guía de Implementación del Convenio mencionado, donde además se profundiza sobre los casos en que se debe implementar la consulta, como en los cambios normativos sobre el uso del suelo en territorios étnicos, o se vayan a llevar a cabo actividades que generen perjuicios para quienes los habitan. (OIT, [Párrafo 23, Guía de Aplicación Convenio 169]).

De manera general el convenio hace mucho énfasis en materia laboral de los pueblos indígenas y tribales, como también en el derecho que tienen a la tierra, al territorio, a la salud y a la educación. Es un instrumento para garantizar la protección de valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propias de ellos. También establece que los servicios de salud para estas poblaciones deben organizarse en forma comunitaria, incorporando los métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales. Respecto de los programas educativos, establece que éstos deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores" y además, y que deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas.

Las observaciones individuales que hace la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) (1998-2009)

La CEACR se creó en el año de 1926, con la finalidad de evaluar los informes reportados por los Estados parte en materia de Convenios de la OIT, La comisión la componen veinte juristas de diferentes países, quienes realizan dos tipos de comentarios respecto de la aplicación de convenios y recomendaciones por los Estados que son aplicables a la consulta previa, por una parte se tienen las observaciones individuales, y por otra parte se tienen los pedidos de información adicional.

Las observaciones individuales se publican de manera anual y su objeto son los comentarios respecto a la aplicación de los convenios de la OIT en un Estado parte determinado, respecto de la consulta previa se ha evaluado el cumplimiento de los Estados parte en varias situaciones respecto del Convenio 169, esto partiendo del otorgamiento de licencias ambientales hasta todo lo que tiene que ver con decisiones sobre propiedad y proyectos extractivos.

A pesar de que las observaciones que realiza la CEACR no son de carácter vinculante, si corresponden a indicadores del progreso que tienen los Estados parte respecto a la ejecución de los convenios que han suscrito. Las observaciones que realiza esta comisión interpretan de

manera muy amplia las disposiciones del convenio, y enfáticamente respecto de aquellas situaciones en las cuales debe realizarse la consulta, como en lo que tiene que ver con:

(...) la adopción de disposiciones jurídicas sobre propiedad de la tierra, en actividades de prospección y explotación de recursos naturales, en el traslado de comunidades y en la adopción, formulación y aplicación de medidas legislativas y administrativas, que incluyen los planes de desarrollo. Adicionalmente, reconoce la importancia de las tierras tanto ocupadas como utilizadas por las comunidades, así como los derechos sobre la totalidad de los territorios habitados tradicionalmente por las ellas (Garavito, Morris, Salinas, y Buritaca, 2010, p.20).

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas es el encargado de hacer un monitoreo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), así como a su Protocolo Facultativo, fue creado por el mismo pacto. Son tres tipos de pronunciamiento los que realiza el comité, a saber:

a) Observaciones generales cuando estima oportuno aclarar alguna de las disposiciones del PIDCP (art. 40.4, PIDCP); b) observaciones y recomendaciones a los países que son parte del PIDCP y que resultan de la revisión que el comité hace de los informes periódicos que los Estados parte envían sobre su cumplimiento del PIDCP; y c) sentencias sobre casos individuales de violaciones de los derechos contenidos en el PIDCP (Garavito, Morris, Salinas, y Buritaca, 2010, p. 22).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (1966)

El PIDCP se adoptó por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, pero entró en vigor el 23 de marzo de 1976. En su artículo 27, el mencionado mecanismo de defensa de derechos humanos estipula que “[e]n los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

Frente al artículo 27 del documento en mención, el cuál protege los derechos individuales y culturales de las minorías étnicas, el Comité de Derechos Humanos lo ha reconocido como una herramienta para salvaguardar el derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR)

El CEDR se constituyó con la finalidad de monitorear el Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de la Discriminación Racial en el año 1969. El CEDR, emite una serie de pronunciamientos, dentro de los cuales resaltamos las recomendaciones a los Estados parte, en los cuales se proponen medidas que éstos deben tomar para poder darle cumplimiento al convenio. El CEDR también realiza recomendaciones generales para la aplicación de las diferentes disposiciones del convenio, y sobre situaciones de discriminación que se presentan en grupos étnicos determinados, como también, tiene la competencia para recibir peticiones y quejas respecto a la discriminación racial que sufren los ciudadanos de los Estados parte del convenio. Hasta el momento, la jurisprudencia del CEDR sobre temas relacionados con grupos indígenas o con consulta previa no es relevante.

Las recomendaciones a los Estados del CEDR han buscado proteger a los pueblos indígenas instando a los Estados a crear marcos legislativos adecuados sobre sus derechos a las tierras y recursos, así como a determinar claramente cuáles son las tierras que tales pueblos han ocupado tradicionalmente y reconocer los derechos de los pueblos indígenas y tribales a “poseer, desarrollar, controlar y utilizar sus tierras comunales y a participar en la explotación, administración y conservación de los recursos naturales asociados a ellas”.³⁴ En materia de consulta, el CEDR ha emitido recomendaciones que exigen que existan procedimientos adecuados para realizarla y para lograr, en la medida de lo posible, un acuerdo.³⁵ Las recomendaciones del CEDR no son jurídicamente vinculantes (Garavito, Morris, Salinas, y Buritaca, 2010, p.25).

Podemos destacar el caso de la recomendación general 23 de 1997, la cual está enfocada en contrarrestar la discriminación hacia los pueblos indígenas, en ella se insta a los Estados a que

“no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado” (CDER, Par 4, 1997). De igual forma establece que es necesario el reconocimiento de los derechos que le asisten a los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios colectivos, como también se requiere que el Estado promueva medidas de reparación efectivas en los casos en que se haya privado de esos derechos a las comunidades étnicas. Aunque esta recomendación no es vinculante, si proporciona una línea de interpretación del convenio.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)

El CDESC Es el órgano encargado de supervisar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por sus Estados parte. El CDESC nace en el año de 1985, a partir de una resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ecosoc). El comité de manera periódica está recibiendo informes de los Estados parte, acerca del cumplimiento de lo establecido en el pacto y realiza las observaciones al respecto. El comité también da unos lineamientos, a través de observaciones frente a las disposiciones del pacto, lo que sirve para interpretar los pronunciamientos realizados por el CDESC y del pacto, es de resaltar que no tiene carácter vinculante, pero es de gran importancia para el mejoramiento continuo en el desarrollo del convenio, y para su interpretación.

Podemos resaltar de las Observaciones finales realizadas por el CDESC para el periodo de 1989-2009, que se instan a los Estados parte a que realicen consultas con los pueblos indígenas antes de adoptar decisiones que los afecten, y otros ordenan de manera clara que se consiga el “pleno consentimiento”. (CEDR, 2004 [observaciones finales a Ecuador, Párrafo 12]).

En las observaciones realizadas se hace mención a las disposiciones del Convenio 169, y la necesidad de la obtención por parte de los Estados del consentimiento de las comunidades antes de la realización de proyectos de explotación de madera o de recursos mineros, y antes de la realización de cualquier política que les pueda generar algún tipo de afectación, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT.

Relatoría especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas

El relator especial hace parte del sistema de procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Dentro de las funciones que tiene, se encuentra la de encontrar los obstáculos que hay para la materialización de los derechos humanos de los pueblos indígenas, recoger datos e información acerca de violaciones de dichos derechos, visitar a países, y la realización de informes sobre los temas mencionados anteriormente.

En general el relator hace sus pronunciamientos a través de informes anuales, los cuales son presentados ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y que versan sobre la situación de los pueblos indígenas. También, envía recomendaciones a los Estados con base en información recibida a cerca de amenazas y violaciones a los derechos de los pueblos indígenas, y realiza el correspondiente seguimiento a las recomendaciones a los Estados y a las agencias de las Naciones Unidas, a partir de las visitas de verificación e inspección que realiza como de los informes. Dentro de las actividades para hacer seguimientos el relator organiza foros, seminarios y redacta informes, es de resaltar que los informes del relator tienen una gran incidencia y fuerza política en los Estados, a pesar de que no son vinculantes para estos.

Los informes del relator especial

Respecto al derecho fundamental de la consulta previa, el relator especial ha hecho mucho énfasis sobre los efectos que debe tener este mecanismo en la práctica, y la necesidad de cumplir a cabalidad con el Convenio 169 de 1989. En el año 2003, mientras se discutía todavía el proyecto de la Declaración de los Pueblos Indígenas, dijo en un informe lo siguiente:

“En relación con los grandes proyectos de desarrollo, el consentimiento libre, previo e informado es esencial para los derechos humanos de los pueblos indígenas”, y que éste, “así como el derecho de libre determinación de las comunidades y pueblos indígenas, han de ser condiciones previas necesarias de esas estrategias y proyectos” (Relator Especial, 2003, [Párrafo 66.77]).

Posteriormente en el año 2007, después de adoptarse la declaración, el relator instó a los Estados a no imponer proyectos económicos desde afuera e incluir la participación de los pueblos indígenas en los contenidos y procedimientos de éstos, para de esta manera contar con el consentimiento libre, previo e informado, dando prioridad a las necesidades de las propias comunidades y a sus políticas de desarrollo económico y social. En este documento el relator cita el concepto de ‘consentimiento libre’, previo e informado que elaboró el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas e insistió para seguir criterios mencionados por ese órgano, como que no debe haber coerción, intimidación ni manipulación; el consentimiento debe basarse en la buena fe y debe obtenerse con suficiente antelación a cualquier autorización o inicio de actividades; alcanzarse luego de proporcionar suficiente y amplia información comprensible y en el idioma del pueblo o comunidad afectada; y solicitarse a las autoridades designadas por las mismas comunidades. (indígenas, 2003 [Párrafo 23]).

Asamblea General de las Naciones Unidas - Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Declaración de los Pueblos Indígenas, 2007)

Con la Declaración de los Pueblos Indígenas, la discusión toma mayor relevancia, toda vez que reconoció de manera explícita en el artículo tercero el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación (Naciones Unidas, 2007). En la misma Declaración, se estipuló claramente que los Estados parte deben llevar a cabo la consulta de manera libre, previa e informada en las comunidades, estableciendo un compromiso político importante para éstos, así como un instrumento de presión para aquellos países que no la han suscrito.

La Declaración es el pronunciamiento más reciente e importante en materia de la consulta previa, pues involucra plenamente el principio del consentimiento libre, previo e informado para el traslado de grupos indígenas de sus tierras, así como para la adopción y aplicación de medidas legislativas y administrativas que los afecten, entre otras situaciones (Unidas, 2007, [Artículo 3]).

En el mismo documento se hace referencia a este derecho consagrado en otras normas anteriores, como la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos

Económicos Sociales y Culturales, también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena, que “afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación” (Declaración de los Pueblos Indígenas).

Asimismo, en el acápite del documento se afirma que “nada de lo contenido en la presente Declaración podrá utilizarse para negar a ningún pueblo su derecho a la libre determinación, ejercido de conformidad con el derecho internacional” (Declaración de los Pueblos Indígenas). Es así, como la Declaración se convierte en el primer instrumento internacional en el que se reconoce el derecho a la libre determinación a los pueblos indígenas.

A pesar de que la declaración como tal no es vinculante en el ordenamiento jurídico, sí establece un compromiso político importante para los Estados que la conforman, como un mecanismo de presión para quienes aún no se han vinculado. Esta declaración, resalta el deber de la obtención del consentimiento libre, previo e informado de las comunidades indígenas cuando se vayan a adoptar y aplicar medidas de carácter legislativo y administrativo que puedan modificar sus modos de vida, su cultura, entre otras situaciones (Naciones Unidas, 2007, [Declaración de los Pueblos Indígenas, arts. 10, 19, 28]).

También le ordena a los Estados la reparación de los bienes culturales, espirituales o intelectuales que se hayan visto afectados por no haber dado el consentimiento libre, previo e informado por parte de los grupos indígenas (Naciones Unidas, 2007, [Declaración de los Pueblos Indígenas, arts.11]).

El derecho a la consulta previa en Colombia

Recordemos que durante la vigencia que tuvo la extinta Constitución de 1886, no se reconocía la diversidad étnica en nuestro país, la legislación internacional referente a los derechos humanos no era un referente para realizar un control de constitucionalidad a la

normatividad interna, lo que hacía que los derechos reconocidos por aquella a las minorías étnicas mediante tratados internacionales, no se garantizaran en nuestra legislación.

Antes de la Constitución de 1991, los indígenas en nuestro país eran considerados incapaces en el derecho, es decir que tenían la categoría de las personas menores de edad o dementes, también eran tratados como “salvajes” que debían de ser civilizados (Republica, 1890). Afortunadamente en una revisión de constitucionalidad de la ley 89 de 1890, la Corte Constitucional, en la Sentencia C – 139 de 1996 con ponencia del Exmagistrado Carlos Gaviria Díaz, se declaró que “La terminología utilizada en el texto, que al referirse a “salvajes” y “reducción a la civilización” desconoce tanto la dignidad de los miembros de las comunidades indígenas como el valor fundamental de la diversidad étnica y cultural” (Corte Constitucional, 1996).

Con estos antecedentes, y posterior a los hechos señalados, y como consecuencia de grandes movilizaciones a nivel mundial por parte de diferentes comunidades indígenas, el Estado Colombiano reconoce a los pueblos indígenas como parte de la Nación, y esto comienza a ser plasmado en los diferentes pronunciamientos judiciales y en las normas, también se reconoce lo plasmado en el artículo 7 Superior, que son el principio de diversidad étnica y cultural.

(...) este artículo se convierte en un eje fundamental para el desarrollo de la Constitución Política, ya que encuentra en esta disposición la justificación más clara para abrir espacios en la vida política, social y económica del País con la participación de los sectores étnicos y socialmente diferenciados. De otro lado, es la base del régimen especial indígena y la fuente central para la interpretación y el desarrollo legal de nuevos derechos. (Cuadros, 1993, [p.33]).

En términos generales, la Constitución de 1991 y el bloque de constitucionalidad les reconoció a los pueblos indígenas facultades para tomar sus propias decisiones, ejercer autoridad

en sus territorios, capacidad de autogobernarse, todo esto enmarcado en el Estado Social de Derecho.

Esto lo podemos ver reflejado en el artículo 246 de la Constitución, el cual dice que “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”. De manera precisa, el derecho a la Consulta Previa lo podemos encontrar en el parágrafo del Artículo 330 de la Carta, de la siguiente manera:

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades (Constitucion Política, 1991, Artículo 330).

Es decir que el derecho fundamental a la consulta previa se debe desarrollar dentro del principio de participación. En términos generales, los pueblos indígenas han tenido que acudir de manera insistente ante La Corte Constitucional en busca de que se les tutelen sus derechos fundamentales, dentro de los cuales está el de la Consulta Previa.

Por medio de las acciones de tutela y de inconstitucionalidad, como mecanismos de defensa ante las actuaciones unilaterales e irresponsables del Estado Colombiano, se les ha podido proteger frente normas expedidas, tales como Ley General Forestal (Ley 1021 de 2006), el Estatuto de Desarrollo Rural (Ley 1152 de 2007) y el Código de Minas, que por no haber cumplido con el requisito de la consulta y por la afectación de derechos relacionados con la identidad de los pueblos étnicos fueron declaradas inconstitucionales (Zeballos, 2014, p.72).

Normatividad del derecho a la Consulta Previa en Colombia

Para tener una mayor claridad del recorrido que ha tenido Colombia en el tema, a continuación, se hará mención a las normas más importantes referentes al derecho fundamental a la consulta previa, identificando los enunciados de mayor relevancia de cada una de ellas, para determinar sus fines.

