

UNIVERSIDAD MILITAR

NUEVA GRANADA



**PANORAMA DE LA CONSULTA PREVIA EN MATERIA DE EXPLORACIÓN Y
EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES**

Presentado por:

CLAUDIA LILIANA GOMEZ ROJAS

MARIA CAMILA BURBANO ROSERO

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
FACULTAD DE DERECHO
BOGOTÁ D.C**

2012

UNIVERSIDAD MILITAR

NUEVA GRANADA



**PANORAMA DE LA CONSULTA PREVIA EN MATERIA DE EXPLORACIÓN Y
EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES**

:

Presentado a:

JHON JAIRO MORALES ALZATE

(Tutor Metodológico)

JAIRO SANDOVAL CARRANZA

(Tutor Temático)

Presentado por:

CLAUDIA LILIANA GOMEZ ROJAS

MARIA CAMILA BURBANO ROSERO

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ D.C.

2012

PANORAMA DE LA CONSULTA PREVIA EN MATERIA DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES

MARIA CAMILA BURBANO ROSERO *

CLAUDIA LILIANA GOMEZ ROJAS **

RESUMEN

Este artículo analiza la consulta previa como un mecanismo de participación de los grupos étnicos nacionales con un especial énfasis en los programas de exploración y explotación de recursos naturales, mostrando las falencias presentadas en su aplicación y procedimiento, estableciendo su desarrollo en materia de exploración y explotación de recursos naturales, estudiando el marco normativo, los alcances jurisprudenciales a nivel nacional y haciendo relación a los pronunciamientos más relevantes como el caso EMBERA – CATIO, por cuanto se evidencia una nueva concepción de la consulta previa como un derecho fundamental, instrumento básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de los grupos étnicos nacionales.

Palabras Claves: Consulta Previa, consentimiento libre, previo e informado; grupos étnicos nacionales, interpretación jurisprudencial, recursos naturales, exploración, explotación, prospección, Ley Estatutaria, derecho fundamental, mecanismo de participación, licencia ambiental, autoridades ambientales.

ABSTRACT

* María Camila Burbano Rosero. Abogada de la Universidad Católica de Colombia, Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad del Rosario, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Militar Nueva Granada, marcamila13@hotmail.com

** Claudia Liliana Gómez Rojas. Abogada de la Universidad Católica, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Militar Nueva Granada, clgomez01@gmail.com

This article analyzes the Previous Consultation as mechanism of participation of the Ethnic National Groups with a special emphasis in programs of exploration and exploitation of natural resources. Presented showing the flaws in implementation and procedure. Establishing its development in the exploration and exploitation of natural resources. Studying the regulatory framework, the scope nationally jurisprudential. Doing relative to most relevant pronouncements to the case EMBERA-CATÍO. As evidenced by a new conception of previous consultation as a basic tool to preserve the ethnic, social, economic and cultural development of the national races.

Key words: Previous consultation, free assent, prior and informed, national ethnic groups, interpreting Jurisprudential, natural resources, exploration, statutory law, rights, participation facility, recommendations, principles

INTRODUCCIÓN

La consulta previa en Colombia garantiza la participación a los Grupos Étnicos Nacionales, como un instrumento, basado en los principios de buena fe y reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, pilares esenciales del Estado Social de Derecho. Un instrumento que permite un diálogo entre las comunidades étnicas nacionales, el gobierno y la empresa privada; utilizado cuando se pretende expedir medidas legislativas y administrativas capaces de afectar el plan de vida de las mismas, así como realizar programas, obras, proyectos o

actividades de exploración o prospección y explotación de recursos naturales que puedan afectar su cultura o territorio, cabe señalar que dentro de este contexto se deben tener en cuenta antecedentes como el Convenio 169 de la OIT ratificado por la Ley 21 de 1991, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y la interpretación de estas normas por diferentes órganos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, en Colombia la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Actualmente no se dispone de un marco reglamentario que determine

completamente el procedimiento de la consulta previa, debido a las diferentes interpretaciones sobre la utilización de este mecanismo, tal es así que tanto la Corte Constitucional (SU -039 de 1997 y la T - 625 de 1998) y el Consejo de Estado (S - 673 de 1997) se han pronunciado sin que exista un verdadero criterio unificado acerca de su efectiva aplicación, aunado a lo anterior los intentos de regulación como la aplicación del Decreto 1320 de 1998; cierto es que el gobierno en este momento aplica la Directiva Presidencial No. 01 de 2010 la cual señala sobre la consulta previa, una reseña de la Ley 21 de 1991; sin embargo, no se establecen parámetros claros para su garantía y efectividad.

La metodología del estudio es descriptiva, basada en la normatividad desarrollada y en la interpretación de las sentencias de las altas cortes colombianas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en lo atinente al tema de estudio, visto como mecanismo de participación y actualmente como derecho fundamental.

CONTENIDO

- 1) Marco normativo internacional y nacional de la consulta previa.
- 2) Jurisprudencia Nacional.
- 3) Caso Comunidad Embera-Catío.

1. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL Y NACIONAL DE LA CONSULTA PREVIA

a. Normas internacionales.

Conviene presentar el desarrollo normativo a nivel internacional mencionando en primera medida el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, que reconoce a las minorías étnicas y sus derechos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976, en donde se permite que todos los pueblos dispongan de sus riquezas y recursos naturales¹.

¹ RODRÍGUEZ GARAVITO, C.; MORRIS, M., ORDUZ SALINAS, N.; BURITICÁ, P. (2010). *La consulta previa a los pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*. Justicia

La consulta previa tuvo su origen en el Convenio 169 de la OIT en el año 1989², como uno de los más importantes instrumentos de protección a las comunidades indígenas, el cual establece el derecho a participar en las actuaciones que pueden afectar a las comunidades indígenas, y de conformidad con el artículo 15 corresponde al gobierno establecer los procedimientos con el fin de determinar en que medida la realización de programas de prospección o explotación de los recursos naturales, pueden afectar sus intereses.

Posteriormente en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, se refiere al consentimiento libre, previo e informado, establecido en el artículo 32 la obligación de realizar la consulta a los pueblos indígenas antes de la aprobación de cualquier proyecto que tenga una afectación directa a sus territorios, particularmente por el desarrollo,

Global 2, Bogotá D.C., Universidad de Los Andes. P. 22.

² Ratificado por la Ley 21 de 1991.

utilización y explotación de los recursos minerales³, cabe resaltar en este punto que la declaración no fue ratificada en Colombia y en lo que se refiere a este tema el Estado, se abstuvo de votar a favor de ella, por lo tanto no tiene validez jurídica alguna.

De otro lado, se considera significativos los siguientes pronunciamientos a nivel internacional, (aunque no sean vinculantes para el país), de importancia para el objeto de este estudio. Se hace referencia, en primer lugar, al pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia Capítulo X “Los Derechos de los indígenas 1999”, el cual presenta el marco jurídico utilizado en Colombia acerca de la protección a los grupos étnicos y su organización interna y refiere el alcance de los derechos reconocidos en el “Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, como en el numeral 4 del Párrafo B (9):

³ *Ibidem*. P. 2.

“(…) El derecho a la participación, en las distintas esferas de la vida nacional, y derecho de consulta previa sobre las medidas, planes, programas y proyectos que puedan afectar su integridad étnica, sus territorios o los recursos naturales ubicados en éstos. (...)”⁴ La protección de los recursos naturales y los territorios indígenas, los impactos de los megaproyectos y en las recomendaciones párrafo J (4) deben celebrarse las consultas pertinentes con las comunidades indígenas y (...) “*en la medida en que sea jurídicamente necesario, se obtenga el consentimiento de éstas.*”⁵

De manera que con lo que se establece a nivel internacional, se observa el momento en que es procedente la realización de la consulta previa, y debe ser siempre que existan afectaciones directas a la comunidad indígena. Adviértase aquí, que se hace referencia a las comunidades indígenas; en Colombia, se refiere a la protección de

⁴ Fuente: Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Numeral 4 Párrafo B (9).

⁵ *Ibid.* Párrafo J (4)

los diferentes grupos étnicos que son: pueblos indígenas, comunidades negras, afrodescendientes, raizales, palenqueras y los Rom o gitanos, no solo de las comunidades indígenas; al mismo tiempo, se advierte que en caso de existir una afectación tan grave para la comunidad que haga necesario su traslado se debe llevar a cabo no solo la consulta previa sino también se debe obtener el consentimiento libre, previo e informado, así se establece en el Convenio 169 de la OIT. No existe por lo tanto más obligatoriedad del Estado de obtener el consentimiento frente a todos los casos en que se obliga a realizar la consulta previa.

Según el Censo general de 2005, presentado en el libro de FIERRO MORALES J., (2011). Políticas mineras en Colombia, se encuentra que en Colombia residen 87 pueblos indígenas identificados plenamente; se hablan 64 lenguas amerindias y una diversidad de dialectos que se agrupan en 13 familias lingüísticas. De acuerdo con los datos de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) en Colombia hay 102

pueblos indígenas: los 87 reconocidos por el Estado más 12 reconocidos por las organizaciones indígenas y 3 que se autorreconocen como tales. En cuanto a la población afrodescendiente se calcula que equivale al 26% de la población colombiana. También forman parte de esta diversidad étnica los raizales del archipiélago de San Andrés y Providencia, y el pueblo Rom o Gitanos, que de acuerdo con el DANE (2005) estaban representados en 28.701 y 4.858 personas respectivamente.”

Igualmente se señala que existe un total de 710 resguardos indígenas titulados que abarcan 30.554.254 Ha equivalen al 27% del área nacional, de los cuales el 70% se encuentran en zonas de reserva forestal a lo largo de 27 departamentos y 228 municipios.⁶

b. Normas Nacionales.

La Constitución Política de 1991, fija un marco jurídico que permite inferir que el

⁶ FIERRO MORALES J., (2011). *Políticas mineras en Colombia*, Bogotá D.C. Instituto Latinoamericanos para una sociedad y un derecho alternativo (ILSA). Editorial Textos de aquí y ahora P. 157.

Estado debe garantizar la efectividad de la consulta previa, tal es así que se establece en primera medida a Colombia como una república participativa y como finalidad del Estado el facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan. Así mismo se señaló como un derecho fundamental el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural, reconocimiento que se realiza en el artículo 7 de la Constitución, pero además se establece por parte del Estado y las personas la obligación de proteger la riqueza cultural de la Nación.

Mediante el artículo 70 se enuncia el especial respeto e igualdad de las diferentes culturas que existen en el país y de la importancia de la promoción en la investigación de la ciencia y la difusión de todos los valores culturales.

De otra parte, el Estado deberá propender “(...) *por garantizar que los territorios en los cuales dichas comunidades se asientan, y los recursos naturales que allí yacen se protejan administren y exploten previa consulta con las comunidades y que sus formas de*

*gobierno armonicen con la legislación del estado colombiano. En esta medida, la protección de los territorios de dichas comunidades indígenas o étnicas se ve reflejada en la controlada explotación de los recursos naturales que existan y en las garantías de desarrollo económico, social, educativo y en salud de los cuales merecen beneficiarse dichas comunidades y de ahí la importancia de que el Estado los proteja. (...).*⁷

Paralelamente en materia legal y reglamentaria se tienen en cuenta diferentes leyes y decretos, que reconocen el territorio a los grupos étnicos nacionales, y por lo tanto, el deber de realización de la consulta previa que significa garantizar la participación, consulta y concertación de las mismas. Dentro de este estudio debe considerarse la Ley 21 de 1991 por la cual se ratificó el Convenio de la OIT, “(...) tiene rango de constitucional por hacer parte del bloque de constitucionalidad y por lo tanto tiene prevalencia en el orden interno. Sus

⁷ RODRÍGUEZ GARAVITO, (2010). Ob. Cit. P. 27.

Artículos 6 y 7 establecen la obligación de los gobiernos de consultar “previamente” a los pueblos indígenas, siempre que se prevea medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente, y consagra el derecho de los pueblos indígenas a decidir sus propias prioridades en lo que atañe a su proceso de desarrollo. (...).”⁸

El Decreto 1320 de 1998, por el cual se reglamentó la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio, es uno de los intentos de reglamentación de la figura, pero que, de acuerdo con la Corte Constitucional, en la sentencia T- 652 de 1998 M.P., Carlos Gaviria Díaz, deja de aplicarse en algunos casos⁹ por ser violatorio de la Constitución Política, se presenta por lo tanto como una

⁸ ROLDÁN ORTEGA, R.; FAJARDO MORALES, C. R.; VELASCO ALVAREZ, A. (1998) *La consulta previa: Instrumento de democracia y desarrollo sostenible*. Documento de Trabajo No. 5, Santa fe de Bogotá. Centro de Documentación Europeo. P. 6.

⁹ La Corte hace referencia concretamente a las Sentencias T-955 de 2003 M. P. Álvaro Tafur Galvis y T-745 de 2010 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

excepción de inconstitucionalidad por tanto la norma no sale del ordenamiento jurídico y su efecto es solo *inter partes*, al respecto la Corte Constitucional expresa lo siguiente: “(...) *la aplicación del Decreto 1320 de 1998 a este proceso de consulta resultaría a todas luces contrario a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991; por tanto, se ordenará a los Ministerios del Interior y del Medio Ambiente que lo inapliquen, y atiendan en este caso las siguientes pautas: a) debe respetarse el término ya acordado para que los representantes de los indígenas y sus comunidades elaboren su propia lista de impactos del llenado y funcionamiento de la represa; b) la negociación de un acuerdo sobre la prevención de impactos futuros, mitigación de los que ya se presentaron y los previsibles, compensación por la pérdida del uso y goce de parte de los terrenos de los actuales resguardos, participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales, y demás temas incluidos en la agenda de la consulta, se adelantará en los tres (3) meses*

*siguientes a la notificación de este fallo de revisión; c) este término sólo se podrá prorrogar, a petición del pueblo Embera-Katio del Alto Sinú, la firma propietaria del proyecto, la Defensoría del Pueblo o la Procuraduría Agraria, hasta por un lapso razonable que en ningún caso podrá superar al doble del establecido en la pauta anterior; d) si en ese tiempo no es posible lograr un acuerdo o concertación sobre todos los temas, "la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros (...)."*¹⁰

A su vez el Consejo de Estado se pronuncia mediante el Radicado No.