Comencemos por el artículo 6 de la Ley 21 de 1991 , el cual establece que los Gobiernos, para aplicar las disposiciones del Convenio 169 de 1989 deben tener presente los siguientes aspectos: i) 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 afectarlos directamente; ii) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; iii) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

Las consultas que sean realizadas en virtud del Convenio 169 de 1989 deben realizarse de buena fe y acorde con el contexto, para poder obtener el consentimiento de la comunidad y así llegar a acuerdos sobre las propuestas. El artículo 7 nos señala que “los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”.

Es decir, que los pueblos deben participar de manera activa en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional que puedan afectar de manera directa la parte cultural, su entorno social y sus modos de vida. Frente a lo que tiene que

ver con la explotación de recursos naturales, establece que éstos deberán protegerse especialmente, por lo que los pueblos tienen el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

La Ley 21 de 1991, reconoce el derecho a la consulta previa por parte de las comunidades, cuando éstas deban ser trasladadas de sus tierras y ser reubicadas. Pero cuando no sea posible por algún motivo la obtención del consentimiento, el proceso solo debe llevarse a cabo mediante procedimientos establecidos en la legislación nacional, que incluyen las encuestas públicas cuando haya lugar a ello, en las que las comunidades se vean representadas realmente. Los pueblos indígenas conservan el derecho a retornar a sus tierras tradicionales en caso de que se extingan las causas que dieron origen a su traslado y reubicación. Cuando no sea posible el retorno a sus tierras por los procedimientos adecuados, las comunidades les asiste el derecho a recibir, siempre que sea posible, tierras que sean de las mismas condiciones de calidad o mejores que las que ocupaban antes.

Posteriormente en la Ley 99 de 1993, a través de la cual se creó el Ministerio del Medio Ambiente, el Sistema Nacional Ambiental y se regularon otras disposiciones, el Congreso de la República plasma en el Artículo 69 el principio de participación en las actuaciones administrativas que puedan afectar el ambiente, la integridad física y cultural de los pueblos indígenas, como lo podemos observar en el siguiente párrafo:

Cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, sin necesidad de demostrar interés jurídico alguno, podrá intervenir en las actuaciones administrativas iniciadas para la expedición, modificación o cancelación de permisos o licencias de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente o para la imposición o revocación de sanciones por el incumplimiento de las normas y regulaciones ambientales (Congreso, 1993, [Artículo 69, Ley 99]).

Por tal razón y acorde con lo establecido en el artículo 330 Constitucional, y con la Ley 70 de 1993, la explotación de los recursos naturales no podrá realizarse en desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales. Las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades. Claramente se establece la necesidad de consultarles a las comunidades cuando se vaya a realizar explotación de recursos naturales.

La Consulta Previa también debe utilizarse en lo referente a la preservación de la diversidad biológica, de los recursos naturales, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, según la Ley 165 de 1994, en esta se regula el acceso a dichos recursos y a la transferencia apropiada de las tecnologías apropiadas, contemplando los derechos sobre ellos, los cuales requieren de una financiación adecuada. El artículo 8 en su literal j) reza:

Que cada parte contratante según proceda y con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente (Congreso de la Republica, 1994, [Ley 165, Art 8]).

Para llevar a cabo un desarrollo adecuado de las anteriores leyes mencionadas, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1320 de 1998, en el que se reglamentó el procedimiento para llevar a cabo las Consultas Previas a comunidades cuando se pretenda la explotación de recursos naturales en sus territorios. La norma ha sido blanco de críticas por temas relacionados con el ámbito de aplicación de la misma, la legitimidad, legalidad, y procedimiento; durante su expedición se desconoció el derecho fundamental de la consulta previa a las comunidades étnicas

y por ende el de su participación en temas que pueden alterar su territorio, su cultura y sus modos de vida, esto generó una demanda de nulidad ante el Consejo de Estado.

Otra crítica que le asiste al mencionado Decreto es que a pesar de que el mismo desarrolla el derecho a la Consulta Previa, el Gobierno lo ha tomado como un instrumento para “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 (...) y las medidas propuestas para proteger su identidad” (Congreso, Art 1, Decreto 1320 de 1998) . Como podemos ver, desde este enfoque, no se incorpora el elemento participación de la comunidad frente a las medidas administrativas y legislativas que pueden afectar a las comunidades étnicas.

El Decreto 1320 de 1998 menciona claramente tres eventos en los cuales hay lugar a llevar a cabo la consulta previa a las comunidades étnicas: i) en materia de licencias ambientales o establecimiento de planes de manejo ambiental, ii) Consulta previa frente al documento de evaluación y manejo ambiental y, iii) uso, aprovechamiento o afectación de recursos naturales renovables. En estos casos, el procedimiento de la consulta previa tiene en cuenta algunos trámites de carácter ambiental para hacer viable los proyectos, pero no contempla la opinión ni las consideraciones de las comunidades, dejando a un lado la autodeterminación de los pueblos. Es decir que el decreto le resta importancia a la manifestación de los pueblos étnicos frente al desarrollo de proyectos productivos que pueden alterar sus modos de vida.

Ante la presencia de estos vacíos frente al derecho fundamental de la Consulta Previa, la Corte Constitucional, en varios casos ha ordenado la inaplicación del Decreto por encontrarlo contrario a los derechos fundamentales de las comunidades indígenas. Un caso concreto es el de la represa de Urrá, ante un proyecto que generaba un impacto negativo en el pueblo Emberá-Katío del Alto Sinú y que se solucionó en la sentencia T-652 de 1998. En este caso el tribunal de cierre consideró que aplicar el decreto 1320 de 1998 iría en contra de la Constitución y a la Ley 21 de 1991, la cual acogió el Convenio 169 de 1989 sobre consulta previa.

Para avanzar en la materia de la consulta previa a pueblos étnicos, y darle mayor garantía a la participación de las comunidades, el gobierno expidió varios Decretos, entre ellos el Decreto 1397 de 1996 que en su artículo 11, crea la mesa de concertación, cuyo fin es facilitar la concertación entre el Estado (Las decisiones administrativas y legislativas) y las comunidades indígenas que se puedan ver afectadas por aquel. También establece el deber de hacer seguimiento y evaluación de los acuerdos que se concreten en materia de política pública frente a comunidades indígenas, también crea la Mesa Permanente de Concertación, a la cual le competen las siguientes funciones:

Adoptar principios, criterios y procedimientos en relación con biodiversidad, recursos genéticos, propiedad intelectual colectiva y derechos culturales asociados a éstos, en el marco de la legislación especial de los pueblos indígenas.

Concertar previamente con los pueblos y organizaciones indígenas las posiciones y propuestas oficiales para proteger los derechos indígenas en materia de acceso a recursos genéticos, biodiversidad y protección del conocimiento colectivo, innovaciones y prácticas tradicionales que presente el Gobierno colombiano en instancias internacionales o en el marco de los acuerdos y convenios suscritos y ratificados por Colombia.

Concertar el desarrollo de los derechos constitucionales indígenas en relación con biodiversidad, recursos genéticos, propiedad intelectual colectiva y derechos culturales asociados a éstos y la legislación ambiental.

Revisar los permisos y licencias otorgados sobre territorios indígenas y los que estén en trámite y solicitar su suspensión o revocatoria cuando sean violatorios de los derechos de los pueblos indígenas, de conformidad con la legislación especial.

Concertar las partidas presupuestales que se requieran para capacitación, estudios técnicos, asesoría y financiación de proyectos con destino a las comunidades indígenas.

Preparar los procedimientos necesarios para acordar entre los pueblos y organizaciones indígenas la propuesta de reglamentación del derecho de participación y concertación de las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas de acuerdo con las particularidades de cada uno, y concertar la expedición del decreto.

En los procesos de consulta y concertación de cualquier medida legislativa o administrativa susceptible de afectar a comunidades o pueblos indígenas determinados, podrán participar los indígenas integrantes de la Mesa Permanente de Concertación o sus delegados. Los procedimientos que se prevean realizar les serán informados con la suficiente antelación (Presidente, 1996, [Artículo 16, Decreto 1397]).

En el año 2011, el Gobierno Nacional expide el Decreto 2893 de 2011, en el que al Ministerio del Interior se le asigna la formulación y seguimiento de la política estatal para los grupos étnicos, con un enfoque integral, diferencial y social en coordinación con las demás entidades estatales. También a la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y ROM se les asigna unas funciones y se reconoce la necesidad de coordinar el dialogo político entre las comunidades étnicas y las instituciones estatales, para materializar la participación de las autoridades u organizaciones que tengan legitimidad para representarlos. La Dirección de Consulta Previa como tal se le asigna al Ministerio del Interior, su realización en el terreno para proyectos de desarrollo que afecten a las comunidades indígenas y Rom son de su cargo. También le asigna la competencia para coordinar y realizar los procesos de consulta previa para la presentación de iniciativas legislativas y administrativas del nivel nacional, de conformidad con los lineamientos acordados para el efecto (Republica P. d. Decreto 2893 de 2011, Art 13, numerales 3 y 6).

Finalmente, en la Directiva presidencial Nro. 01 de 2010 se procura la consolidación de una garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales, está dirigida a las entidades del sector central y descentralizado del orden nacional. La mencionada norma pretende lograr el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado en materia de Consulta Previa ante la comunidad Internacional, y desarrollar los mecanismos para la aplicación de la ley 21 de 1991.

En términos generales lo que la directiva presidencial hace es establecer que las actividades que vaya a llevar a cabo el Gobierno Nacional a nivel central o descentralizado, que requieran de la implementación de la Consulta Previa, éstas deben desarrollarse según los lineamientos del Ministerio del Interior y de Justicia. Es decir que hay dos aspectos importantes para tener en cuenta que son, por un lado, tramitar las solicitudes de estas actividades ante el Grupo de Consulta Previa del Ministerio y su desarrollo; y por el otro, la obligación de informar sobre los planes, programas o proyectos que requieran el desarrollo de la consulta.

Es de resaltar que la normatividad actual, cumple con señalar la importancia que tiene el llevar a cabo la Consulta Previa para la defensa y la garantía de los derechos colectivos, no obstante, estos mecanismos jurídicos no han permitido la materialización plena de este derecho fundamental. Esta situación se debe a los grandes intereses de tipo económico y político, que se han puesto por encima de derechos fundamentales como éste, trayendo como consecuencia la vulneración de los grupos étnicos en nuestro país.

Es necesario recalcar que siempre que se vaya a llevar a cabo actividades o proyectos, que repercutan en la afectación de recursos naturales, o que alteren el buen vivir, la tranquilidad y los modos de vida de los pueblos indígenas, se debe obtener el consentimiento libre, previo e informado por parte de éstos, es decir que es necesario contar con su aval para el desarrollo de procesos productivos en su territorio.

Tal como lo ha manifestado la Corte Interamericana y la Corte Constitucional, todos los proyectos de desarrollo económico que se vaya a desarrollar en comunidades étnicas, requieren del consentimiento libre, previo e informado para poder llevarse a cabo. Esto debido a que ninguna medida que afecte el territorio indígena puede desconocer los derechos fundamentales de ellos, y debe contemplarse el conocimiento pleno de las comunidades sobre las afectaciones que se puedan tener.

De acuerdo con lo que dice Robert Alexy, “la dimensión sociológica de la validez tiene que ver con la real obediencia de la norma por parte de los miembros de la sociedad, y en caso de que la misma no sea acatada hay lugar a aplicar una sanción correspondiente” (Alexy, Pag 88 – 90, 1994), podemos decir que no ha habido por parte del Estado Colombiano una real obediencia de la norma, toda vez que constante mente se ha faltado a lo estipulado en ella sobre la manera de llevar a cabo la Consulta Previa a los pueblos étnicos, vulnerando sus derechos, es decir que la normatividad sobre el mencionado derecho fundamental no es eficaz en nuestro país.

Desde el punto de vista de la moralidad de las normas sobre consulta previa, podemos decir que son absolutamente validas, de acuerdo con el mencionado autor “una norma vale moralmente cuando está moralmente justificada” (Alexy, 1994, p.88-90). En el caso de la consulta previa, es un derecho fundamental de las comunidades étnicas para garantizarles la protección a sus cosmovisiones, a sus culturas y tradiciones frente a la interferencia de proyectos productivos en sus territorios, lo cual es moralmente aceptado por la sociedad colombiana en general, a pesar de que sectores políticos y económicos vean esto como un obstáculo para el desarrollo económico del país y la generación de riqueza.

Procedimiento Para Llevar a Cabo la Consulta Previa

De manera general, es el Decreto 1320 del año 1998 el que establece el procedimiento adecuado para llevar a cabo la consulta previa a las comunidades étnicas. Conforme al Artículo 2 de esta norma, este mecanismo se debe implementar cuando el proyecto se vaya a desarrollar en zonas de resguardo o reservas indígenas o en zonas adjudicadas en propiedad colectiva a

comunidades negras, también cuando se trate de zonas no tituladas y habitadas de manera regular por estas comunidades (Presidencia, 1998).

El procedimiento para llevar a cabo la consulta previa se adelanta ante la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, la cual tiene como finalidad garantizarles el debido proceso a los diferentes grupos étnicos en materia del mencionado derecho fundamental, respecto de la implementación de proyectos, obras o actividades, medidas legislativas o administrativas que sean objeto de consulta, conforme a la legislación vigente y a la jurisprudencia.

La Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, se organiza en tres áreas de trabajo. Está el área de Certificación, la cual se encarga de emitir los actos administrativos de certificación de presencia o no de Grupos étnicos en el área de influencia de los Proyectos, Obras o Actividades; Se tiene el Área de Gestión, la cual se Encarga de llevar a cabo los procesos de Consulta Previa con cada una de las Comunidades que han sido registradas en los Proyectos, Obras o Actividades certificados; y por ultimo está el área Jurídica, que se Encarga de soportar las acciones de la Dirección de Consulta Previa desde el punto de vista jurídico.

De acuerdo con el Artículo 3 del Decreto 1320 de 1998, como primera medida debe realizarse una solicitud de certificación de presencia de grupos étnicos en el área de influencia del proyecto ante la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, esto quiere decir que la persona natural o jurídica de derecho privado o público que vaya a realizar una actividad o proyecto productivo, debe hacer un requerimiento, en el que conste el nombre del proyecto, la descripción del mismo, las coordenadas geográficas del lugar en donde se desarrollaría, debe aportar un CD con los Shapes, debe estar definida el área de influencia y las actividades que se realizarían al interior y fuera del polígono.

El funcionario del Ministerio del Interior verifica la información sobre la presencia de grupos étnicos en las bases de datos en la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías, en la Dirección de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, en el INCODER, en la información cartográfica del Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC). En esta etapa se emite un concepto cartográfico, geográfico y espacial de la zona en la que se llevaría a cabo el proyecto productivo o actividad.

Cuando la información suministrada es deficiente, entonces es necesario realizar una verificación en el terreno sobre la misma, en compañía de la persona solicitante y de las comunidades étnicas que tengan presencia en el área de influencia del proyecto o actividad, lo que da lugar a la emisión de un concepto geográfico espacial, y se emite la respectiva certificación. Las entidades mencionadas anteriormente deben expedir la certificación dentro de los 15 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud.

Posteriormente debe realizarse una notificación, para lo cual se envía un citatorio para realizarla de manera personal, y en caso de que no pueda darse de esta manera, la misma se realizará por aviso. En el caso de que se verifique la presencia de grupos étnicos en el área de influencia del proyecto, se debe solicitar el inicio de la consulta previa.