¹⁰ Sentencia T- 652 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

5091 de 1999 al demandarse el Decreto referido, por no haber surtido el proceso de consulta previa a los pueblos y comunidades indígenas afectados directamente con la expedición del Decreto, la corporación lo encuentra ajustado a la norma, pronunciándose de la siguiente manera: “(...) La lectura de la norma que se dice violada permite inferir que con el decreto acusado se implementan los mecanismos o procedimientos apropiados para realizar la consulta, sin que pueda decirse válidamente que para el establecimiento de dicho procedimiento la ley exija también la consulta. Al punto, cabe poner de presente que el precepto legal invocado como violado no especifica las circunstancias de tiempo y modo de efectuar la referida consulta, ni señala reglas mínimas para el cumplimiento de la misma, ni el actor indica disposición alguna que precise tales circunstancias, por lo cual lo pertinente es que el Gobierno provea a la reglamentación requerida de tales procedimientos y a ello atiende el decreto acusado. (...)”.

*“(...) Para el caso concreto de la expedición del decreto acusado, y dada la ausencia de una reglamentación previa de los procedimientos, una forma válida de atender cabalmente al requerimiento legal de la consulta, es la prevista en el artículo 21 del acto acusado, bajo el título “MECANISMOS DE SEGUIMIENTO”, en el sentido de que el Gobierno propiciará reuniones con las mentadas comunidades dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia de dicho decreto, sin perjuicio de su plena aplicación, a fin de conocer sus observaciones e introducirle los correctivos que sean necesarios. (...)”.*¹¹

En estas sentencias se evidencia la falta de reglamentación efectiva respecto a un tema tan álgido como la consulta previa, pronunciamientos que, además, evidencian una disparidad en las posiciones de las altas cortes, lo cual generó un resultado muy poco favorable para este procedimiento, ya que deja sin sustento jurídico al decreto, el cual no puede ser aplicado y debe sustituirse por

¹¹ Consejo de Estado, Sección Primera. Radicación No. 5091 de 1999. C. P. Juan Alberto Polo Figueroa.

los pronunciamientos de la Corte Constitucional al respecto.

Como herramienta normativa actual se tiene la Directiva Presidencial No. 01 de 2010, que establece los casos en los cuales se debe llevar a cabo la consulta previa, los principios que la rigen y el proceso para la misma; sin embargo, es una herramienta normativa deficiente frente al tema, de ahí surge la necesidad del Estado en expedir una Ley Estatutaria capaz de reglamentar una aplicación racional de la consulta previa y se cumpla el propósito para la cual fue instituida.

Actualmente, en la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su artículo 46, se establece la obligatoriedad de la consulta previa, cuando se ha manifestado directamente por la Constitución o por la ley, que debe hacerse previo a adoptar una medida administrativa y señala que debe realizarse de acuerdo con las normas respectivas, y de no ser así, se declarará la nulidad de la decisión adoptada, lo

cual no dice nada relevante y de fondo para el tema, porque sólo reconoce la obligatoriedad de su realización, dejando su regulación supeditada a la Constitución Política como norma de normas y a la ley que la reglamente.

Hay otro aspecto que se debe examinar como lo es la normatividad a nivel ambiental, aquí encontramos la Ley 99 de 1999 que establece como tarea del Estado la protección y recuperación ambiental, junto con el, también debe hacerlo la comunidad, las ONG y el sector privado.

En materia de protección a los recursos naturales de acuerdo con lo establecido en la Ley 165 de 1994, que aprueba la Convención de Diversidad Biológica y mediante la cual se diseñó la política de participación social en la conservación, y los lineamientos de la política de participación (audiencias públicas ambientales), la intervención en los procedimientos administrativos ambientales, de planificación ambiental y la consulta previa.

Otras reglamentaciones importantes en este tema son la Ley 70 de 1993, que reconoce las tierras baldías y la propiedad colectiva a las comunidades negras, en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, la Ley 99 de 1993, mediante la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, reordena el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables y se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA. En su artículo 76 consagra el deber de realizar la consulta previa para los casos de explotación de recursos naturales en territorios de comunidades indígenas y negras; el Decreto 1745 de 1995, adopta el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las “Tierras de las Comunidades Negras”, reconoce el derecho de las comunidades étnicas a participar en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación y el deber de hacer la consulta previa a la comunidad involucrada para la celebración de cualquier contrato u otorgamiento de

título que tenga por objeto el aprovechamiento de los recursos naturales.

En el Decreto 2164 de 1995 y el Decreto 1397 de 1996 por el cual se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas y se dictan otras disposiciones, la cual tiene por objeto concertar (se puede entender como consulta) entre éstos y el Estado las decisiones administrativas susceptibles de afectarlos, 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 y garantizar el derecho de participación, consulta y concertación de las comunidades indígenas.

Se diferenció para efectos de titulación de tierras el concepto de territorio y reserva indígena, aceptando como parte del territorio aquellas áreas que se usan para el desarrollo de sus actividades

tradicionales; respecto a esto la Dirección Nacional de Planeación (2010) define territorio y reserva indígena de la siguiente manera:

a) Territorio indígena “(...) *Son las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígenas y aquellas que, aunque no se encuentren poseídas en esa forma, constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas y culturales. (...)*”.

b) Reserva indígena “(...) *Es un globo de terreno baldío ocupado por una o varias comunidades indígenas que fue delimitado y legalmente asignado por el Incora a aquellas para que ejerzan en él los derechos de uso y usufructo con exclusión de terceros. Las reservas indígenas constituyen tierras comunales de grupos étnicos, para los fines previstos en el artículo 63 de la Constitución Política y la Ley 21 de 1991. (...)*”.¹²

¹² Dirección Nacional de Planeación. (2010). *Aspectos básicos grupo étnico indígenas*. P. 17. Recuperado de: <http://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket>

Con el Decreto 1220 de 2005, se encuentra uno de los avances más significativos en materia ambiental al establecer las competencias en lo que tiene que ver con la expedición de licencias ambientales dadas para la ejecución de un proyecto, obra o actividad, capaz de producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o de introducir modificaciones notorias al paisaje.

Frente al tema ambiental y específicamente de exploración y explotación de recursos naturales, existen dos leyes que refieren directamente a la necesidad de celebrar la consulta previa antes de la reglamentación, como en estos casos que afecte directamente a los grupos étnicos.

En primer lugar, se menciona la Ley 1382 de 2010, la cual modificaba la 685 de 2001 “Código de Minas”; esta norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-366 del 11 de mayo de 2011, por cuanto

[=CpCS1dVTQf4%3D&tabid=273](#). Fecha de consulta: 27 de Julio de 2012. Hora: 11:00 PM.

se consideró que no se había llevado a cabo la consulta previa con los pueblos indígenas y las comunidades negras. Sin embargo, se señaló que acorde con la defensa y la supremacía e integridad de la Constitución si bien se constata la existencia de la contradicción con la Constitución que impone la exclusión del ordenamiento jurídico de la Ley 1382 de 2010, también es cierto que con el retiro inmediato de la ley desaparecerían normas que buscan garantizar la preservación de ciertas zonas de impacto ambiental. Por lo tanto, difirió los efectos de la inexecutable por un lapso de dos años con la finalidad de proteger el derecho de las comunidades étnicas a ser consultadas sobre tales medidas legislativas, se salvaguarden los recursos naturales y las zonas de especial protección ambiental. Durante éste término se debe realizar todo el trámite legislativo y de consulta previa para la expedición de una nueva normatividad ya que finalizado se tornarían definitivos los efectos de inconstitucionalidad.

En segundo lugar la Ley 1530 de 2012, “Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías”, también fue objeto de debate ante la Corte Constitucional por considerarse que el Acto Legislativo 05 de 2011, que reformó el Sistema Nacional de Regalías, no fue objeto de consulta previa ante las comunidades violando así el Convenio 169 de la OIT y la Constitución. Sin embargo, la Corte Constitucional consideró en la sentencia C- 317 de 2012 que los Actos Legislativos son objeto de consulta previa cuandoquiera que entrañen una afectación directa de los pueblos indígenas o las comunidades afrodescendientes del país, por lo que la Corte en esta oportunidad señaló: *“el Acto legislativo, no es una medida legislativa que en sí misma conlleve una afectación directa, específica y particular de los pueblos indígenas o las comunidades afrodescendientes del país, en atención a dos razones fundamentales: (i) el nivel de generalidad de las regulaciones que allí se consagran, el Acto Legislativo 05 de 2011, pese a su redacción en términos*

generales, que no implican una regulación constitucional integral del sistema de regalías, sino que únicamente sienta las bases constitucionales generales del sistema, y remite a una ley de desarrollo en la cual se habrá de consagrar, con todo su detalle, el régimen legal de las regalías en Colombia, siendo el impacto que se puede derivar de este Acto Legislativo para los grupos étnicos del país es el mismo que se experimenta por la generalidad de la población colombiana; y –especialmente- (ii) la remisión a una ley de desarrollo que habrá de precisar en detalle los distintos aspectos constitutivos del régimen nacional de regalías, ley ésta de desarrollo que, en criterio de la Corte, necesaria y obligatoriamente tendrá que ser objeto de consulta previa con la plenitud de las garantías constitucionales e internacionales aplicables”¹³.

Conforme lo mencionado por la Corte la necesidad de realizar la consulta previa

¹³ Sentencia C- 317 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

es ante la reglamentación específica que desarrolla el tema de regalías, toda vez que el Acto Legislativo 05 de 2011 fija un marco general que afecta a todos los ciudadanos; sin embargo, para los demandantes y para los magistrados Jorge Pretelt y Nilson Pinilla quienes presentaron salvamento de voto, el Acto Legislativo 05 de 2011 si afecta directa y desproporcionadamente a los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes del país y, por tanto, debía ser sometido a consulta previa.

Este pronunciamiento de la Corte es trascendental por cuanto además exhorta al Congreso para que expida una regulación integral y específica del proceso de la consulta previa, regulación que debe ser acorde con la normatividad internacional y la jurisprudencia constitucional, así como de los derechos humanos de estos grupos, pero también se destaca que este enfoque diferencial no solo debe limitarse a las explotaciones cerca de territorios indígenas sino que debe concebirse como unos de los múltiples ejes estructurales y transversales del régimen

de regalías lo que se justifica por cuanto se le da prevalencia a la protección de la diversidad étnica y cultural del país.

2. JURISPRUDENCIA NACIONAL

Son varios los pronunciamientos que se han generado por las altas cortes colombianas respecto de la consulta previa en materia de explotación y exploración de recursos naturales. En la Corte Constitucional, las sentencias T-428 de 1992 M. P., Ciro Angarita Barón; Sentencia SU-039 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell; sentencia SU-383 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis; la sentencia T-769 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, C - 702 de 2010 M. P., Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, y T - 698 de 2011 M. P. Luis Ernesto Vargas Silva marcan un desarrollo en el mecanismo de la Consulta Previa.

Mediante la sentencia T - 428 de 1992 M.P., Ciro Angarita Barón, se determina la obligación del Estado y de los particulares en la protección del ambiente natural y su no afectación de

forma indiscriminada, sin tener en cuenta las circunstancias propias de la población y el lugar, *“El hecho de que el daño económico producido por la destrucción de las edificaciones mencionadas sea sólo el comienzo de una serie de dificultades económicas que amenazan la existencia misma de la Comunidad, hace que el perjuicio derivado de la destrucción de su infraestructura productiva no pueda ser considerado como irremediable y, en consecuencia, sea procedente la tutela. Si no se suspende la ampliación de la carretera hasta tanto se hayan efectuado los estudios necesarios para que exista la seguridad de que no se causen nuevos daños y hasta tanto no se indemnice a la comunidad, de tal manera que su situación económica sea restablecida, los indígenas de Cristianía, como tantas otras comunidades de este tipo en Colombia, estarán en serio peligro de desintegración y desaparición.”*¹⁴

¹⁴ Sentencia T - 428 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

Sentencia SU-039 de 1997 del M.P., Antonio Barrera Carbonell, que a su vez, señala los parámetros para la realización de las consultas previas con los grupos étnicos del país, y la define como un derecho fundamental, así: “(...) *la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios Indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación (...)*”.

“(...) De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de

fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social (...)”.

La Sentencia SU – 383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, hace relación a la concepción del territorio de los pueblos indígenas y afrocolombianos y de ahí su tratamiento diferencial presentándolo de la siguiente manera: “*Según esto, si bien se trata de dos intereses colectivos, es evidente que desde el punto de vista del derecho en el que se funda cada interés, las pretensiones de comunidad indígena poseen un mayor peso. Mientras que su interés se funda en el derecho a la*

propiedad, al trabajo y al mantenimiento de su integridad étnica y cultural, el interés del resto de la comunidad está respaldado en el derecho a la terminación de una obra concebida para el beneficio económico de la región. (...)”.

“(...) En síntesis, el interés de la comunidad indígena posee una legitimación mayor, en la medida en que está sustentado en derechos fundamentales ampliamente protegidos por la constitución. (...)”¹⁵

Mediante la sentencia T – 769 de 2009 M.P., Nilson Pinilla Pinilla, se marca un hito en el desarrollo de la consulta previa, pues da una nueva concepción sobre la obligatoriedad de los conceptos emitidos por la comunidades étnicas en el proceso de la consulta previa, así: *“(...) antes de iniciarse la respectiva consulta previa, se debe realizar un proceso pre consultivo, con las autoridades de cada comunidad indígena o afrodescendientes que pueda resultar afectada, en el cual se definan*

¹⁵ Sentencia SU – 383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

las bases del procedimiento apropiado a seguir en los diferentes casos, respetando las especificidades culturales, para “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. (...)”.