De acuerdo con el artículo 4 del mencionado Decreto, en el evento en que los estudios ambientales determinen que las actividades a desarrollar generarían impactos económicos, sociales o culturales sobre las comunidades indígenas o negras, se aplicará el procedimiento señalado a continuación:

Como primera medida, el responsable del proyecto debe incorporar a las comunidades étnicas en la elaboración de los estudios de impacto ambiental, esto es con los representantes legales o con las autoridades tradicionales en el caso de las comunidades indígenas, y con los miembros de la Junta del Consejo Comunitario o con los líderes de la comunidad de base en el

caso de las comunidades negras. con la presentación de los estudios ambientales, debe acreditarse la forma y procedimiento en que fueron vinculados los representantes de las comunidades étnicas, para lo cual debe enviárseles una comunicación escrita.

Transcurridos veinte (20) días de enviada la invitación sin obtener respuesta de parte de los pueblos indígenas o comunidades negras, el responsable del proyecto, obra o actividad informará al Ministerio del Interior para que verifique dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación, si existe voluntad de participación de los representantes de dichas comunidades y lo informará al interesado. En caso que los representantes de las comunidades indígenas y/o negras se nieguen a participar, u omitan dar respuesta dentro de los términos antes previstos, el interesado elaborará el estudio ambiental prescindiendo de tal participación (Presidente, 1998, [Decreto 1320, Art 5 inciso 4 y 5]).

Es importante señalar que los términos de referencia expedidos por la autoridad ambiental para llevar a cabo los estudios de impacto ambiental, deben incorporar el componente socioeconómico y cultural de las comunidades étnicas. También hay que tener en cuenta que a la solicitud de licencia ambiental debe anexarse la certificación de presencia de grupos étnicos. El Artículo 10 del Decreto 1320 de 1998 de manera textual estipula que:

En relación con el componente socioeconómico y cultural, los estudios ambientales deberán contener por lo menos lo siguiente: 1. En el diagnóstico ambiental de alternativas: Características de la cultura de las comunidades indígenas y/o negras. Este elemento se tendrá en cuenta por parte de la autoridad ambiental para escoger la alternativa para desarrollar el estudio de impacto ambiental. 2. En el estudio de impacto ambiental o plan de manejo ambiental: a) Características de la cultura de las comunidades indígenas y/o negras; b) Los posibles impactos sociales, económicos y culturales que sufrirán las comunidades indígenas y/o negras estudiadas, con la realización del proyecto, obra o actividad; c) Las medidas que se adoptarán para prevenir, corregir, mitigar, controlar o compensar los impactos que hayan de ocasionarse (Presidencia, 1998, [Decreto 1320]).

Preconsulta y Apertura

En esta primera etapa se realiza un acercamiento con la comunidad que ha sido certificada, se realiza una presentación por parte del ejecutor del proyecto, del representante del grupo étnico, y de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, se procede a realizar una breve explicación del marco jurídico vigente acerca del derecho fundamental a la consulta previa, seguidamente debe hacerse una socialización del proyecto, obra o actividad, en la que se explique de manera clara y precisa en qué consiste el proyecto, y se presenten de la misma manera los impactos que éste genera. Posteriormente se expone la ruta metodológica, y se concerta un cronograma a seguir con los intervinientes, y se hace la instalación formal de la consulta previa.

Taller de Identificación de Impactos, Análisis y Concertación de Medidas de Manejo

Estas actividades van encaminadas a tener un mayor conocimiento de las alteraciones que puede generar el proyecto, obra o actividad a desarrollar en los territorios étnicos, para lo cual se realizan recorridos para la identificación de impactos basado en usos y costumbres de la población, para lo cual se conforman grupos focales. Una vez identificados los impactos se procede a realizar el análisis de los mismos para concertar medidas para manejarlos, y se realiza una socialización y retroalimentación al interior de las comunidades de los resultados que se obtuvieron en las reuniones de consulta previa.

Posteriormente se llega a una fase de preacuerdos, en la que de manera conjunta se puntualiza y se profundiza sobre las medidas que se van a emplear para gestionar o manejar los diferentes impactos sociales, económicos y ambientales identificados. También se definen los acuerdos a los que se llegarían y los compromisos.

Protocolización

En esta parte del proceso se formalizan los acuerdos a los que se ha llegado, y se dejan establecidas las responsabilidades de cada una de las partes, también se conforma el comité de seguimiento. Cuando la actividad, obra o proyecto no cuente con licenciamiento, protocoliza la

Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior; pero cuando el proyecto, actividad u obra cuenta con licenciamiento, protocoliza la autoridad ambiental, bien sea las CAR o la ANLA. Es así como se llega a una oficialización de acuerdos entre las partes intervinientes.

Posteriormente sigue una verificación de los acuerdos oficializados, una verificación de los avances y evaluación del nivel de cumplimiento de los compromisos adquiridos por las partes en el marco del proceso de la consulta previa. Y finalmente en el cierre del proceso se realiza un último seguimiento a los acuerdos, se verifica el cumplimiento del 100% de los acuerdos y se realiza un acta de cierre del proceso de consulta previa.

Es de resaltar que la Ley 1437 del año 2011, es decir el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, advierte que, para efectos de la realización de consultas previas sobre decisiones administrativas, aquella debe realizarse en los términos que señale la Ley, en el Artículo 46 señala frente a la obligatoriedad de este requisito lo siguiente:

“Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar” (Congreso, 2011, [Ley 1437, Art 46]).

Mesa permanente de concertación con los pueblos y organizaciones indígenas

La Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y las organizaciones indígenas, se creó mediante el Decreto 1397 de 1996, como un escenario en el que interactúan el Gobierno y los Pueblos Indígenas de Colombia, desde el cuál se han trazado lineamientos para la realización de consultas previas en estas comunidades en distintas regiones del país.

Esta mesa tiene dos objetivos principales, en primer lugar, concertar entre el Estado y las comunidades indígenas todas las decisiones administrativas y legislativas que puedan llegar a

afectarlos, y en segundo lugar evaluar la ejecución de políticas estatales referentes a los pueblos indígenas, y hacerle seguimiento al cumplimiento de los acuerdos que allí se pacten. Las funciones puntuales de esta mesa se encuentran en el artículo 12 del Decreto mencionado, las cuales se señalan a continuación:

1. Adoptar principios, criterios y procedimientos en relación con biodiversidad, recursos genéticos, propiedad intelectual colectiva y derechos culturales asociados a éstos, en el marco de la legislación especial de los pueblos indígenas.
2. Concertar previamente con los pueblos y organizaciones indígenas las posiciones y propuestas oficiales para proteger los derechos indígenas en materia de acceso a recursos genéticos, biodiversidad y protección del conocimiento colectivo, innovaciones y prácticas tradicionales que presente el Gobierno colombiano en instancias internacionales o en el marco de los acuerdos y convenios suscritos y ratificados por Colombia.
3. Concertar el desarrollo de los derechos constitucionales indígenas en relación con biodiversidad, recursos genéticos, propiedad intelectual colectiva y derechos culturales asociados a éstos y la legislación ambiental.
4. Concertar el proyecto de ley que modifica el Código de Minas con el fin de garantizar los derechos de los pueblos indígenas; definir el cronograma, los procedimientos y los presupuestos necesarios para la delimitación de zonas mineras indígenas de acuerdo con las solicitudes de las comunidades y hacerle seguimiento a su ejecución, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2655 de 1988. La delimitación de las zonas mineras indígenas se hará concertadamente con las organizaciones nacional, regional y las autoridades indígenas del respectivo territorio.
5. Revisar los permisos y licencias otorgados sobre territorios indígenas y los que estén en trámite y solicitar su suspensión o revocatoria cuando sean violatorios de los derechos de los pueblos indígenas, de conformidad con la legislación especial.
6. Concertar las partidas presupuestales que se requieran para capacitación, estudios técnicos, asesoría y financiación de proyectos con destino a las comunidades indígenas.
7. Concertar el decreto reglamentario de los artículos 2, 3, 5, 8, 9, 10, 12, 13, y el párrafo 2. del artículo 7, de la Ley 191 de 1995 con los pueblos y comunidades indígenas de frontera, sus autoridades y organizaciones regionales y nacionales respectivas.
8. Preparar los procedimientos necesarios para acordar entre los pueblos y organizaciones indígenas la propuesta de reglamentación del derecho de participación y concertación de las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas de acuerdo con las particularidades de cada uno, y concertar la expedición del decreto.
9. Concertar el procedimiento transitorio y lo demás que se requiera para la

participación, consulta y concertación con pueblos o comunidades indígenas específicos, mientras se expide el decreto reglamentario. La concertación se hará respetando los usos y costumbres de cada pueblo. 10. Abrir un proceso de difusión, análisis y discusión de la Ley número 100 de 1993 con las organizaciones y comunidades indígenas para que se puedan tomar decisiones de interés y protección de los derechos de los pueblos indígenas; concertar las modificaciones y reglamentaciones pertinentes e involucrarlas en su ejecución. El Gobierno garantizará los recursos para adelantar este proceso a través de las organizaciones. 11. Revisar los Decretos 1088 de 1993 y 1407 de 1991 sobre autoridades indígenas y sus asociaciones y las fundaciones y corporaciones que trabajan en territorios indígenas, respectivamente, de acuerdo a la diversidad étnica y cultural y concertar sus modificaciones. 12. Definir los procedimientos y términos de referencia para la evaluación de la estructura estatal para la atención de pueblos indígenas y concertar las decisiones que se requieran de acuerdo con los resultados de la misma. 13. Concertar un proceso de difusión, análisis y discusión de la Ley número 218 de 1995 o Ley Páez con las comunidades indígenas y sus organizaciones para que se puedan tomar decisiones de interés y protección de los derechos de los pueblos indígenas; concertar los proyectos de ley para su modificación en lo que se requiera, y su reglamentación. El Gobierno garantizará los recursos para adelantar este proceso a través de las organizaciones. En la reglamentación de la ley se garantizará que personas externas a la región no abusen de los beneficios de la ley. 14. Hacer seguimiento a la ejecución de la inversión social y ambiental para los pueblos indígenas dispuesta por la ley del Plan Nacional de Desarrollo; acordar las medidas necesarias para garantizar la destinación y ejecución del 2% anual de la inversión social y ambiental para los pueblos indígenas en los términos dispuestos en los artículos 29 y 42 de la Ley 188 de 1995 y para el cumplimiento de los compromisos adquiridos por el Gobierno Nacional con pueblos, comunidades u organizaciones indígenas. El Gobierno unificará y simplificará los trámites, requisitos y fichas de acceso a los fondos de cofinanciación, previa concertación en la Mesa de que trata este Decreto. Igualmente se concretará el seguimiento para agilizar y garantizar la ejecución de los recursos de la vigencia fiscal de 1996. 15. Concertar los proyectos de ley y decretos reglamentarios relativos a las transferencias de ingresos corrientes de la Nación a los resguardos indígenas y hacer seguimiento al cumplimiento de los mismos. 16. Concertar lo relativo al desarrollo de las competencias otorgadas por el artículo transitorio 56 de la Constitución al Gobierno Nacional y todo lo relacionado con el ordenamiento territorial indígena. 17. Revisar las normas relativas a la educación propia de los pueblos indígenas y concertar sus modificaciones y reglamentación, y vigilar su cumplimiento. 18. Acordar medidas para garantizar y supervisar la aplicación del

Decreto 1811 de 1991. 19. Darse su propio reglamento de conformidad con lo regulado por este Decreto (Presidente, 1996, [Art 12, Decreto 1397]).

Por otra parte, la norma también crea una Comisión Nacional de Territorios Indígenas, principalmente para hacer seguimiento al desarrollo de las comunidades indígenas, y se conforma de acuerdo con el Artículo 1 del Decreto 1397 de 1996 por: El Viceministro de Desarrollo Rural Campesino del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural o su delegado, el Gerente General del INCORA o su delegado, el Subgerente de Planeación del INCORA, el Jefe de la División para la Atención de Comunidades Indígenas y Negras del INCORA, un delegado del Ministro del Interior, el jefe de la Unidad de Desarrollo Agropecuario del Departamento Administrativo de Planeación Nacional, el Director General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público o su delegado, el Presidente de la Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC o un delegado por el Comité Ejecutivo, el Presidente de la Organización de Pueblos Indígenas de la Amazonia Colombiana OPIAC o un delegado por el Comité Ejecutivo, un delegado por la Confederación Indígena Tairona, un delegado por cada macrorregión Corpes o las Regiones Administrativas de Planificación que se conformen de acuerdo con el artículo 306 de la Constitución Política, seleccionados por las organizaciones indígenas de la respectiva región. En el párrafo del artículo en mención dice que “Los Senadores indígenas y los exconstituyentes indígenas serán invitados permanentes a la Comisión Nacional de Territorios Indígenas” (Presidencia, 1996, [Artículo 1, Párrafo]).

Dentro de las funciones de esta comisión, señaladas en el artículo 2 del Decreto en mención podemos destacar la actualización de la información frente a las necesidades de las comunidades indígenas en materia de constitución, ampliación, reestructuración y saneamiento de resguardos y reservas indígenas y la conversión de éstas en resguardo. Así mismo Concertar la programación para períodos anuales de las anteriores acciones.

Respecto a las licencias ambientales, en el Artículo 7 de este Decreto se dice que no es posible conceder licencias ambientales si no se llevan a cabo los estudios de impacto económico,

social y cultural sobre los pueblos o comunidades indígenas, quienes harán parte de los estudios de impacto ambiental. Dichos estudios deben llevarse a cabo con la participación de las comunidades, sus autoridades y organizaciones. También se establece que:

“Cuando de los estudios, o a consideración de la autoridad ambiental o del seguimiento con la participación de las comunidades afectadas, sus autoridades y organizaciones, se desprenda que se puede causar o se está causando desmedro a la integridad económica, social o cultural de los pueblos o comunidades indígenas, se negarán, suspenderán o revocarán las licencias, mediante resolución motivada” (Presidencia, 1996, [Decreto 1397, Art 7]).

Es así como en materia de comunidades indígenas, el Estado Colombiano ha desarrollado herramientas para su protección, y para garantizar su desarrollo como pueblos, en armonía con sus intereses culturales, económicos, sociales y ambientales. Es claro que siempre el Estado debe desarrollar las políticas en materia de comunidades indígenas incorporándolos en el diseño de las mismas.

CAPITULO 2: Los lineamientos trazados por la Corte Constitucional, para la correcta implementación del derecho fundamental a la consulta previa a las comunidades étnicas en nuestro país.

Ha sido la Corte Constitucional, quien, a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, ha tenido que generar una serie de fallos en favor de la protección al derecho fundamental de la consulta previa ante su constante afectación por parte del gobierno y las empresas privadas, dando unos lineamientos para tener en cuenta para la no vulneración del mismo, a continuación, hablaremos de varios de sus pronunciamientos a través de algunas de sus Sentencias, durante varios periodos.

Algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la Consulta Previa, en el periodo de 1992 - 2002

En el caso de la Sentencia T-428 de 1992, la Corte enfatiza en la importancia de proteger la existencia de las comunidades, su identidad cultural y sus condiciones económicas, desarrollando principios establecidos en la norma superior en torno a la diversidad cultural, el pluralismo y la autonomía. La Corte en esta ocasión tuvo que resolver la colisión de dos derechos fundamentales, que son la primacía del interés general y el derecho a la consulta previa, dando mayor preponderancia a la protección de este último por ser un derecho de amplia protección en la Constitución material, la cual involucra al bloque de constitucionalidad (Corte Constitucional, 1992, [Sentencia T – 428, p.34]).

En otro de sus pronunciamientos en el año siguiente la Corte Constitucional, en su Sentencia T-380 de 1993 con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, dice que la tutela no solo asiste a los miembros de las comunidades étnicas de manera individual, sino que puede cobijar a toda la comunidad indígena por ser un sujeto colectivo autónomo que requiere la protección a su integridad cultural, económica y social. Este amparo inicia con el reconocimiento de la propiedad colectiva a favor de las comunidades étnicas, y de estas sobre los recursos naturales renovables presentes en sus territorios. La explotación de recursos naturales en los territorios étnicos solo es posible si existe un consentimiento y una aprobación por parte del Estado y de las comunidades allí asentadas. Además de lo anterior, debe garantizarse la no afectación de la integridad cultural, económica y social de aquellas.