“(...) En el asunto objeto de estudio, se encuentra demostrado que existe una estrecha relación entre el territorio y la supervivencia cultural y económica de las comunidades allá asentadas; la vulneración del derecho a la consulta sobre proyectos de exploración y explotación de recursos naturales, también conlleva la violación otros derechos de los pueblos afectados, tales como la autonomía e integridad cultural y social, y la propiedad sobre sus territorios ancestrales. (...)”¹⁶

Por último, en sentencias como la C - 702 de 2010 M. P., Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la Corte extendió la doctrina a los actos reformativos de la

¹⁶ Sentencia T – 769 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Constitución Política y declaró inexequible el inciso 8 del artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2009, de la siguiente manera: “(...) *La jurisprudencia de esta Corporación judicial ha hecho ver que el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas en ocasiones se proyecta más allá del espacio geográfico concreto donde esta ubicada la respectiva comunidad, pues “la diversidad étnica y cultural es fundamento de la convivencia pacífica y armónica dentro del respeto al pluralismo en cualquier lugar del territorio nacional” (...). “(...) Así, uno de los ámbitos en donde se proyecta este derecho más allá de ese espacio de asentamiento territorial, es el relativo a la representación política de estos pueblos. (...)”*.¹⁷

En la sentencia T- 698 de 2011 M. P., Luis Ernesto Vargas Silva, señaló que el ámbito territorial de una comunidad indígena no se deriva del reconocimiento estatal, sino de su posesión ancestral; en parte se acoge a lo dispuesto por la

¹⁷ Sentencia C - 702 de 2010. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁸, que recomienda al Estado el reconocimiento del derecho a la propiedad a una comunidad indígena, porque existe un derecho de propiedad comunal sobre esas tierras, derechos reconocidos por el uso y la ocupación de largo tiempo en el territorio y el uso no solo de la tierra sino de sus recursos para asegurar la supervivencia física y cultural de la comunidad indígena. Tanto es así que el Estado debe limitar el territorio que abarcan los derechos de propiedad de la comunidad, obligación que debe darse de manera armónica con la comunidad y consistente con sus prácticas de uso de la tierra.

Mediante estos pronunciamientos la Corte Constitucional determina los parámetros que hacen de la consulta previa un derecho fundamental para las comunidades étnicas nacionales, ya que garantiza su integridad étnica, encuentra y refleja el carácter pluriétnico y

¹⁸ La Corte Constitucional destaca en esta sentencia el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni Vs. Nicaragua (2001) Corte Interamericana de Derechos Humanos. También cabe destacar el caso de la Comunidad SURINAME Vs. SAMARAKA, (2007) Corte Interamericana de Derechos Humanos.

multicultural de la nación el cual esta protegido en la Constitución Política y garantiza el derecho a la subsistencia de los grupos étnicos, reconociendo que la propiedad de la tierra no por el título reconocido por la autoridad estatal, se enmarca por el uso y ocupación continua de los territorios o su posición ancestral.

La consulta previa se presenta en dos casos a saber: cuando se requiere o no se requiere licencia, frente a este último se presentan una serie de fases establecidas a lo largo de la normatividad y de la jurisprudencia, las cuales son: La etapa previa de verificación de presencia de grupos étnicos, la primera de información y socialización; segunda, la identificación de impactos, medidas de manejo, mitigación y corrección y/o compensación y por último la evaluación y seguimiento¹⁹. Es aquí en donde la jurisprudencia logra establecer dos pilares básicos en el procedimiento: por un lado, el conocimiento del proyecto y

no solo del proyecto, también de su ejecución y, por otro lado, la participación real de la comunidad vista a través del principio de la buena fe, porque busca que los procesos no sean manipulados, deben ser presentados de manera clara a las comunidades con acceso a información suficiente y oportuna.

Dentro de las mencionadas fases de desarrollo de la consulta previa, se debe hacer énfasis a la etapa previa, de verificación de la presencia de grupos étnicos, en donde lo primero que se debe solicitar es la certificación acerca de si existen o no comunidades étnicas en la zona, quien expide la certificación es el Ministerio del Interior, aquí es donde se presentan muchos problemas porque el Ministerio aun tiene bases de datos desactualizadas frente a las comunidades que habitan la zona, desde el inicio se encuentran problemas como de a quien se debe consultar, como se muestra la sentencia T – 693 de 2011. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Frente al tema presenta lo siguiente: “(...) *El Ministerio del Interior alega que certificó que no*

¹⁹ Cartilla de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia. (2006) *La consulta previa para proyectos de exploración de recursos naturales*. P. 4 al 17.

existían comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto con fundamento en una comunicación que indicaba esto, proveniente de la alcaldía de Puerto López. Para la Sala este no es un argumento de recibo, pues la función del Ministerio es verificar la presencia de comunidades en el área de influencia de un proyecto, lo que significa, como bien lo señala el profesor Herinaldy Gómez de la Universidad del Cauca, “una constatación empírica que debe desarrollarse en campo con el fin de establecer de la manera más directamente posible la existencia o no de tales comunidades.” Además, como también afirma el profesor, esa verificación no se debe agotar “en la presencia física o en la residencia, sino en el desarrollo actual y regular de prácticas tradicionales de supervivencia o simbólicas, tales como la caza, la pesca, la recolección de frutos, la práctica de rituales, entre otras más. (...)”²⁰, es así como termina siendo la empresa la que establece las comunidades que hacen parte de la zona a explorar.

²⁰ Sentencia T – 693 de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Frente a este tema también se refiere Rodríguez (2009) de la siguiente manera: “(...) Una manera de solucionar los escollos que se presentan con relación a las certificaciones sobre la existencia de estas comunidades es que las instituciones competentes cuenten con información suficiente y clara acerca de la existencia de territorios donde habitan estas comunidades en las diferentes zonas del país. No deben presentarse dudas, y las bases de datos deben ser sólidas y ofrecer seguridad tanto para las comunidades como para los dueños de los proyectos sobre su existencia. (...)”

“(...) Por eso, de ser necesario, el Ministerio del Interior y de Justicia debe ir a las zonas, y no se debe continuar otorgando certificaciones simplemente con la verificación de esta información con pruebas aéreas recogidas en un sobrevuelo, se requiere de información certera recogida en visitas de campo y con cartografía, con un sistema de georreferenciación y bases de datos que faciliten el proceso de certificación de la

presencia de pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas. (...)”²¹.