En el año 1997, se expide un importante pronunciamiento en la Sentencia SU-039, en cabeza del Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell, que recoge varios de los argumentos señalados, y se unifican conceptos respecto de los derechos colectivos de las comunidades étnicas, dentro de los cuales está el derecho a la consulta previa, señalando que es indispensable encontrar un equilibrio entre el desarrollo económico del país y la identidad cultural. El alto tribunal reconoce el carácter de derecho fundamental de la consulta previa, por ser un mecanismo para proteger la integridad étnica, social, económica y cultural en los grupos étnicos. Además, reitera lo que ha dicho en otras Sentencias frente al consentimiento y aprobación de las comunidades étnicas para poder llevar a cabo actividades de explotación de recursos naturales en sus territorios.

La Corte considera que la consulta previa debe llevarse a cabo con un gran respeto por las comunidades étnicas que habitan el territorio en el que se pretende llevar a cabo la explotación, teniendo en cuenta el principio de la buena fe en la realización de la misma y garantizando los siguientes puntos: i) Que la comunidad tenga información plena acerca de los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en sus territorios, como también de los mecanismos, procedimientos y actividades requeridas para su ejecución; ii) Que se garantice la provisión de la información completa sobre las afectaciones que puede tener la comunidad con el desarrollo del proyecto productivo; y, iii) Que se les permita que de manera libre realicen una valoración sobre las ventajas y desventajas del proyecto para la comunidad, que se les escuche y se solucionen las inquietudes y pretensiones.

Con esto, se pretende garantizarles a las comunidades su derecho a la participación en la toma de decisiones sobre aspectos que pueden modificar o alterar sus modos de vida, su cultura y sus costumbres. Por esta razón es importante que se pueda realizar un acuerdo entre quienes pretenden explotar recursos naturales en territorios indígenas y las comunidades que habitan allí, que estas últimas manifiesten su voluntad frente a los proyectos.

Es decir, que la consulta debe realizarse como lo han estipulado los diferentes tratados y convenios internacionales en esta materia, y de acuerdo con lo ordenado por la Corte Constitucional, de manera libre, previa e informada ante las comunidades étnicas. No como en muchas ocasiones se ha realizado, con una simple reunión, o una simple notificación sobre los proyectos productivos que se van a llevar a cabo en las zonas, sin suministrar a la comunidad la información total acerca de los impactos ambientales, sociales y económicos que se pueden generar con las actividades a desarrollar.

En otra oportunidad, en la Sentencia T-652 de 1998 La Corte Constitucional falló una tutela en favor del pueblo Emberá-Katío del Alto Sinú, en ella se reitera que la propiedad colectiva de los grupos étnicos tiene un carácter fundamental porque “hace parte de las cosmogonías amerindias y es substrato material necesario para el desarrollo de sus formas culturales características” (Díaz, [Pag 34]). En este caso la Corte da cuenta de que la expedición de la licencia ambiental para la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica Urrá I se dio de manera irregular, lo que repercutió en la violación de los derechos fundamentales del pueblo Emberá-Katío, al no realizarse la consulta previa conforme a la Constitución y las leyes.

El alto tribunal ordenó en el caso sub examine, la inaplicación del Decreto 1320 de 1998, por considerar que la consulta previa no se hizo de acuerdo con la Constitución Política ni a la Ley 21 de 1991. También requirió al Ministerio del Interior y de Justicia y al Ministerio del medioambiente para que siguieran las siguientes pautas: i) 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; ii) 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.

En la Sentencia C- 339 del año 2002, la Corte Constitucional menciona el carácter ecológico que tiene nuestra Constitución Política de 1991, también advirtió sobre los impactos ambientales que suele generar la actividad minera. Además, las constitucionalidades de las disposiciones demandadas quedaron condicionadas a que la autoridad ambiental debe aplicar el principio de precaución, entendiéndolo por este que ante la duda sobre el daño que se causaría por la actividad, es necesario no llevarla a cabo, para evitar perjuicios graves o irremediables.

Dejó claro que la posibilidad de realizar trabajos y actividades mineras dentro del perímetro urbano no se sujeta únicamente a las normas municipales, sino también a la normatividad ambiental de orden nacional o regional, y precisó que las autoridades competentes para autorizar la ejecución de esas actividades en zonas de especial interés arqueológico, histórico o cultural son la autoridad minera, la autoridad ambiental y aquellas encargadas de cuidar el patrimonio arqueológico, histórico y cultural. Es decir que no es competencia exclusiva de la autoridad minera.

Posteriormente podemos destacar de la Sentencia C- 448 de 2002, que la Corte Constitucional dijo que la consulta previa a las comunidades, por tratarse esto de decisiones que pueden impactar de manera negativa sus territorios en tanto se trata de una decisión que puede afectarlos, retomando lo dicho por la misma corporación en la Sentencia C-418 de 2002 , en la que se declaró exequible el primer inciso del artículo 122 del Código Minero , en el entendido de que “en el procedimiento de señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas se deberá dar cumplimiento al parágrafo del Artículo 330 de la Constitución y al Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT” (Corte Constitucional, 2002, [M. P Tafur]).

En la Sentencia C – 891 de 2002, con ponencia del Magistrado Jaime Araujo Rentería, el alto tribunal explicó que el hecho de que existiera una ausencia de referencia normativa que explicita el deber de agotar la consulta previa frente a medidas que afecten de manera directa a las comunidades negras o indígenas, no puede entenderse que éstas no sean objeto de consulta, por lo que se declararon exequibles los artículos 2º, 3º, y 11 del Código Minero, pero en el

entendido de que prevalece el ordenamiento superior siempre, y que éste no requiere de reconocimiento legal expreso y que en lo referente a la actividad minera, deben respetarse los derechos a la participación y consulta previa de los grupos étnicos.

Algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional frente a la Consulta Previa en el periodo 2004 - 2012

La providencia T-774 de 2004, analizó una tutela que se instauró contra el fallo de una acción de cumplimiento, en la que se pretendía la aplicación del artículo 36 del Código Minero, en el sentido de que el Ministerio de Minas y Energía ordenara el desalojo de varios predios ubicados en los cerros orientales de Bogotá, que fueron concesionados para desarrollar la actividad minera a pesar de que estaban ubicados en áreas de reserva forestal e interés ecológico, es decir que eran zonas incompatibles con la actividad minera.

La Corte pudo constatar el incumplimiento grave de la normativa ambiental, por lo que compulsó copias del expediente a los órganos de control y a la Fiscalía General de la Nación para que tomaran las medidas pertinentes en defensa del ambiente, también ordenó a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca asegurar que los titulares de las concesiones cumplieran la normatividad ambiental vigente.

Respecto del tema en mención, en el anterior párrafo, unos años más adelante con la ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt, la Sentencia C-813 de 2009 analizó una demanda contra los artículos 203 y 213 de la Ley 685. El primer artículo estipula que la autoridad ambiental es la que autorizará el uso ocasional o transitorio de los recursos naturales renovables en desarrollo de los trabajos de exploración cuando se requiera. El segundo señala los casos en las que la autoridad ambiental puede negar la licencia ambiental para la construcción, montaje, explotación, beneficio y para las labores adicionales de exploración durante la etapa de explotación.

Para el demandante es claro que el artículo 203 obliga a la autoridad ambiental a otorgar la licencia ambiental sin valorar las repercusiones de la exploración. Sobre el artículo 213, dijo que se hace primar los formalismos sobre el derecho sustancial, pues solo contempla razones de índole formal para negar la licencia.

Acorde con lo anterior el alto tribunal aclaró que los artículos demandados debían interpretarse conforme a las demás normas ambientales del Código Minero, de la Ley 99 de 1993 y de las estipulaciones constitucionales en materia ambiental. Aclaró que el Código Minero pretende que la actividad minera se desarrolle respetando los principios y normas de explotación racional de los recursos naturales no renovables, protección del ambiente y desarrollo sostenible; esto implica determinar el impacto ambiental y social de los trabajos de exploración, allí está implícito el respeto por las normas y guías adoptadas por el Gobierno. También recordó que la Ley 99 de 1993, asigna a las autoridades ambientales el deber de ejercer funciones de evaluación, control y seguimiento a las actividades de exploración que generan o puedan causar in impacto ambiental y que, la expedición de las licencias ambientales, deben tomar medidas de prevención y protección del ambiente. Las disposiciones acusadas fueron, por eso, declaradas exequibles, en este entendido.

Ahora, en lo relativo al respeto por las comunidades, en la Sentencia T-769 de 2009, que aborda la consulta previa realizada a los grupos étnicos que habitan en la zona de influencia del proyecto minero Mandé Norte, que es nuestro caso de estudio en el presente trabajo y que desarrollaremos líneas abajo, la Corte Constitucional en el caso del Cerro Jaicatuma (Careperro), dijo lo siguiente:

Esta Corporación aclara que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, previo e informado, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus

tierras tradicionales, el desalojo y la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre muchas otras consecuencias (Corte Constitucional).

En la misma línea de atención a los derechos de las comunidades étnicas, en la Sentencia T – 129 de 2011, el alto tribunal atendió una tutela interpuesta por un representante del resguardo Chidima-Tolo y Pescadito ubicado en el municipio de Acandí (Chocó) y pertenecientes a la etnia Embera Katío, en contra de los Ministerios de transporte, Ambiente, vivienda y Desarrollo Territorial, del Interior y de Justicia, de Minas y Energía, de Agricultura, de Defensa, el Consejo Asesor de Regalías adscrito al Departamento Nacional de Planeación, las alcaldías de Unguía y Acandí, la Corporación Autónoma Regional del Chocó (Codechocó), el Ejército Nacional, la Brigada XVII y la Agencia Logística de las Fuerzas Militares. “por considerar vulnerados sus derechos a la consulta previa, a la participación, a la propiedad colectiva, a no ser desplazados, al debido proceso, al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación, a la vida y subsistencia como pueblo indígena” (Corte Constitucional).

Los problemas generales por las que interponen la presente acción de tutela y por la que solicitan que se protejan sus derechos pueden ser resumidos en los siguientes términos: (i) los trabajos correspondientes a una carretera que atravesaría los resguardos; (ii) el proyecto de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá; (iii) los trámites de concesión minera para explotación de oro; y (iv) la invasión ilegal del territorio, así como el peligro de desplazamiento por la expectativa económica de las obras y proyectos (Corte Constitucional, 2011, [Sentencia T – 129,M.P Palacios]).

En éste caso la corporación llamó la atención sobre la desarticulación de las diferentes entidades estatales para tratar los temas relacionados con la consulta previa, razón por la que ordenó en esta Sentencia al Ministerio del Interior y de Justicia crear e implementar en un término de ocho meses, un mecanismo de coordinación e información para articular a las entidades involucradas en este proceso, para poder garantizar el derecho fundamental a la

consulta previa, en el marco del desarrollo sostenible, que contemple las diferentes cosmovisiones, y modos de explotación de recursos naturales equilibrados.

Los principales fines de esta orden están enfocados en asegurar que los proyectos de impacto social y ambiental, relacionados con proyectos de desarrollo o inversión dentro de territorios étnicos, implementen medidas y mecanismos adecuados que minimicen el perjuicio que puedan tener dichos procesos en la capacidad de pervivencia social, económica y cultural de las comunidades étnicas de la Nación. Para ello deberán crear e implementar herramientas que contribuyan de forma efectiva a la consecución del consentimiento libre, previo e informado según las costumbres y tradiciones del grupo étnico determinado, en aquellos casos que: (a) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (b) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (c) representen un alto impacto social, cultural y ambiental significativo de una comunidad étnica, eventos en que si los elementos probatorios y de juicio así lo indican, el consentimiento pueda determinar la alternativa menos lesiva para las comunidades étnicas (Corte Constitucional, 2011, [Sentencia T – 129 de 2011, M. P Palacio]).

Ya abordando otros temas de gran importancia en las consultas previas, en la Sentencia T – 693 de 2011 con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt, se destaca la protección constitucional del derecho a la libre determinación de las comunidades étnicas, la cual se materializa de manera especial mediante la implementación de procesos de consulta antes de tomar decisiones que puedan perjudicar a las comunidades. También Se señala en la mencionada providencia, que la consulta previa es un derecho fundamental de carácter grupal en cabeza de las comunidades étnicas, y precisó lo siguiente frente a la protección del derecho en mención:

(...) por ser la consulta previa una forma de participación que realiza el derecho a la libre determinación de las comunidades étnicas e, incluso, su derecho a la supervivencia como grupo diferenciado, este mecanismo ha sido protegido por esta Corporación como un derecho fundamental, tanto en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad como en sede de tutela, cuando se trata de la adopción de medidas normativas o administrativas que

directamente conciernen a dichas comunidades (Corte Constitucional, 2011, [M. P. Pretelt, p. 45]).

El máximo órgano Constitucional recordó los eventos en los cuales debe implementarse la consulta previa, como son los eventos en que se tomen medidas administrativas relacionadas con proyectos de desarrollo, por ejemplo, en el otorgamiento de licencias ambientales, en los contratos de concesión y concesiones mineras.

Por otro lado, recordó que la Consulta previa también debe realizarse antes de que se lleve a cabo la elaboración de los presupuestos y la ejecución de proyectos financiados con el presupuesto nacional, y que estos impliquen la afectación directa a comunidades indígenas o étnicas. También las medidas que tienen que ver con la prestación del servicio de educación que afecten directamente a las comunidades, y las medidas legislativas que también las puedan afectar. El alto tribunal, recordó la finalidad que tiene la implementación de la consulta previa en las comunidades étnicas, de la siguiente manera:

(...) la consulta previa tiene la finalidad de (i) dotar a las comunidades de conocimiento pleno sobre los proyectos y decisiones que les conciernen directamente -como los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, así como los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución; (ii) ilustrar a las comunidades sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares; (iii) brindar la oportunidad a las comunidades para que libremente y sin interferencias extrañas, mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, valoren conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto; sean oídas en relación con las inquietudes y pretensiones que tengan en lo que concierne a la defensa de sus intereses y puedan pronunciarse sobre la viabilidad del proyecto (Corte Constitucional, 2011 [M. P. Pretelt, p.48]).

En el año siguiente, con la expedición de la Sentencia C – 395 de 2012, se insistió en que la consulta previa, debe desarrollarse con los alcances, condiciones y consecuencias que ha dado el alto tribunal a la materia en su desarrollo jurisprudencial, “siempre que en ejercicio de la actividad minera se plantee la posibilidad de que se produzca una afectación directa de las comunidades indígenas o afrodescendientes”, esto se hizo al estudiar los cargos formulados contra el segundo inciso del artículo 122 y contra el artículo 131 del Código Minero, por la razón de que no se contempló allí el deber de consultar a las comunidades negras antes de llevar a cabo la exploración y explotación de recursos mineros en sus territorios.

Retomando los conceptos de diversidad étnica y cultural, la multiculturalidad y la protección a las minorías, la Sentencia T – 1080 de 2012 con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt, aclara que nuestra Constitución Política en el artículo séptimo establece el deber que tiene el Estado de reconocer y proteger los aspectos mencionados anteriormente, así como también el derecho que tienen las comunidades étnicas a la igualdad y la dignidad humana. Respecto de los territorios indígenas dice:

En cuanto a los territorios indígenas, la Constitución dispuso que estos son verdaderos entes territoriales (art. 286), que gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, ejerciendo para ello derechos tales como: (i) gobernarse por autoridades propias; (ii) ejercer las competencias que les correspondan; (iii) administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y, (iv) participar en las rentas nacionales (art. 287). En este mismo sentido, señala la Constitución que los resguardos son propiedad colectiva y no enajenable (art. 329), en cuyos lugares la explotación de los recursos naturales se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. De adoptarse decisiones que ordenen dicha explotación, el Gobierno promoverá la participación de los representantes de las respectivas comunidades (art. 330) (Corte Constitucional, 2012 [M.P Pretelt, P.48])

También la mencionada providencia recalca que conforme al Convenio 169 de 1989, la consulta previa debe realizarse en frente a cualquier acto administrativo o alguna medida

legislativa que pueda afectar a las comunidades étnicas. En el caso examinado se trataba de garantizar el derecho al consumo de agua potable a las comunidades étnicas, que se abrían visto afectadas por decisiones de esta índole por parte de la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena.

Otros Pronunciamientos de la Corte Constitucional frente a la Consulta Previa durante el periodo 2014 - 2017

Ya en años más recientes, en las sentencias T-576 de 2014 y T-704 de 2016, la Corte Constitucional, ampara los derechos fundamentales a la consulta previa, al consentimiento libre, previo e informado, a la igualdad y al debido proceso de las comunidades negras del país, precisando lo siguiente frente a los casos en que procede el mecanismo en mención:

“el deber de celebrar consultas se activa siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos interesados en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad, lo cual puede ocurrir cuando la respectiva decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicas de estas comunidades diversas (...) reconociendo además que el impacto que se genera para los pueblos indígenas o tribales es distinto del que produce respecto del resto de la sociedad” (Corte Constitucional, 2016, [T- 704]).

En el presente caso la Corte entró a determinar si se afectaría directamente los derechos étnicos y culturales de la comunidad Media Luna Dos por las actividades que la empresa el Cerrejón había implementado en la explotación de carbón en la guajira y, en caso de ser así, debía resolver si existió vulneración del derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad mencionada, por la ampliación del proyecto Puerto Bolívar de la mencionada empresa, quien argumentó que, conforme a certificación emitida por la Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior, en el área de influencia directa no existía presencia de comunidades étnicas.

Frente a este caso, la corte recordó que el concepto de afectación directa no solamente hace referencia al espacio físico donde se desarrollarían las actividades del proyecto, ya que éste es un concepto muy amplio, y que la afectación puede darse en las comunidades aledañas de manera objetiva, por lo que decidió que debía llevarse a cabo la consulta previa a la comunidad indígena Media Luna Dos.

En otro de sus pronunciamientos, La Corte Constitucional, examinó nuevamente el artículo 37 de la Ley 685 de 2001, pero en esta ocasión, de manera puntual, en lo que tiene que ver con la prohibición de la exclusión de la actividad minera a las entidades territoriales. Se analizó si la prohibición limitaba de manera desproporcionada las competencias que la Constitución le otorga a los municipios para regular los usos del suelo, y si contradecía el deber de protección del patrimonio cultural de la Nación y del ambiente, esto en la Sentencia C-123 de 2014, con ponencia del Magistrado Alberto Rojas Ríos.

Para la Corte, la Tensión entre los principios constitucionales de organización unitaria del Estado, autonomía administrativa y protección ambiental, era posible solucionarla haciendo una lectura sistemática, en la que se garantice la participación razonable de los municipios y distritos en el proceso de decisión frente a la permisividad de la actividad de exploración o de explotación minera en su territorio.

La participación debe realizarse de manera activa y eficaz, esto debe reflejarse en que la opinión de los municipios se debe valorar de manera adecuada, y debe tener incidencia en la adopción de la decisión final, especialmente en los asuntos que tocan la vida del municipio como la protección de fuentes hídricas, la salubridad de la población y el desarrollo económico, social y cultural de las comunidades.

Respecto a otro tema de gran importancia social, que es el de las reservas campesinas, la Corte Constitucional en la Sentencia C – 371 de 2014 manifestó que su extensión puede

comprender territorios ancestrales de pueblos indígenas y tribales, y que esto conlleva al uso de los recursos naturales allí presentes, y a una modificación en la actividad económica. Esto puede traer beneficios, pero es indispensable declarar las zonas de reserva campesina conforme a la Constitución, por lo que esto se condicionó a la realización de consultas previas a las comunidades étnicas, para contar con el consentimiento de las mismas.

En la misma providencia, la Corte de manera pedagógica ilustra sobre la función ecológica y social de la propiedad colectiva, en cabeza de las comunidades, evidenciando la gran importancia que tienen estas áreas desde el punto de vista ambiental, y que es necesario tener en cuenta en el marco del desarrollo sostenible, la corte dijo:

La propiedad colectiva tiene una función social y ecológica que se manifiesta en deberes como los siguientes en cabeza de las comunidades –recogidos por ejemplo en la ley 70 para el caso de comunidades afrocolombianas-: Usar, gozar y disponer de los recursos naturales existentes en sus territorios con criterios de sustentabilidad y con respeto de las limitaciones legales. Obtener autorizaciones de las respectivas autoridades ambientales para adelantar explotaciones forestales persistentes en los bosques o con fines comerciales. Garantizar la persistencia de los recursos naturales cuando se haga uso de ellos. Conservar, mantener o propiciar la regeneración de la vegetación protectora de aguas; garantizar mediante un uso adecuado la persistencia de ecosistemas especialmente frágiles, como los manglares y humedales, y proteger y conservar las especies de fauna y flora silvestre amenazadas o en peligro de extinción. Desarrollar prácticas de conservación y manejo compatible con las condiciones ecológicas de sus territorios (Corte Constitucional).

En otro de los temas de gran importancia económica y social, como la actualización catastral, en la Sentencia T – 247 del año 2015 la Corte Constitucional resolvió un problema jurídico frente a la necesidad de realizar la consulta previa para desarrollar la mencionada actividad, toda vez que El Instituto Agustín Codazzi realizó en el mes de noviembre de 2012 en el municipio de Cumaribo, Departamento de Vichada, diferentes labores para la actualización y formación catastral, mediante el trazo de límites de predios que incluían territorios sagrados y

ancestrales, sin la realización de la mencionada consulta con los indígenas que conforman un 80 % de la población del municipio. En esta oportunidad la Corte reiteró lo siguiente:

“Esta Corte ha reconocido de manera reiterada que el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y tribales tiene el carácter de derecho fundamental. El derecho a la consulta se fundamenta en el artículo 1° de la Constitución, que señala que Colombia es un Estado Social de Derecho, democrático y participativo; en el artículo 2° que establece que uno de los fines del Estado es facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política y administrativa de la Nación; en el artículo 7°, mediante el cual se reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación; y en el artículo 40, según el cual todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación y control del poder político” (Corte Constitucional, 2015, [T – 247, M.P Calle, p.45]).

También, hace referencia a lo que estipula el Convenio 169 de 1989 en su artículo 6, frente a la obligación de consultar a los pueblos indígenas y tribales respecto de las medidas que puedan afectarlos. Es una obligación de los Estados consultar a los pueblos, mediante procedimientos apropiados, siempre que se prevean medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos de manera directa. También se recuerda que este mecanismo debe implementarse de buena fe, buscando siempre llegar a acuerdos o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Respecto de los particulares que desarrollen actividades que puedan generar impactos ambientales negativos, en la Sentencia T-341 de 2016 con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza, la Corte Constitucional hizo un énfasis especial frente a los deberes que tienen, dentro de los que podemos destacar el desarrollar acciones tendientes a proteger y conservar los ecosistemas.

En la providencia se amparó el derecho al ambiente sano de la accionante, al demostrarse que Minerías Paz del Río/Votorantim no adoptaron las medidas de drenaje, reforestación y

revegetalización, que eran absolutamente necesarias para sanear los focos de erosión y la sedimentación de drenajes naturales, como consecuencia de la extracción de hierro que se llevó a cabo en Tasco, Boyacá hace unos años. También le ordenó a la compañía atender a los requerimientos que le fueron formulados por las autoridades ambientales y mineras, que hasta el momento no había atendido, como también realizar las adecuaciones técnicas del caso en un plazo de seis meses.

En síntesis, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte, la consulta previa es un derecho fundamental de los pueblos indígenas, el cual se debe llevar a cabo a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente (Corte Constitucional, 2015, [T – 247, M.P Calle, p.46 -50]).

Ya hablando del mecanismo idóneo para proteger el derecho fundamental a la consulta previa, el alto tribunal en la Sentencia T – 436 de 2016 dice que es la acción de tutela, y no las acciones administrativas de nulidad simple o nulidad y restablecimiento del derecho, además nos dice unos criterios para tener en cuenta, para saber cuándo procede la realización de la consulta previa, de la siguiente manera:

Una medida debe ser sometida a consulta cuando afecta de manera directa a una comunidad indígena o tribal. Ello ocurre en el evento en que el programa, meta o plan: i) interfiere cualquier derecho de la colectividad; ii) establece una diferencia del grupo étnicamente diverso frente a la demás población; iii) desarrolla el Convenio 169, iv) atribuye una carga o beneficio a la parcialidad; y v) modifica la situación de la comunidad o su posición jurídica (Corte Constitucional, 2016 [M.P Rojas, Pag 3]).

En la Sentencia T – 445 de 2016, en la que la Corte resuelve sobre una pregunta que se formuló de manera indebida en una consulta popular, hace la siguiente aclaración respecto de la justicia social ambiental, y la importancia que tiene la participación de las comunidades en las decisiones que los afectan, asunto que también es de gran importancia en materia de consultas previas a los diferentes grupos étnicos:

En el ámbito interno los componentes de la justicia social ambiental cuentan con respaldo constitucional expreso y quedan comprendidas dentro del mandato del Constituyente de asegurar la vigencia de un orden justo (art. 2 CP). Es más, no se debe olvidar que la Carta del 91 consagra el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, disposición que, interpretada a la luz del principio de igualdad establecido en el artículo 13, fundamenta un derecho fundamental de acceso equitativo a los bienes ambientales y un reparto igualmente equitativo de las cargas públicas, al igual que un mandato de especial protección para los grupos sociales discriminados o marginados. Para garantizar la adecuada materialización de los derechos a la participación de las comunidades o poblaciones afectadas por un proyecto extractivo, algunos autores han manifestado la importancia de establecer bases organizativas que tengan la capacidad de generar incidencia en la decisión, ya que una participación meramente simbólica en la toma de una determinación no podría estar dotada de la legitimidad que propugna el estado social y democrático de derecho que estableció la Carta del 91 si los afectados no son escuchados y su punto de vista es tenido en cuenta a la hora de tomar la decisión (Corte Constitucional, 2016, [M.P Palacio, T - 445, p.3]).

La Sentencia C-389 de 2016 verificó la existencia de un déficit en cuanto a la participación de las comunidades en lo referente a la definición de los impactos ambientales, sociales y culturales que acarrearán los proyectos mineros, toda vez que la Ley 685 de 2001 apenas contempla una norma que se dirige a garantizar la participación de los pueblos étnicamente diferenciados en la materia. En esta oportunidad, la Corte declaró exequibles los artículos 16, 53, 270 y 271 del Código, condicionalmente, aclarando que la autoridad minera nacional debe garantizar la participación previa, libre, representativa, informada y eficaz de las personas que probablemente pudieran verse afectadas por la entrega de contratos de concesión, como también exhortó al Congreso de la República para que definiera un método adecuado para el acceso a los títulos mineros conforme lo definido en la sentencia.

Un año después, mediante la providencia T – 704 de 2016, el alto tribunal resolvió una tutela que se interpuso el 19 de octubre de 2015 Caiser Uriana, autoridad tradicional de la Comunidad Media Luna Dos, para que se protegieran los derechos fundamentales a la consulta

previa, ambiente sano, salud y debido proceso de dicha comunidad, los cuales estimó vulnerados por la Nación, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Ministerio del Interior, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) y la empresa El Cerrejón. Lo anterior, por la expedición de la licencia ambiental N° 0428 del 7 de mayo de 2014 para la modificación del Plan de Manejo Ambiental Integral establecido mediante Resolución 2097 del 16 de diciembre de 2005, en el sentido de autorizar la ejecución y puesta en marcha del proyecto “Expansión de Puerto Bolívar” (Corte Constitucional, p.2).

Dentro de la interpretación que realiza la Honorable Corte Constitucional en esta providencia del Convenio 169 de 1989, se destaca que este es un instrumento para garantizar los derechos a la tierra, participación, educación, cultura y desarrollo, para la protección de la identidad de los pueblos, para que estos puedan gozar de los derechos fundamentales que la sociedad mayoritaria goza. De esta manera, los Estados parte del mencionado convenio tienen la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para ejercer control sobre sus instituciones, formas de vida y desarrollo económico, poniendo a su disposición mecanismos que propicien el fortalecimiento de su identidad y cultura.

Recientemente la Corte Constitucional ha realizado nuevos pronunciamientos, reiterando la protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Esto se puede evidenciar en un caso en que la Asociación de Autoridades Tradicionales del Pueblo Barí ÑATUBAIYIBARI, demanda al Consejo Directivo del INCODER, Ministerios de Agricultura y del Interior, INCODER, Agencia Nacional de Minería y la Alcaldía de Tibú (Norte de Santander), solicitando el amparo de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas al territorio, a la consulta previa, el debido proceso y a la integridad y diversidad cultural del pueblo Barí. Esto teniendo en cuenta que se pretendía aprobar un Acuerdo para declarar una Zona de Reserva Campesina en territorios de la mencionada comunidad, puntualmente en la zona ancestral del Catatumbo, el alto tribunal abordó este caso mediante la Sentencia T-052 de 2017.

En este precedente jurisprudencial, que es muy reciente, podemos apreciar claramente la ponderación que realiza la Corte Constitucional entre los derechos de los pueblos indígenas y la población campesina, que también es un grupo de especial protección constitucional, y en el que finalmente se ordena lo siguiente:

al INCODER, a la Agencia Nacional de Tierras, llevar a cabo las resoluciones de las solicitudes de ampliación, saneamiento y delimitación de los resguardos indígenas Motilón Barí y Catalaura La Gabarra, que a la fecha se encuentran pendientes de decisión; AUTORIZAR el adelantamiento de las acciones preparatorias necesarias para la toma de una decisión en torno a la solicitud de constitución de una zona de reserva campesina presentada por ASCAMCAT ante el INCODER, con la advertencia de que no podrá procederse a resolver de fondo al respecto, hasta tanto no concluya de manera definitiva la actuación sobre ampliación, saneamiento y delimitación de resguardos actualmente pendiente, y, dependiendo de sus resultados, después de agotarse debidamente el trámite de consulta previa, en caso de que éste se hubiere determinado como necesario; ORDENAR la creación de una Mesa Consultiva entre la comunidad indígena Barí y ASCAMCAT, con el acompañamiento de la ONIC y ANZORC, así como del Ministerio de Agricultura, entidad que la coordinará, presidirá y liderará su trabajo (Corte Constitucional, 2017, [p.25]).

Allí también, el alto tribunal reitera la importancia que tienen el derecho a la identidad étnica, cultural y la integridad de las comunidades, recordando que ello hace referencia a la preservación de los usos, los valores, las costumbres y tradiciones, las formas de producción, la historia y la cultura, y todo aquello que identifica a las comunidades étnicas desde lo cultural y sociológico, como también sus cosmovisiones espirituales o religiosas.

En la Sentencia de Unificación SU – 133 de 2017, del Magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva, se reitera el reconocimiento por parte de la Corte Constitucional a la participación ciudadana como un fin esencial del Estado, y que esta debe garantizarse en todas las etapas del proceso minero.