En la primera y segunda fase del proceso, se debe exponer el proyecto a la comunidad en su totalidad, es difícil explicar los proyectos, obras o actividades porque la cosmovisión de las comunidades es muy diferente a la que se presenta en la actualidad, así que el proceso que se debe hacer es mucho más expedito y complicado, todo esto para que se logre la finalidad de la consulta previa, cabe recordar que aquí primero se les debe explicar que es la consulta previa y luego si la obra, plan o proyecto a realizar en la zona, atendiendo en este punto al principio de la buena fe y buscando que ellos lo comprendan y participen permanentemente, manifiesten sus observaciones, para posteriormente tomar las decisiones través de sus representantes, decisiones que deben buscar la protección de su identidad

²¹ Rodríguez G. A., (2009). *El papel de la consulta en la pervivencia de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos en Colombia*. El derecho a la Consulta previa en América Latina, Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas. En el otro derecho No. 40. Bogotá D.C. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA. P. 64.

social, cultural y económica. Es un proceso en donde se presenta una disparidad, ya que quienes conocen bien del proceso son la empresa privada, así como lo establece Hernández y Alvarado, (2010) “(...) *Sobre el campo concreto de la ética en el proceso de consulta previa o del que cumpla dicha función es fundamental, dado que corresponde como garante del procedimiento sentar las bases en primera medida, para que las comunidades entiendan los alcances de la consulta previa en el marco jurídico nacional y los instrumentos internacionales que en esta materia se han producido, este primer paso, en algunos casos no suele ser tan indispensable en comunidades en el que el nivel de formación política y organizativa son muy fuertes, pero la realidad es que las asimetrías entre grupos étnicos son enormes, de manera que un primer paso para acortar la descompensación entre comunidad étnica vs. Empresa y/o Estado inmersos en la arena del proceso de consulta, es que cada quien conozca sus derechos y tenga plena conciencia del espíritu de la*

*consulta previa. Un segundo paso, como lo mencionamos en líneas anteriores, implica tomar en serio al otro en sus propios términos, las implicaciones de este postulado son de gran alcance, dado que los fracasos y malestares causados por algunas consultas a grupos étnicos en el país son producto de la no horizontalidad de la relaciones y del no-dialogo intercultural. (...)*²².

Es necesario que las autoridades estatales cumplan las funciones establecidas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para el desarrollo de la consulta previa, se prevé de la siguiente manera: primero la revisión y ponderación de las propuestas que se lleguen a presentar en la ultima fase del proceso, en segundo lugar la protección de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas nacionales y por último la prevalencia del interés general

²² Hernández Almanza R; Salinas Alvarado C. E. (2010). *Consulta Previa: Recorrido introductorio hacia un dialogo intercultural*. Revista Centro de Estudios Políticos. Ministerio del Interior y de Justicia. República de Colombia. P. 8. Recuperado de: <http://www.centrodeestudiospoliticos.com/articulos/2.2.html>. Fecha de consulta: 8 de Agosto de 2012. Hora 5:30 pm.

del Estado colombiano²³. Por lo tanto, el deber de acompañamiento de las autoridades debe estar presente durante todo el proceso, incluyendo el seguimiento de los acuerdos, y debe ser sumamente cuidadoso y riguroso, para no incurrir en violaciones lamentables, no solo para las comunidades sino también para el Estado quien pierde más posibilidades de desarrollo.

De otra parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional precisa que el momento de realizar la consulta previa es en la ejecución de actos que afecten o interesen a las comunidades indígenas que tengan que ver con disposiciones que permitan la exploración y explotación de los recursos naturales, capaces de afectar de manera directa a las comunidades indígenas (se debe precisar que la jurisprudencia de la Corte se hace extensiva a todas las comunidades étnicas nacionales).

La Corte Constitucional a lo largo de la jurisprudencia establece que no es suficiente con la celebración de la

²³ Sentencia T – 547 de 2010, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

consulta previa sino que se tendrá como fin el consentimiento previo, libre e informado, y define de alguna manera, los casos en que es necesario obtenerlo, como cuando sean planes de desarrollo o inversión a gran escala, siempre que sean de mayor impacto social, ambiental y cultural en los territorios de las comunidades étnicas; tal es su impacto que conlleva a una inexistencia de la consulta, también cuando implique un desplazamiento de las comunidades por culpa de la obra, plan o proyecto, o si son proyectos que tienen que ver con el vertimiento de desechos tóxicos. La Corte ha sido enfática al recordar que lo anterior no implica que se constituya el derecho al veto.

También establece que en caso de no existir acuerdo, quien debe adoptar la decisión administrativa es la autoridad ambiental, pero ésta debe ser proporcional a la Constitución Política y su deber de protección de la diversidad étnica y cultural de las comunidades, teniendo en cuenta que las medidas de corrección o restauración de los

impactos sociales, económicos y ambientales que traigan las obras, proyectos, planes o actividades.

Frente al caso Uwa se han evidenciado las diferentes posturas de las altas cortes en Colombia, sobre la aplicación de la consulta previa. En la sentencia SU 039 de 1997, la Corte Constitucional señaló que cuando se realice la explotación de recursos naturales en territorios indígenas la participación de estas comunidades no solo significa la intervención en la actuación administrativa sino que dados los intereses que ella busca tutelar (integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas), no sólo basta con la información que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales; es necesario que además se entiendan, se presenten fórmulas de concertación con la comunidad y que finalmente ésta se manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconvinción con

dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social, económica. Mientras que la posición que tiene el Consejo de Estado conforme a su providencia del 14 de septiembre de 1995 es que la participación de las comunidades indígenas no equivale a que necesariamente sus representantes expresen su conformidad o asentimiento acerca de las medidas propuestas por cuanto considera que la Ley 21 de 1991, que es la única norma que hace referencia a un acuerdo o consentimiento, no se debe interpretar en términos absolutos.

De tal forma, la consulta previa adquiere un estatus de obligatoriedad en la búsqueda de consensos, cambiando el objeto de la figura, puesto que esta busca implementar procesos de diálogo de buena fe, de acuerdo con Yrigoyen Fajardo (2008) la consulta previa es donde: *“(...) el Estado se obliga a efectuar procesos de diálogo mediados por la buena fe con las comunidades étnicas, antes de adoptar mediadas administrativas o legales que puedan*

afectarles, su objetivo puede ser obtener un acuerdo o el consentimiento, de no lograr acuerdo alguno el estado deberá tomar la decisión mediante un acto debidamente motivado y deberá tener en cuenta el mejoramiento y beneficios de los pueblos indígenas. (...).”²⁴

Mientras que el consentimiento previo, libre e informado hace necesario el consentimiento ya que sin éste no se puede adoptar una decisión, Yrigoyen Fajardo (2008) lo establece de la siguiente manera: *“(...) además de lo mencionado en la consulta previa se debe adoptar la decisión solo con el consentimiento expreso de los pueblos ya que su objetivo es la verdadera garantía de los derechos fundamentales, por lo tanto el estado deberá informarles de manera anticipada tanto los beneficios como los riesgos, para que así los pueblos indígenas expresen*

²⁴ YRIGOYEN FAJARDO, R. Z., (2009) *De la Tutela Indígena a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento*. El derecho a la Consulta previa en América Latina, Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas. En el otro derecho No. 40. Bogotá D.C. INSTITUTO LATINOAMERICANO DE SERVICIOS LEGALES ALTERNATIVOS ILSA. P. Anexo 50, 51 y 52.

*libremente su consentimiento, ya que sin él no se pueden adoptar las actuaciones o medidas. (...)*²⁵.