En el contexto de las demandas promovidas contra distintas disposiciones de la Ley 685 de 2001, y entendiendo los impactos que suelen derivarse para las comunidades y los territorios de la ejecución de actividades mineras, la Corte ha reiterado la necesidad de garantizar la disponibilidad de espacios de participación efectivos que permitan que los ciudadanos y las comunidades étnicamente diferenciadas –estas últimas, por vía de la consulta previa- accedan a información completa sobre las repercusiones ambientales, sociales y culturales de los proyectos y puedan pronunciarse sobre los mismos (Corte Constitucional, 2017, [SU- 133,M. P Vargas]).

Es así, como la Corte Constitucional a lo largo de éstos años transcurridos desde la expedición de la Constitución Política de 1991, ha establecido unos criterios para garantizarle a los diferentes grupos étnicos del país sus derechos fundamentales, pasando por la garantía de derechos colectivos como el ambiente sano, el derecho al agua, a la moralidad pública, al patrimonio cultural de la nación, y otros que se protegen de manera transversal, al garantizar el derecho fundamental a la consulta previa.

CAPITULO 3: La Consulta Previa a las comunidades de los Río Jiguamiandó, Murindó, y Resguardo de Uradá Jiguamiandó, asentadas en el área de influencia del Proyecto Minero Mandé Norte, Según la Sentencia T-769 de 2009

Para abordar el caso concreto de la aplicación de la consulta previa en el proyecto minero Mandé Norte, nos remitiremos a la Sentencia T – 769 de 2009, en la cual la Corte Constitucional resuelve una acción de Tutela incoada por varios miembros de las comunidades asentadas en el área de influencia del mismo, en contra de los Ministerios del Interior y de Justicia; de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; de Defensa; de Protección Social; y de Minas y Energía, aduciendo la vulneración de sus derechos “a la vida, a la seguridad personal, a la consulta previa, a la existencia, a la integridad cultural y social, a la identidad cultural, a la autonomía de las comunidades culturales, a la protección de la riqueza de la Nación y al debido proceso” por parte de las entidades estatales mencionadas. (Constitucional, Sentencia T - 769 de 2009, M.P Nilson Pinilla Pinilla)

A continuación, se mencionan los hechos relevantes que señalaron los demandantes en este caso, los cuales nos permitirán tener claridad de la situación que tuvieron que afrontar las comunidades que habitan en el área de influencia del proyecto Mandé Norte. Se extraen de la Sentencia T – 769 de 2009, del Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla, son los siguientes:

El 14 de abril de 2004, la empresa Muriel Mining Corporation presentó un proyecto de contrato de concesión denominado Mandé Norte, para la exploración y explotación de una mina “de cobre, oro, molibdeno y minerales concesibles”, en los departamentos de Antioquia y Chocó.

De acuerdo con los demandantes, el Gobernador de Antioquia suscribió el “Contrato Único de Concesión Minera”, con la sociedad Muriel Mining Corporation el 4 de febrero de 2005, en el que se fijó un término de duración de 30 años, prorrogable por el mismo período, según lo dispuesto en la cláusula 4.4.4.del mismo.

Los accionantes señalaron que el proyecto Mandé Norte, abarca parte de los territorios del Resguardo Indígena “Embera de Uradá Jiguamiandó” y afecta “a más de once comunidades indígenas, dos comunidades negras y un número indeterminado de comunidades campesinas”. También afirmaron que la ejecución del proyecto perturba directamente “los territorios ancestrales de otras comunidades indígenas cuyos asentamientos y resguardos se encuentran en los municipios de Frontino Murry, Urrao, Vigía del Fuerte, Carmen del Darién y el Municipio de Murindó”

Advirtieron un grave impacto ambiental por parte del proyecto que “pone en riesgo la biodiversidad”, debido a que la zona contiene gran variedad de especies endémicas de fauna y flora, es de resaltar la abundancia de aves, hasta el punto de ser catalogada la zona como “el segundo lugar en el mundo en esta especie”. Alertaron sobre los problemas ambientales significativos que traerían las actividades de extracción, refinado, uso dispersivo y los residuos de los metales y los minerales, impactando de manera negativa los ríos, nacimientos de aguas que sirven como fuente directa a las comunidades para su consumo, los cultivos de pancoger, los animales y la salud de las personas, y de paso se afectaría también las economías tradicionales, base de la supervivencia de aquellas comunidades.

El día 27 de marzo de 2006, según los demandantes se dio inicio al proceso de apertura de información de la consulta previa en Murindó, en esta oportunidad asistieron el Consejo Comunitario Mayor, el Cabildo Mayor de dicho municipio, “un delegado de Ingeominas, otro de la dirección de etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, un representante del Ministerio de Minas, el gerente de la empresa MMC, 29 personas entre gobernadores y personas de las comunidades afrodescendientes y mestizas que no tenían capacidad decisoria, para pactar acuerdos” (Constitucional, 2009, [Sentencia T - 769 p.32])

Igualmente, señalaron que, en marzo 28 siguiente, se realizó una reunión de información de consulta previa en el municipio de Carmen del Darién, con el Consejo

Comunitario Mayor, el Cabildo Mayor y el Consejo Comunitario del Curvaradó, los cuales tampoco tenían potestad para decidir “sobre aspectos de los territorios ancestrales de la comunidades negras e indígenas de la cuenca del Jiguamiandó”. Así, sostuvieron los actores que algunas de las comunidades que se ven afectadas por el proyecto Mandé Norte, no se encontraban representadas por las autoridades mencionadas.

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

Los actores también plantearon que la actuación del Consejo Comunitario Mayor de Carmen del Darién, representado por Manuel Moya Lara, es inexistente e ilegal, y que éste incurrió en el delito de fraude procesal por firmar una consulta previa en la cual él no era el representante, investigación que se adelanta desde septiembre 18 de 2007, en la Fiscalía 88 Seccional (Constitucional, Sentencia T - 769 de 2009, M.P Nilson Pinilla Pinilla, Párrafo [33, 34, 35]).

El día 28 de abril se llevó a cabo otra reunión entre las comunidades indígenas y afrodescendientes de Carmen del Darién, para discutir el proyecto Mandé Norte, allí se presentaron las comunidades de Puerto Lleras, Pueblo Nuevo del Río Jiguamiandó, cuatro consejeros del municipio del Darién y el señor Manuel Moya Lara, actuando como representante legal de la comunidad de Carmen del Darién, donde se estuvo “de acuerdo con la primera fase de exploración del proyecto”. No obstante, las personas que se encontraban presentes indicaron no tener permiso “de las autoridades indígenas para participar”, sin embargo, apoyaron la propuesta de las comunidades negras (Constitucional, 2009, [Sentencia T - 769M.P Nilson Pinilla Pinilla]).

En el día abril 29 de 2007, se llevó a cabo una convocatoria del Ministerio del Interior y de Justicia, para protocolizar mediante un acta la “consulta previa entre las comunidades negras de Carmen del Darién, Puerto Lleras, Curvaradó, y Pueblo Nuevo con la empresa MMC para el proyecto minero Mandé Norte”; dicha acta también fue firmada por el señor Manuel Moya Lara, entre otras personas.

El 20 de junio de 2007, se hizo una reunión en Murindó con la Dirección de etnias del Ministerio del Interior y con la comunidad del Consejo Mayor de Murindó, allí hicieron presencia 20 personas de algunas comunidades, tres personas de la empresa MMC en la cual se pusieron de acuerdo sobre algunos puntos del proyecto.

El primero de noviembre del año 2007, en Murindó se hizo otra reunión, con algunos miembros del Cabildo Mayor de Carmen del Darién, Cabildo Menor de Uradá y del Cabildo Mayor Indígena del Bajo Atrato (CAMIZCA). También estuvieron presentes 10 personas de las comunidades, un delegado del Ministerio de Justicia, una persona delegada de Corpouraba, en la cual el representante del Ministerio del Interior señaló que se trataba del proceso preconsulta para la etapa de exploración minera (Constitucional, 2009, [Sentencia T - 769 de M.P Nilson Pinilla Pinilla]).

Igualmente, un representante del Cabildo de “Chogorodó” expresó su oposición “respecto a la manera como se ha adelantado el proceso de consulta previa”, cuestionando que “transcurridas 4 reuniones y 11 meses al momento de haber iniciado el proceso de socialización, hasta ahora se haya dado el espacio para oír a las comunidades indígenas del Carmen del Darién” (Constitucional, 2009, [Sentencia T - 769 M.P Nilson Pinilla Pinilla Párrafo 44]).

En septiembre de 2003 los demandantes dijeron que, “se llevó a cabo reunión con las comunidades del Carmen del Darién, Cabildo Menor de Uradá y Coredocito, Cabildo Mayor Indígena del Bajo Atrato. En esta reunión los asistentes pertenecientes a los cabildos

mencionados y miembros de las comunidades presentaron una serie de propuestas buscando la aceptación de la empresa y así dar por finalizada la etapa de consulta previa para el proyecto de exploración”, considerando necesario dejar en claro “que estas personas no tenían la autorización de los cabildos mayores y organizaciones indígenas a la cual pertenecían, para negociar” (Constitucional, 2009, [Sentencia T - 769 de M.P Nilson Pinilla Pinilla, Párrafo 45 – hecho 10]).

Uno de los demandantes envió una carta al gerente de la empresa MMC en septiembre 17 de 2007, “haciendo unas solicitudes materiales, tendientes a modificar algunas situaciones adversas que existen en el Resguardo a cambio del desarrollo del proceso de exploración”; a pesar de ello, el 27 de Septiembre siguiente, la Organización Indígena de Antioquia informó a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, que “según versiones de los Embera de la Zona del Bajo Atrato, desde el año 2006 la Muriel Mining Corporation ha hecho intentos de soborno a algunos miembros de las comunidades de Carmen del Darién ofreciendo dinero y botes, para que les autoricen la exploración”(Constitucional, 2009, [Sentencia T - 769 de M.P Nilson Pinilla Pinilla, Párrafo 46 – hecho 11]) .

Agregaron que “según la empresa, en carta dirigida a la Defensoría del Pueblo con fecha del 9 de enero de 2008; afirma que a la fecha se tiene protocolizada el acta de consulta previa con el Consejo Mayor de Murindó y Consejo Mayor de Curvaradó; refiere que el Cabildo Mayor de Murindó se retiró del proceso y el Cabildo Mayor de Carmen del Darién Camicad, junto con el Cabildo Mayor de la Zona del bajo Atrato... llevándose a cabo las reuniones que la metodología de la consulta previa exigía, es decir, la etapa de información sobre el proyecto” (Constitucional, 2009, [M.P Nilson Pinilla Pinilla, Sentencia T – 769, Párrafo 47 – hecho 11]) .

De acuerdo con los demandantes, en una carta del 20 de abril de 2008, las comunidades mestizas y afrocolombianas manifestaron al Ministerio del Interior su objeción al proceso de consulta previa que se venía adelantando por parte de la entidad estatal mencionada y la Muriel Mining. A pesar de que la comunidad en repetidas ocasiones manifestó su rechazo a la consulta previa, el Ministerio de Justicia continuó el proceso. El siguiente 7 de agosto, se llevó a cabo otra reunión para conformar el comité de seguimiento. Pero en el acta respectiva se evidencian varias

firmas de representantes de comunidades indígenas que carecían de autorización para participar en dicha convocatoria.

También afirmaron los recurrentes que “desde el domingo 28 de diciembre de 2008 hasta el día en que se impetró la tutela, se desarrollaron operaciones militares el territorio indígena , y lo que les manifestó el ejército a la población fue que su presencia pretendía garantizar la protección en la exploración, que realizaba la empresa Muriel Mining” .

Debido a los hechos mencionados arriba, los demandantes requirieron a los demandados para que realizaran las siguientes acciones: i) la suspensión de los trabajos de exploración por parte de la empresa Muriel Mining Corporation en el marco del desarrollo del proyecto minero Mandé Norte en territorio de estas comunidades, por su intervención inconsulta”; ii) “el inmediato retiro de los militares asentados en el caserío Coredocito”; iii) “al Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial adoptar cuantas medidas urgentes sean necesarias para la protección del territorio comprendido como zona de reserva forestal desde 1959 en el Jiguamiandó”, además de “dar a conocer a las comunidades los estudios de impacto ambiental, cultural y social” que dicho Ministerio ha realizado; iv) a Ingeominas, que revoque “los permisos y concesiones otorgadas a las empresas Mineras en la Zona sin que haya mediado consulta a las comunidades indígenas y pueblos tribales; CARBOLOMA S.A., subsidiaria o subordinada de la empresa Suiza GLENORE INTERNACIONAL AG, Cordillera Exploraciones Mineras S.A., y Muriel Mining Corporation”; v) al Ministerio de la Protección Social que “en vista de los daños a la espiritualidad, a la psicología colectiva, la zozobra y el temor... apoye la propuesta de reconstrucción colectiva, salud mental de las comunidades y este sea ejecutado por los promotores de salud y jaibanas de la comunidad”; vi) al Ministerio del Interior y de Justicia, que “revoque los permisos y concesiones otorgadas a la empresa minera en la zona, porque no se ha realizado consulta a las comunidades indígenas y pueblos tribales que ocupan y habitan tradicionalmente” el territorio en cuestión.

También piden que ese invalide “el supuesto proceso de consulta interna que según la empresa y el Ministerio del Interior se ha venido adelantando por cada uno de los vicios aquí enumerados y que en su lugar se ordene nuevamente la realización de una consulta que reúna el verdadero sentir de todos los miembros de las comunidades y los requisitos de forma y de fondo que está exige” (Constitucional, 200, [Sentencia T – 769, M.P Nilson Pinilla Pinilla, Paragrafo 50 – hecho 15]).

Respuestas de las entidades Estatales demandadas y entidades vinculadas

Por su parte, las diferentes entidades demandadas respondieron a la demanda de manera desobligante en términos generales, notándose la poca sensibilidad frente a la implementación de la consulta previa en el caso concreto del proyecto minero Mandé Norte. A continuación, mencionaremos brevemente los pronunciamientos de éstas al respecto.

El Ministerio de Minas y Energía dijo que “ellos no podían ser considerados como parte accionada, toda vez que no participaron en los hechos que originaron la acción”, por otra parte explicaron que ellos ejercieron la delegación como figura con el respaldo constitucional y legal , comisionando a INGEOMINAS las funciones de tramitar y otorgar títulos mineros, “así como la de fiscalización y ejecución de los mismos” (Constitucional, 2009, [Sentencia T – 769, M.P Nilson Pinilla Pinilla, Párrafo 66]).

El Instituto Colombiano de Geología y Minería (Ingeominas), solicitó que se negara la acción impetrada, argumentando que los procedimientos de consulta habían sido desarrollados conforme a la Ley, y que esto se evidencia en los hechos que los demandantes enuncian en que hubo reuniones. Además, añadieron que la tutela no era procedente porque ellos podían acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa para anular los diferentes actos.

El Ministerio de Defensa pidió negar la tutela, argumentando que la seguridad es un asunto de carácter nacional, y que no podían retirar las tropas de los territorios indígenas, precisamente porque la especial protección a las comunidades afrodescendientes e indígenas deviene de la norma Constitucional.

El Ministerio del Medio Ambiente, manifestó que ellos no eran los responsables sobre las consultas previas, y que este tema era competencia del Ministerio del Interior, además, dijeron que como autoridades ambientales en los territorios estaban la Corporaciones Autónomas Regionales y los Entes Territoriales y que esas son razones suficientes para desvirtuar los hechos. También dijeron que la tutela no era procedente frente al tema porque había otros mecanismos como las acciones populares y las acciones de nulidad para el caso concreto, que involucra intereses colectivos; y que no eran los llamados a responder por la violación de derechos fundamentales en este caso.