Es así como se ve reflejada la imposibilidad que tiene el país frente al desarrollo de este mecanismo de participación, ya que para la Corte en su afán de reglamentar el procedimiento no se ha percatado que se excede frente al tema, y esta incluyendo el consentimiento previo, libre e informado como el mecanismo de participación para que se puedan adoptar la decisión, que no es claro frente a la posición de la misma corte la cual establece que en ningún caso se constituye un derecho al veto, pero que si se acoge a este mecanismo, por lo tanto se esta frente a una inseguridad jurídica, tal y como se muestra en el artículo de Alvarado Salinas (2011): “(...) Mientras se terminaba el presente escrito, la Sala Quinta de revisión de la Corte Constitucional profirió un amparo: la Sentencia T-129 de 2011, donde se vuelve a hablar de consentimiento previo, libre e informado; no aclara si

²⁵ *Ibidem*. P. 50, 51 y 52.

ello constituye un veto, al afirmar: [...] En este punto, la corte resalta la necesidad de la discusión no sea planteada en términos de quien veta a quien, sino ante todo se trata de un espacio de disertación entre iguales en medio de la diferencias [...]. (...)”.

“(...) Respetuosamente discrepamos de la anterior afirmación, pues es necesario e ineludible dilucidar el asunto y realizar un acotamiento de este dialogo intercultural, no soslayar el punto, como se hizo dejando la cuestión irresoluta, pues la sala cita nuevamente el caso “Saramaka vs. Surinam” y algunos artículos del Convenio 169 en los que se utiliza el vocablo consentimiento, pero su teología y alcances son muy diferentes de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas, lo que además deviene en una incoherencia semántica y hermenéutica (...)”²⁶.

²⁶ Salinas Alvarado C. E. (2011). *La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia*. Revista Derecho de Estado No. 27. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia. P. 250.

Por último la Corte Constitucional en la sentencia T-348 de 2012, tutela los derechos a la participación, alimentación, trabajo y dignidad humana de una comunidad de pescadores que se vieron afectados, desarrollándolo de la siguiente manera: “(...) De la misma forma, como parte de las decisiones que toma la administración y que afectan las tradiciones y la vida diaria de las poblaciones, el derecho al debido proceso administrativo y el derecho a la participación, obligan a concertar con la comunidad las medidas previas, interinas y posteriores que se adoptarán en el desarrollo de la ejecución del proyecto, encaminadas a proteger sus derechos fundamentales. (...)”

“(...) Es decir, el hecho de que los pescadores no sean parte de una población identificada como indígena o afrodescendiente, no implica una autorización para que las obras de un macroproyecto se realicen ignorando al resto de la comunidad posiblemente afectada. De hecho, por tratarse de obras que pueden afectar el medio ambiente y las prácticas productivas, se

debe garantizar que la comunidad en general y sobretodo del grupo de personas que depende del espacio hídrico para acceder a un ingreso mínimo, tengan conocimiento claro e integral de la obra que se realizar, así como de los efectos positivos y negativos que se prevén, y participen en el diseño de las medidas de mitigación y compensación correspondientes. (...).”

“(...) En este orden de ideas, la Sala advierte que la participación de una comunidad específica no se puede reducir a que la autoridad competente organice reuniones de información o de socialización del proyecto, sino que éstas deben realizarse en coordinación con la comunidad, y deben contener espacios que garanticen efectivamente la participación. En otras palabras, los espacios no deben ser de naturaleza únicamente informativa sino verdaderos espacios de concertación teniendo en cuenta los intereses de la comunidad afectada, y no sólo los del proyecto a realizar. (...).”

“(...) Lo anterior por cuanto se trata de grupos de personas que

permanentemente se dedican a pescar, con el fin de tener la seguridad del alimento y el sustento económico para sus familias, y en ese sentido, el área del mar o la playa que utilizan para pescar se vuelve un espacio vital. Así, el área de pesca y el oficio pesquero están ligados con la soberanía alimentaria de dichas comunidades, razón de más para asegurar su participación en la toma de decisiones y en el diseño de medidas de compensación. (...).”²⁷.

Es necesaria la realización de la consulta previa, siempre que existan afectaciones directas a las comunidades tribales o indígenas, de acuerdo con lo establecido a nivel internacional. En Colombia, se habla acerca de la protección a los diferentes grupos étnicos, de acuerdo con lo establecido en la normatividad nacional, concretamente con la Directiva 01 de 1991 se refiere a: Pueblos indígenas, comunidades negras, afrodescendientes, raizales, palenqueras y al Pueblo Rom. Se definen en nuestro país estos como grupos étnicos nacionales y se establece de tal manera

en virtud a las características presentadas en el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT ratificado por la Ley 21 de 1991, quien establece que: “(...) la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio (...)”; define las pautas para considerar a un pueblo tribal como aquel “(...) cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial (...)”, y a los pueblos indígenas como aquellos que “(...) por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales,

²⁷ Sentencia T-348 de 2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

*económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. (...)*²⁸.

Es decir que en Colombia es potestativo el reconocimiento de estas comunidades lo cual se desprende de su conciencia como pueblo indígena, comunidades negra, afrodescendientes, raizal, palenquera y el rom o gitano, con una inclusión de grupos amplia, se infiere que mas se amplió al querer del convenio, pero que actúa de acuerdo a la dinámica del mismo y mas aun permite la inclusión de todos aquellos grupos que son diferentes a la sociedad mayoritaria del país.

Ahora de acuerdo con el último pronunciamiento de la Corte Constitucional, se dilucida un nuevo ámbito de aplicación de la consulta previa haciéndolo extensivo también a las comunidades que resulten afectadas por megaproyectos que impacten el medio ambiente y que si bien en primera medida no son beneficiarios del derecho a la consulta previa, lo pueden ser

cuando dependen de los recursos del medio ambiente para su subsistencia.

Conforme a lo mencionado, hoy en día la consulta previa en Colombia, se ha convertido en el principal medio para garantizar los derechos, de los cuales ya no son solo titulares los grupos étnicos nacionales, sino también comunidades específicas que desarrollen: *“su oficio diario depende de los recursos naturales dispuestos a su alrededor, como los campesinos y los pescadores, quienes dependen de la tierra y los frutos de ella o de las fuentes hídricas”*, un requisito que en la práctica se daba, ya que las empresas dedicadas a la exploración y explotación de recursos naturales, presentaban a la comunidad en general la obra, actividad o programa de exploración o explotación, sólo que mediante este pronunciamiento lo que se busca es que la participación de las comunidades no étnicas (por decirlo de alguna manera) no sea una participación cualquiera, esta debe atender a la revisión completa de las comunidades que habitan la zona y que, a partir de este momento, la inclusión debe ser en

²⁸ Artículo 1 de la Ley 21 de 1991.

los términos reconocidos por la Corte Constitucional para la consulta previa.

3. CASO COMUNIDAD EMBERA - CATÍO

Se encuentra en la sentencia T-380 de 1993 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, en la cual la organización indígena de Antioquia, en calidad de agente oficioso de la Comunidad Indígena EMBERA-CATIO, interpuso acción de tutela contra la Corporación Nacional de Desarrollo del Chocó (CODECHOCO) y la Compañía de Maderas del Darién (MADARIEN), al considerar que la omisión de la primera y la acción de la segunda vulneran y amenazan los derechos fundamentales de la comunidad indígena a la vida, al trabajo, a la propiedad, a la integridad étnica, cultural y territorial, el derecho a la especial protección del Estado como grupo étnico, los derechos de los niños y los derechos consagrados en tratados internacionales sobre Pueblos Indígenas, particularmente el Convenio 169 de la O.I.T. ratificado por la ley 21 de 1991.