El Ministerio de Protección Social respondió que no estaban llamados a responder, toda vez que a ellos como entidad les compete la elaboración de políticas públicas en materia de salud, y no la prestación del este tipo de servicios, lo cual es competencia de las E.S.E, EPS, y las Direcciones Departamentales o Distritales de Salud según sea el caso.

El Ministerio del Interior y de Justicia manifestó que la tutela era improcedente, porque los demandados no estaban legitimados en la causa por activa para la presentación de la acción, según ellos esta función le competiría al representante legal del respectivo consejo comunitario. Para la entidad los actores, intervinieron como integrantes de la comunidad pero no como sus representantes, por esa razón no estaban legitimados para presentar la acción de amparo, y “al hacerlo están alegando situaciones particulares que contiene relación con la presunta vulneración a los resguardos indígenas narradas en los hechos” (Constitucional, 2009, [Sentencia T – 769, M.P Nilson Pinilla Pinilla, Párrafo 71]).

La compañía Muriel Mining Corporation solicitò, a través de su apoderado que se declarara improcedente la acción de tutela, alegando que las acciones que se acumularon dentro del procedimiento son idénticas a otra acción de tutela que ya el Tribunal Superior de Bogotá había fallado negando la protección de derechos fundamentales, y que la Corte Constitucional no seleccionó para su eventual revisión. Por otra parte, manifestaron que los actores son personas distintas entre sí, y que están actuando a nombre y en defensa de unos derechos colectivos pertenecientes a las mismas comunidades indígenas y tribales” (Constitucional, 2009, [Sentencia T – 769, M.P Nilson Pinilla Pinilla, Párrafo 75]).

La compañía Carboloma S.A, reconoce que hay presencia de grupos étnicos en las zonas donde se realizaría la exploración y explotación, por lo que a través de la empresa Cordillera Exploraciones Mineras S.A, ha venido realizado las gestiones pertinentes ante el Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior para la identificación de las mismas. Por tal motivo no han realizado actividades en campo (Constitucional, 2009, [Sentencia T - 769 de M.P Nilson Pinilla Pinilla, Párrafo 76]).

Cordillera Exploracion Minera S.A dijo En abril 15 de 2009, “ser operador de Carboloma; inició contactos preliminares con las comunidades de la zona, a través de la Organización Indígena de Antioquia, con el ánimo de socializar el proyecto, pero “aún no se han desarrollado actividades de campo en zonas de resguardo indígenas” (Constitucional, Sentencia T - 769 de 2009, M.P Nilson Pinilla Pinilla, [Párrafo 77]).

Decisión en la Primera Instancia

En la primera instancia la Sala de Casación Civil del Tribunal Superior de Bogotá negó la tutela presentada por los demandantes, el argumento fue que el Ministerio del Interior y de Justicia relacionò de manera clara las convocatorias, reuniones y acuerdos que se llevaron a cabo con las diferentes comunidades indígenas dentro del proceso de la consulta previa, varias de las cuales están relacionadas en la demanda de tutela incoada.

No existió “la falta de consulta previa” que alegan los demandantes, dado que se “presentaron fórmulas de concertación o acuerdos con las comunidades y éstas manifestaron a través de sus representantes su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como compensar los probables daños que se causen durante la fase de exploración” (Constitucional, 2009, [Sentencia T – 769, M.P Nilson Pinilla Pinilla, Párrafo 81])

Impugnación

Mediante apoderada, dos de los demandantes impugnaron la decisión de primera instancia, argumentando que el Tribunal no realizó un análisis juicioso sobre el cumplimiento cabal de los requisitos de la consulta previa, sino que se limitó a verificar la existencia de documentos que muestran un cumplimiento aparente.

Refirió que “lo cierto es que no se ha cumplido adecuadamente con la consulta”, porque no se desarrolló “con las comunidades que resultarían afectadas con la ejecución del proyecto minero y que como consecuencia del mismo, la protocolización” de dicha consulta; “aunque se hicieron con organizaciones indígenas, los miembros de estas organizaciones, no estaban autorizados por las comunidades para suscribir acuerdos” (Constitucional, 2009, [Sentencia T - 769 de M.P Nilson Pinilla Pinilla, Párrafo 83])

También anotó que en marzo 19 de 2009 la Sala Civil de la Corte Suprema anuló, por no vincular al proceso a “Muriel Mining Corporation; Carboloma S.A; Cordillera Exploración Minera S.A. y Geología Regional Prospectiva”, aclarándose “que es pertinente que se tenga en cuenta que los hechos que motivan la presentación de la acción, son los relacionados con la empresa Muriel..., en relación con el Proyecto Mandé Norte, es decir la actividad minera iniciada en jurisdicción del Municipio de Carmen del Darién, que se extiende a las áreas de

interés localizadas en la zona de Murindó y vulnera los derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes”, ubicadas en el lugar que afectaría el proyecto

Intervención de la Defensoría del Pueblo como coadyuvante

La directora Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la entidad, en un escrito de mayo 15 de 2009, actuando como coadyuvante de los accionantes, solicitó revocar la sentencia de primera instancia, y que se ampararan los derechos fundamentales a la consulta previa, la participación y la diversidad étnica y cultura invocados en la acción de tutela, al considerar que:

“Algunas comunidades indígenas de la zona del proyecto no fueron consultadas... también debe tenerse en cuenta que no se realizó la consulta con las comunidades afrocolombianas. En consecuencia, habida cuenta de que el proyecto minero afecta los territorios colectivos de las comunidades... es necesaria la realización de la consulta con estas comunidades.

En los diferentes espacios de interlocución con las comunidades indígenas y afrocolombianas... de manera concreta se expresó la no aceptación de las actas de protocolización firmadas por líderes indígenas que no representan a las comunidades que se verán afectadas por el proyecto en ejecución, teniendo en cuenta que no todas fueron convocadas al proceso.” (Constitucional, 2009, [Sentencia T - 769 de M.P Nilson Pinilla Pinilla, Párrafo 86])

Intervención de la Universidad de Los Andes como Coadyuvante

El ente universitario en mención, a través de los miembros del Programa de Justicia Global y Derechos Humanos , en mayo 14 de 2009, presentaron una carta apoyando la tutela incoada contra el Ministerio del Interior y Justicia y otros, por “la violación a los derechos a la consulta previa y participación, existencia, identidad cultural, autonomía, integridad cultural y social de

las comunidades: (I) indígena de Uradá del Resguardo de Uradá Jiguamiandó, (II) la comunidad afrodescendiente del consejo comunitario de la cuenta del Río Jiguamiandó y (III) la comunidad indígena Embera de la Guagua del Resguardo de Murindó” (Constitucional, 2009, [Sentencia T – 769, M.P Nilson Pinilla Pinilla, Párrafo 89])

Recalaron los intervinientes que la consulta previa no consiste simplemente en la elaboración de simples reuniones, este mecanismo consiste en una amplia participación por parte de las comunidades afectadas, a través de sus representantes y sus autoridades tradicionales, y que en el caso de las comunidades afectadas por el proyecto Mandè Norte la consulta no se hizo de manera adecuada. Además que algunas comunidades que serían afectadas por el proyecto no fueron consultadas.

Puntualizaron que al territorio de exploración y explotación minera del proyecto Mandé Norte, en el cual están asentadas las diferentes comunidades nativas, se le generan “incommensurables daños ambientales debido a la afectación de cabeceras de los ríos, la contaminación del aire con gases ácidos... entre otros, que repercuten en el delicado equilibrio ecológico de una de las zonas más biodiversas del mundo, en los cultivos pancoger, en los animales, en la salud y en general, en la base de la economía de las diferentes comunidades” (Constitucional, 2009, [Sentencia T – 769, M.P Nilson Pinilla Pinilla, Párrafo 91])

Segunda instancia

La Corte Suprema de Justicia, en su sala de Casación Civil, el día 27 de mayo de 2009, confirmó el fallo de primera instancia, aduciendo que existen otros medios a través de los cuales se puede proteger los derechos al estar involucrada la administración pública, como las acciones de nulidad, y las de nulidad y restablecimiento del derecho, para solucionar las actuaciones de las entidades estatales.

Consideraciones de la Corte

Debate

Afirmaron los actores que se otorgó a una empresa minera la concesión para la exploración dentro de territorios que les corresponden, sin que mediara un debido proceso en la consulta, dado que no se informó y consultó a “todas las comunidades directamente afectadas”

Además, señalaron los accionantes que no están de acuerdo con la exploración y explotación en sus territorios, porque el proyecto minero genera un impacto ambiental en los “cultivos de pancoger, los animales y la salud de las personas, significando con esto la pérdida de las economías tradicionales, base de la supervivencia... de los pueblos indígenas y tribales” (Constitucional, 2009, [Sentencia T – 769, M.P Nilson Pinilla Pinilla, Párrafos 93 y 94])

La protección que debe el Estado a la identidad e integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas

En este punto la Corte Constitucional comienza por reiterar el reconocimiento que hace la Constitución Política a la diversidad étnica y cultural de la nación en su artículo séptimo, recordando además que las comunidades indígenas gozan de una amplia protección constitucional por su cultura ancestral. En términos generales hace un recuento de su manera de autogobernarse, las curules a las que tienen derecho en el Congreso y su jurisdicción especial.

Anota la Corte que el derecho de propiedad colectiva sobre los territorios en que ellos habitan tiene una gran importancia para la cultura y valores espirituales, reconocidas en convenios internacionales aprobados por el Congreso, donde se connota la relación de las comunidades indígenas con su hábitat, porque allí se encuentra su principal medio de subsistencia, y porque constituye un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes.

La exploración y explotación de los recursos naturales dentro de los territorios de las comunidades nativas

Frente a este aspecto, la Corte recalca frente a la exploración y explotación de los recursos naturales en los territorios étnicos que debe armonizarse el aprovechamiento de los bienes naturales en el marco del desarrollo sostenible y la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas y afrodescendientes que ocupan dichos territorios.

Es decir que la exploración y explotación de los recursos naturales en territorios étnicos, debe armonizarse con el deber de protección que el Estado tiene frente a la integridad social, cultural y económica de las comunidades nativas. Dicha integridad constituye un derecho fundamental para las comunidades, por estar directamente relacionada con su subsistencia como grupo humano y como cultura.

Para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación y exploración de recursos naturales en sus territorios, la participación por parte de la comunidad en las decisiones que se tomen para autorizar estas actividades extractivas, que entre otras cosas generan un impacto ambiental negativo.

Por lo anterior, La Corte sostiene lo que se ha mencionado en otras oportunidades, y en lo establecido en el Convenio 169 de 1989 frente a la consulta previa, que la comunidad debe tener un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios, ser enterada de las modificaciones que estos generaran en su modo de vida, tener la posibilidad de valorar las ventajas y desventajas de este tipo de actividades en sus territorios, y ser escuchadas sus inquietudes y resueltas a cabalidad.

Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, 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 las comunidades indígenas (Constitucional, 2009, [Sentencia T – 769, M.P Nilson Pinilla Pinilla, Párrafos 101]).

Caso Concreto

Frente al caso concreto, la Corte Constitucional entra a analizar si se vulneraron derechos fundamentales a las comunidades asentadas en la zona de influencia del proyecto minero Mandè Norte, ya que de acuerdo con lo mencionado por los accionantes no se consultaron al total de las comunidades indígenas ni afrodescendientes presentes en los territorios. Además, teniendo en cuenta que los accionantes no están de acuerdo con la exploración y explotación minera en sus territorios.

El alto tribunal afirma que antes de llevar a cabo la consulta previa, es necesario realizar un proceso preconsultivo con las autoridades de cada comunidad, en el cual se definan los procedimientos a seguir en cada caso, respetando aspectos culturales, y así “establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente... para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos” (Constitucional, 2009, [Sentencia T – 769, M.P Nilson Pinilla Pinilla, Párrafo 105])

El alto tribunal pudo evidenciar que el primero de noviembre del año 2006 en el municipio de Murindò se desarrollò un proceso de preconsulta con algunos miembros del “Cabildo Mayor de Carmen del Darién, Cabildo Menor de Uradá y del Cabildo Mayor Indígena del Bajo Atrato”, pero a pesar de ello, no se evidencia que el proceso se haya extendido a otras comunidades, por lo que se deduce que no se hizo con la cobertura que debía hacerse, y por ello varias comunidades que podían verse afectadas por la exploración y explotación minera quedaron excluidas.

Por otra parte, la Corte evidencio en el acta del 29 de abril de 2006, se puede apreciar que el Ministerio del Interior no implementó la consulta previa con todas las comunidades étnicas, en la protocolización de la consulta se ve la firma del Consejo de Curvaradó, pero no intervino el Consejo Comunitario de Jiguamiandó, el cual representaba a las comunidades que realmente se veían afectadas por el proyecto minero.

Por otra parte, aseveran (los demandantes) que en el caso de las comunidades indígenas, el acta de protocolización de julio 12 de 2008 fue firmada por representantes del Consejo Comunitario de Carmen del Darién CAMICAD y por el Cabildo Mayor Indígena de la Zona del Bajo Atrato CAMIZBA, los primeros sin la autoridad necesaria de las comunidades pertenecientes a él, mientras CAMIZBA es una organización con jurisdicción en Río Sucio, territorio que no es afectado por el proyecto (Constitucional, 2009, [Sentencia T – 769, M.P Nilson Pinilla Pinilla, Párrafos 108]).

De esta manera es claro que se vulneró el derecho a participar activamente en la consulta previa a las comunidades afrodescendientes de la cuenca del río Jiguamiandó, al igual que las comunidades indígenas de los resguardos de Uradá-Jiguamiandó del municipio de Carmen del Darién, y a las del resguardo de Chageradó Turriquitadó del municipio de Murindó, en los departamentos del Chocó y Antioquia, quienes fueron involucrados a través de sus autoridades tradicionales, y de los Consejos Menores de las comunidades, en coordinación con los Consejos Mayores.

Claramente, en el caso subexamine no se desarrolló la consulta previa de manera adecuada, esto es, logrando que estuvieran la totalidad de las comunidades afectadas, ni informando de manera clara los impactos positivos y negativos que traería el proyecto minero Mandè Norte. Por ejemplo, la comunidad, desconocía la afectación del cerro Careperro, el cual es un sitio sagrado para los habitantes de la región. El Ministerio del Interior y de Justicia debió implementar la Consulta Previa con todas las comunidades asentadas en el área de influencia, y no de la manera en que lo hizo.

En cuanto a la consecuencia jurídica de la omisión frente al deber y al derecho de consulta, esta corporación precisó que es susceptible del amparo constitucional, por medio del cual las comunidades nativas pueden obtener que no se hagan efectivas medidas que no hayan sido previa y debidamente consultadas, y que se disponga la adecuada realización de las deliberaciones que sean necesarias (Constitucional, 2009, [Sentencia T - 769 de M.P Nilson Pinilla Pinilla, Párrafos 113]).

Ante la consideración de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, acerca de que “el origen de estas actividades de naturaleza minera deviene de la administración pública”, por lo cual existe otro medio de defensa, ante la jurisdicción contenciosa administrativa, es necesario expresar que el objeto del debate en este caso es la consulta previa, que no se realizó de manera completa ni adecuada, por lo cual se ven afectados derechos fundamentales de quienes acudieron a la tutela y sus comunidades, además de otearse daños irreversibles a un hábitat de inmensa riqueza biológica, de reconocida fragilidad, exigiéndose que la protección sea inmediata, de donde resulta evidente que esta acción es la única vía idónea y expedita (Constitucional, 2009, [Sentencia T – 769, M.P Nilson Pinilla Pinilla, [Párrafos 115]) .

Finalmente, la Corte insiste en la importancia que tiene para el Estado colombiano la protección de la diversidad étnica y cultural, por lo que recalca que el desarrollo económico a través de la explotación de recursos mineros, no puede ir en detrimento de los las diferentes comunidades étnicas, ni de los recursos naturales. Es decir que debe llevarse a cabo el desarrollo sostenible, para no afectar estos aspectos.