En esta ocasión, la Corte Constitucional resguardó a la comunidad Embera-Catío frente a la explotación de recursos naturales en su territorio señalando que la comunidad indígena es un sujeto de derechos fundamentales dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, separando los derechos colectivos de los derechos de los pueblos indígenas, señalando que los primeros son objeto de protección mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes y los derechos de los pueblos indígenas por su singularidad propia dado el reconocimiento expreso que la Constitución hace a "la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana" (CP arts. 1 y 7), pueden ser objeto de protección a través de la acción de tutela, abriendo así de forma expresa el reconocimiento de la protección especial de los pueblos indígenas y su protección a través de esta acción, la cual se consolidó en la sentencia SU- 039 de 1996 y la T- 625 de 1998.

4. CONCLUSIONES

- A nivel internacional se inicia la aplicación del procedimiento de la Consulta Previa, pero no se obliga a la búsqueda del consentimiento es mediante los pronunciamientos de la Corte Constitucional en donde se establece que el Estado debe buscar por todos los medios el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos, frente a las medidas que puedan afectar directamente sus intereses.

- De acuerdo con el último pronunciamiento de la Corte Constitucional se amplían los titulares del derecho a la consulta previa, lo cual generara más traumatismos frente a este proceso y retardos en los proyectos de exploración y explotación minera, teniendo en cuenta que es uno de los pilares de desarrollo industrial actual.

- Frente al procedimiento actual de la consulta previa, quienes se sujetan a lo establecido en la normatividad vigente, se están viendo sometidos a una inseguridad jurídica, todo esto frente al

ofrecimiento de un país que pretendía impulsar su desarrollo a través de una locomotora minero energética, y para la cual no se esta preparado, en parte por la falta de visión frente al país que se quiere, porque hasta el momento no se ha definido como un país proteccionista del medio ambiente o preocupado por el desarrollo industrial, viéndose sometido a varios problemas durante el desarrollo del procedimiento, el cual de acuerdo con la Corte Constitucional debe respetar los tiempos de las comunidades, así que no se puede definir un término o cualquier tipo de coerción monetaria o sancionatoria que limite los tiempos de las mismas.

- Si bien la Corte Constitucional ha establecido unas líneas a través de las cuales se deben realizar la consulta previa, subsiste la necesidad de plasmar una regulación en donde se establezca unas normas específicas e integrales que desarrollen este mecanismo como instrumento que garantiza el derecho de participación y diversidad étnica y cultural; por que estando de acuerdo con la Corte Constitucional, se esta frente a

un derecho fundamental, por lo que es claro que se debe llevar a cabo mediante una ley estatutaria que presente la consulta previa como el mecanismo de participación, que busca no solo el cumplimiento de un requisito formal para la elaboración de una obra, actividad o proyecto de exploración o recursos naturales, sino que se tenga claro que la finalidad del mismo, es lograr un consenso con las comunidades étnicas nacionales que habitan la zona, que implica no solo el obtener participación económica de los resultados del proyecto, sino que a su vez obtengan resultados que beneficien a las comunidades en su cosmogonía y futuro sostenible de las tradiciones de las cuales hacen parte.

- Se continúan teniendo problemas frente a la etapa previa del procedimiento de Consulta Previa, lo que demuestra esta situación es la pasividad y falta de voluntad política y desde el ejecutivo, frente a un problema como lo es la caracterización de todos los grupos étnicos que habiten una zona, pero que además en la actualidad dilata

mas el proceso y probablemente no va a permitir el desarrollo industrial y por ende económico que tanto espera el gobierno.

- La consulta previa no debe ser captada como un mal instrumento, es al contrario un excelente mecanismo que permite la mejoría de las comunidades étnicas nacionales, que busca que todos los ciudadanos como Estado ganen y las empresas privadas que llevan a cabo estos procesos, son consientes de la necesidad de su realización y para ellos es importante también, contar con instrumentos confiables y seguros para su realización, ya que ellos tienen proyectos para mantener su estabilidad económica y lo que menos quieren es que los vean sometidos a procesos judiciales o de tutela en donde se desprestigie su nombre y por ende pierdan inversionistas y acciones. Es así que la consulta previa pide a gritos una regulación en nuestro país, una regulación seria y que presente las posibilidades de este proceso.

BIBLIOGRAFÍA

- Fierro Morales J., (2011). Políticas mineras en Colombia. Instituto Latinoamericano para una sociedad y un derecho alternativos. Bogotá D.C. Editorial Textos de aquí y ahora.
- Hernández Almanza R. y Salinas Alvarado C. E. (2010). *Consulta Previa: Recorrido introductorio hacia un dialogo intercultural*. Revista Centro de Estudios Políticos. Ministerio del Interior y de Justicia. Republica de Colombia.
- Rodríguez Garavito, C., (2010), La consulta previa a pueblos indígenas, Los estándares del derecho internacional, Colección Justicia Global, Bogotá. Universidad de los Andes.
- Roldán Ortega, R y OTROS, (2008) La consulta previa: Instrumento de democracia y desarrollo sostenible. Documento de Trabajo No. 5, Santa fe de Bogotá. Centro de Documentación Europeo.
- Salinas Alvarado, C. E. (2011), La consulta previa como requisito obligatorio dentro de tramites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia. Bogotá D.C., Revista Derecho del Estado No. 27. Universidad Externado de Colombia.
- Uribe Botero, Á, (2005), Petróleo, economía y cultura. El caso Uwa. Bogotá D.C. Universidad del Rosario.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL

- Sentencia T-428 de 1992.
- Sentencia T-188 de 1993.
- Sentencia SU-039 de 1997.
- Sentencia T-625 de 1998.
- Sentencia T- 652 de 1998.
- Sentencia SU-383 de 2003.
- Sentencia T-955 de 2003.
- Sentencia C-030 de 2008.
- Sentencia C-175 de 2009.
- Sentencia T-769 de 2009.
- Sentencia T-745 de 2010.

- Sentencia C-702 de 2010.
- Sentencia T-129 de 2011.
- Sentencia T- 698 de 2011.
- Sentencia C-366 de 2011.
- Sentencia T-244 de 2012.
- Sentencia C- 317 de 2012.
- Sentencia T-348 de 2012.

CONSEJO DE ESTADO

- Consejo de Estado. Sentencia 673 de 1997.
- Consejo de Estado. (1999) Rad. 5091.

CORTES INTERNACIONALES

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007).

DOCUMENTOS

- Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia Capítulo X. Los Derechos de los indígenas de 1999.

- Cartilla Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia. (2006) La consulta previa para proyectos de exploración de recursos naturales.

- El derecho a la Consulta previa en América Latina, Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas. (2009) En el otro derecho No. 40. Bogotá D.C. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA.

- Dirección Nacional de Planeación. (2010). Aspectos básicos grupo étnico indígenas.

INTERNET

- <http://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=CpCS1dVTQf4%3D&tabid=273>. Fecha de consulta: 27 de Julio de 2012. Hora: 11:00 PM.

- <http://www.centrodeestudiospoliticos.com/articulos/2.2.html>, 8 de Agosto

de 2012. Hora: 5:30 pm.