Adicionalmente, estos territorios han sido puestos en riesgo porque el proyecto Mandé Norte, que tiene una duración prevista en 30 años prorrogables otros 30, generará daños ambientales debido a la afectación de cabeceras de los ríos, la contaminación del aire

con gases ácidos, la producción de residuos sólidos y la deforestación, entre otros, que repercuten en el delicado equilibrio ecológico de una de las zonas más biodiversas del mundo, en los cultivos de pancoger, en los animales, en la salud y en general, en la base de la economía de las diferentes comunidades autóctonas (Constitucional, 2009, [Sentencia T - 769 de M.P Nilson Pinilla Pinilla, Párrafos 118]).

Es de resaltar que la Corte llamó la atención sobre el estudio ambiental precario que ha adelantado el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, aclarando que no se han adelantado en la totalidad de los territorios afectados, y que lo realizado aún requiere revisión y ajustes, por lo que estimó que la ejecución del proyecto debe postergarse, y de ser necesario cancelarse, si eso se desprende el estudio de impacto ambiental.

Frente a las actas de las reuniones realizadas el alto tribunal, resaltó que no se cumplió con el requisito del consentimiento libre, previo e informado, toda vez que se evidencia que se realizó la consulta previa simplemente como un trámite administrativo, como un requisito de diligenciarlas, pero no se materializó acorde con la normatividad al respecto.

Conforme a lo anterior la Corte Constitucional le ordenó al Ministro del Interior y de Justicia rehacer los trámites anteriores a la elaboración del acta de formalización de consulta previa, extendiéndola a todas las comunidades étnicas que resultaren afectadas por el proyecto Mandé Norte, suministrándoles información plena, desde la preconsulta hasta la finalización del acuerdo. Mientras eso ocurre, se deberá suspender la exploración y explotación que se esté adelantando.

Respecto al Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el alto tribunal le ordenó que antes de que se rehaga y extienda la consulta previa con todas las comunidades afectadas por la implementación del proyecto de exploración y explotación minera Mandé Norte, culmine los estudios sobre el impacto ambiental que pueda producir el proyecto, dando a conocer

sus resultados a las comunidades indígenas y afrodescendientes directamente afectadas y evitando que se otorguen licencias ambientales para este tipo de proyectos.

Además, se ordenó a INGEOMINAS, que se abstenga de otorgar o suspenda, según el caso, las licencias de exploración y explotación minera en el proyecto Mandé Norte, hasta que se tengan los resultados finales del estudio de impacto ambiental, y hasta tanto no se lleve a cabo la consulta previa de manera adecuada.

En cuanto a la Defensoría del Pueblo, ordenó que dicha entidad acompañara y vigilara el cabal cumplimiento de las ordenes emitidas por la Corte Constitucional en el fallo de la Tutela T – 769 referente al caso del proyecto minero Mandé Norte, con la finalidad de dar plenas garantías frente a los derechos aquí protegidos.

Como podemos ver en el caso concreto, a la Corte Constitucional le tocó amparar los derechos fundamentales vulnerados por varias entidades estatales, las cuales desconocieron la consulta previa a las comunidades afectadas por el proyecto minero Mandé Norte, al implementarla de manera inadecuada. Luego podemos concluir que el Estado no garantizó la correcta implementación del mecanismo de protección que tienen los grupos étnicos, y que fue el alto tribunal quien tuvo que intervenir mediante una tutela incoada por los afectados y que por fortuna fue seleccionada para su estudio.

Conclusiones

En Colombia tenemos un amplio marco normativo respecto al derecho fundamental de la consulta previa, que abarca desde la legislación internacional que es vinculante en esta materia como el Convenio 169 de 1989, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración de los Pueblos Indígenas, hasta la normatividad nacional como la Constitución Política de 1991, la Ley 21 de 1991, el Decreto 1397 de 1996, el Decreto 1320 de 1998 entre otras normas en materia ambiental y diversidad biológica, que permitirían llevar a cabo este mecanismo de manera adecuada, y así garantizarle a las comunidades étnicas el derecho a la protección de sus territorios, de sus intereses económicos, sociales y culturales, además de amparar derechos fundamentales como la vida, la salud, el acceso al agua potable, la libertad de conciencia, entre otros.

La Corte Constitucional ha trazado unos lineamientos muy claros en materia de la realización de las consultas previas, como es desarrollarlas con los miembros de las comunidades étnicas que puedan ser afectadas por el desarrollo de proyectos, obras o actividades. Deben cumplir plenamente con el requisito de realizarse de manera libre, previa e informada, respecto de las implicaciones que puede tener el desarrollo de actividades en sus territorios, en aspectos de su identidad cultural, las condiciones económicas, las variables ambientales, y sus modos de vida y costumbres.

En el caso de la consulta previa realizada a las comunidades asentadas en el área de influencia del proyecto minero Mandé Norte, no se obtuvo el consentimiento libre, previo e informado, debido a que el Estado Colombiano, en cabeza del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, no proporcionó la información total sobre los impactos ambientales que se generarían en las áreas de influencia del mismo, por lo que no se suministró la información completa a las comunidades directamente afectadas. Además, se evidenció que la consulta previa se realizó a manera de simple trámite administrativo de diligenciar formularios, sin materializarse conforme a la normatividad vigente por parte de los intervinientes, y no se realizaron las reuniones con la totalidad de las comunidades asentadas en el área de insidencia del proyecto.

Por las razones mencionadas anteriormente, según lo analizado por la Corte Constitucional en la Sentencia T – 769 de 2009, no fue eficaz la normatividad vigente respecto a la garantía del derecho fundamental a la consulta previa, en el caso concreto del Proyecto Minero Mandè Norte, frente a las comunidades del Río Jiguamiandó, las del Río Murindó, y el Resguardo de Uradá Jiguamiandó, todas estas asentadas en el área de influencia del mismo.

Es claro que el problema de la falta de eficacia respecto al derecho fundamental a la consulta previa, se debe al poco interés por parte del Estado Colombiano en amparar aquel derecho, por verlo como un obstáculo para el desarrollo económico del país basado en economías basadas en la extracción de recursos naturales no renovables.

Para que la normatividad respecto al derecho fundamental a la consulta previa sea eficaz, es necesario que los Gobiernos den mayor importancia a la garantía de derechos fundamentales de las comunidades étnicas, al desarrollo económico basado en la extracción de recursos naturales no renovables. Es necesario implementar economías basadas en la industrialización y en el agro, que sean favorables a las comunidades y a todo el país, desde el punto de vista económico, social y ambiental.

Es necesario que los Gobiernos Nacionales y locales, realmente aprehendan la importancia que tiene garantizar el derecho fundamental a la consulta previa a las comunidades étnicas, esto haría que el mencionado mecanismo se desarrollara de manera adecuada, con plenas garantías de los derechos de las comunidades, y no como un simple trámite administrativo, de diligenciamiento de formularios.

Referencias

- Alexy, R. (1994). El Concepto y la Validez del Derecho. Barcelona: Gedisa.
- Alexy, R. (1994). El Concepto y la Validez del Derecho. Barcelona: Gedisa.
- (s.f.). Art 16, Decreto 1397 de 1996.
- (s.f.). Artículo 1, Decreto 1320 de 1998.
- Artículo 69, Ley 99 de 1993. (s.f.).
- CDER. (1997). Recomendacion General 23.
- Congreso. (1993). Ley 99 de 1993.
- Congreso. (2011). Ley 1437.
- Constitucion Politica; Art 330. (1991).
- Constitucional, C. (1992). Sentencia T - 428 ; M.P. Ciro Angarita.
- Constitucional, C. (s.f.). Sentencia T - 769 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia.
- Constituyente, A. N. (1991). Constitucion Politica .
- Corte Constitucional, M. A. (2002). Sentencia C - 418.
- Corte Constitucional, M. A. (2016). Sentencia T - 436.
- Corte Constitucional, M. C. (1996). Sentencia C - 139 .
- Corte Constitucional, M. J. (2012). Sentencia T - 1080.
- Corte Constitucional, M. J. (2016). T - 445.
- Corte Constitucional, M. J. (s.f.). Sentencia T - 129 de 2011, pag 1.
- Corte Constitucional, M. L. (2016). T - 704 .
- Corte Constitucional, M. L. (2017). Sentencia SU - 133 de 2017.
- Corte Constitucional, M. M. (2015). T - 247 .
- Corte Constitucional, M. P. (2011). T- 693 .
- Cuadros, G. M. (1993). Los U'wa: reconstrucción territorial y cultural de un pueblo indígena. Tesis de grado para optar el título de Abogado. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias políticas y sociales. Departamento de Derecho. Bogotá D.C. Tesis de Grado, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- Declaracion de los Pueblos Indigenas, A. (s.f.).
- Diaz, M. C. (s.f.).

- Espinoza, C. (2003). C-873.
- Garavito, C. R., Morris, M., Salinas, N. O., & Buritaca, P. (2010). *La Consulta Previa a Pueblos Indígenas*. Bogotá: Uniandes.
- Indígenas, R. e. (2003). *El impacto de los grandes proyectos de desarrollo en los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas y comunidades*.
- Kelsen, H. (1956). *Validez y Eficacia del Derecho*. Mexico: UNAM.
- (s.f.). *La OIT y los Pueblos Indígenas y Tribales*, Folleto 8.
- Linz, J. J. (1987). *La Quiebra de las Democracias*. Madrid: Alianza Universidad.
- M. P. Antonio, B. C. (s.f.).
- M.P Eduardo Cifuentes Muñoz. (s.f.).
- Naciones Unidas. (2007). *Declaración de las Naciones Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*.
- OIT. (s.f.). *Acerca de la OIT*.
- OIT. (1957). *Convenio 107*.
- OIT. (1989). *Artículo 7, Convenio 169*.
- OIT. (s.f.). *Convenio 169*.
- OIT. (s.f.). *Guía de Aplicación Convenio 169.*, (pág. 14).
- OIT. (s.f.). *Guía de Aplicación, Convenio 169*, Pág 7.
- (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Art 27.
- Pinilla, M. N. (s.f.).
- Presidencia. (1996). *Decreto 1397*.
- Presidencia. (1996). *Decreto 1397*.
- Pretelt, C. C. (s.f.). *Sentencia C - 371 de 2014*.
- Radbruch, G. (1944). *Introducción a la Filosofía del Derecho*. 104.
- Rangel, F. (2017). *La Corte Constitucional a través de la Sentencia T 052 de 2017, falla tutela sobre el conflicto territorial del Pueblo Barí respecto a las aspiraciones de la población campesina a través de sus figuras territoriales de zonas de reserva campesina*.
- Republica, C. d. (1890). *Ley 89* .
- República, C. d. (1994). *Ley 165.*, (pág. Art 8).
- Republica, C. d. (1994). *Ley 165*, Art 8.

- Republica, P. d. (1998). Decreto 1320.
- Republica, P. d. (1998). Decreto 1320.
- Republica, P. d. (s.f.). Decreto 2893 de 2011.
- Rodriguez, G. A. (15 de Septiembre de 2013). La consulta previa en proyectos ambientales: ¿un derecho o un obstáculo? Razon Publica.
- Rodriguez, G. A. (2014). De la Consulta Previa al Consentimiento Libre, Previo e informado a Pueblos Indigenas en Colombia. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez S.A.S.
- Semana, R. (2012). El Dilema de la Consulta Previa. Semna.
- Tejada, V. F. (2010). Derechos Humanos y Relaciones Laborales.
- Torres, C. A. (2010). Metodologia de la Investigacion. Pearson Educacion.
- Unidas, A. C. (2013). Informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos., (pág. 19).
- Unidas, N. (2007). Declaración de los Pueblos Indígenas, arts. 10, 19, 28.
- Unidas, N. (s.f.). Declaracion de los Pueblos Indigenas.
- Uprimny, R. (s.f.). El Bloque de Constitucionalidad en Colombia - Ensayo.
- Valero, D. (10 de Febrero de 2013). Consultas con minorías étnicas 'paralizan' la agenda estatal. El Tiempo.
- Zeballos, A. (2014). La Eficacia del Derecho a la Consulta Previa a Pueblos Indigenas en Colombia 1991 - 2011. Tesis, Universidad Nacional de Colombia, Derecho y Ciencias Politicas, Bogotá.

ANEXO

Marco Legal de la Consulta Previa en Colombia

NORMA	ARTICULO	COMENTARIO
Constitución Política de 1991	Artículo 7	Reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación.
Constitución Política de 1991	Artículo 246	Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República
Constitución Política de 1991	Artículo 330, Parágrafo	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. Debe haber participación de las mismas.
Convenio 107 de 1957 de la OIT		Relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.	Artículo 27	“[e]n los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que

		pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”
Convenio 169 de 1989 de la OIT.		Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
Declaración de los Pueblos Indígenas – Naciones Unidas 2007	Artículo 3	Derecho a la libre determinación, Consentimiento libre, previo e informado.
Ley 21 de 1991	Todos	Es la Ley que acoge el Convenio 169 de la OIT.
Ley 99 de 1993	Artículo 69	Habla de las actuaciones administrativas para la expedición, modificación o cancelación de permisos o licencias de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente o para la imposición o revocación de sanciones por el incumplimiento de las normas y regulaciones ambientales
Ley 70 de 1993	Todos	Regula lo referente a las comunidades negras que han ocupado territorios baldíos en zonas rurales
Ley 165 de 1994	Artículo 8	Respeto por las tradiciones indígenas para la conservación de la diversidad biológica.
Decreto 1397 de 1996	Artículo 11	Crea la Mesa de

		Concertación, para facilitar los acuerdos entre el gobierno y comunidades indígenas.
Decreto 1320 de 1998	Todo	Reglamentación del procedimiento para llevar a cabo la consulta previa
Decreto 2893 de 2011	Todo	Se le asigna al Ministerio del Interior la función de hacer seguimiento a la política Estatal, sobre grupos étnicos con enfoque diferencial, integral y social.
Directiva Presidencial No 01 de 2010	Toda	Se hace una consolidación para la garantía del derecho fundamental a la consulta previa a los grupos étnicos nacionales.
Sentencia T-428 de 1992		La Corte enfatiza en la importancia de proteger la existencia de las comunidades, su identidad cultural y sus condiciones económicas y sociales.
Sentencia T-380 de 1993		La tutela no solo asiste a los miembros de las comunidades étnicas de manera individual, sino que puede cobijar a toda la comunidad indígena por ser un sujeto colectivo autónomo que requiere la protección a su integridad cultural
Sentencia C – 139 de 1996		“La terminología utilizada en el texto, que al referirse a “salvajes” y “reducción a la civilización” desconoce tanto la dignidad de los

		miembros de las comunidades indígenas como el valor fundamental de la diversidad étnica y cultural”
Sentencia T – 652 de 1998		Establece la Inconstitucionalidad de la aplicación del Decreto 1320 de 1998 en el caso de la Represa de Urrá.
Sentencia T-769 de 2009		Deber del Estado de consultar a las comunidades frente al desarrollo de actividades que generen impactos en sus territorios, y obtener el consentimiento libre, previo e informado por parte de éstas.
Sentencia SU-039 de 1997		Reúne criterios para la correcta aplicación y desarrollo de la consulta previa a las comunidades étnicas.
Sentencia T-005 de 2016		Sobre Consulta previa en territorios indígenas donde hay presencia de telecomunicaciones, concretamente en el cerro denominado El Alguacil, o Inarwa para las comunidades de la zona; en dicho cerro no solamente hay infraestructura de telecomunicaciones relevante como servicio público, sino relevante para la seguridad nacional y se halla tendida infraestructura eléctrica clave para esa parte de Colombia.

