

**OBLIGATORIEDAD DE LA CONSULTA PREVIA AL OTORGAMIENTO DE LA
LICENCIA AMBIENTAL QUE AUTORIZA LA EXPLORACION Y EXPLOTACION
DE RECURSOS MINEROS EN TERRITORIOS INDIGENAS
_ LINEA JURISPRUDENCIAL _**

YANETH ALEXIS CARLOSAMA JACANAMIJOY

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO
2012**

**OBLIGATORIEDAD DE LA CONSULTA PREVIA AL OTORGAMIENTO DE LA
LICENCIA AMBIENTAL QUE AUTORIZA LA EXPLORACION Y EXPLOTACION
DE RECURSOS MINEROS EN TERRITORIOS INDIGENAS
_ LINEA JURISPRUDENCIAL _**

YANETH ALEXIS CARLOSAMA JACANAMIJOY

**Trabajo de grado para optar al título de Especialista en Derecho
Administrativo**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO
2012**

NOTA DE RESPONSABILIDAD

Las ideas y conclusiones aportadas en el siguiente trabajo de grado, son responsabilidad exclusiva de su autor.

Artículo 1º del Acuerdo No 324 de 11 de octubre de 1966, emanado del Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

NOTA DE ACEPTACIÓN:

Asesor: Dr.

Jurado 1: Dr.

Jurado 2: Dr.

Pasto, junio de 2012

RESUMEN

La presente línea jurisprudencial está orientada a determinar la obligatoriedad de la consulta previa al otorgamiento de licencia ambiental que autoriza la exploración y explotación de los recursos mineras en territorios indígenas. El Convenio 169 de la OIT, ratificado por la Ley 21 de 1991 reconoce el derecho a la consulta previa que tienen los pueblos indígenas a fin de garantizar la integridad étnica y cultural, como medio para garantizar su pervivencia como grupos humanos distintos dentro de los respectivos Estados y de manera especial se refiere a la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que las afectan relativas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios

ABSTRACT

This line of jurisprudence is aimed at determining the obligation of prior consultation of the environmental licensing authorizing exploration and exploitation of mining resources in indigenous territories. The ILO Convention 169, ratified by Law 21 of 1991 recognizes the right to prior consultation with indigenous peoples to ensure ethnic and cultural integrity as a means to ensure their survival as distinct human groups within the respective States and especially refers to the participation of indigenous communities in decisions that affect them for the exploitation of natural resources in their territories

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	11
1. CONTEXTUALIZACIÓN	12
1.1. LOS PUEBLOS INDÍGENAS	12
1.2. PUEBLOS INDÍGENAS Y TERRITORIO	12
1.3. TERRITORIOS INDÍGENAS Y CONFLICTOS AMBIENTALES	13
1.4. CONSULTA PREVIA	14
2. METODOLOGIA	19
2.1. PUNTO ARQUIMÉDICO DE APOYO.	19
2.2. INGENIERÍA DE REVERSA	20
2.3. LA TELARAÑA Y LOS PUNTOS NODALES	20
3. ANALISIS ESTATICO JURISPRUDENCIAL	21
3.1. SENTENCIA No. T – 380 de 1993.....	21
3.1.1. Hechos.....	21
3.1.2. Pretension.....	21
3.1.3. Fallo de primera instancia.....	21
3.1.4. Fallo de segunda instancia.	22
3.1.5. Consideraciones de la corte.....	22
3.1.6. Decisión.....	23
3.2. SENTENCIA SU – 039 DE 1997.....	23
3.2.1. Hechos	23
3.2.2. Pretensiones.....	24
3.2.3. Fallo de primera instancia.”.....	24
3.2.4. Fallo de segunda instancia..	24
3.2.5. Consideraciones de la corte..	24
3.2.6. Decisión	26
3.3. SENTENCIA T - 880 DE 2006	26

3.3.1. Hechos.....	26
3.3.2. Pretensiones	27
3.3.3. Fallo de primera instancia.....	29
3.3.4. Fallo de segunda instancia.	29
3.3.5. Consideraciones de la corte.....	29
3.3.6. Decisión.	31
3.4. SENTENCIA T-769 DE 2009	33
3.4.1. Hechos.....	33
3.4.2. Pretensiones	33
3.4.3. Fallo de primera instancia.	34
3.4.4. Fallo de segunda instancia	34
3.4.5. Consideraciones de la corte.....	35
3.4.6. Decisión	37
3.5. SENTENCIA T – 129/2011	38
3.5.1. Hechos.....	38
3.5.2. Pretensiones	39
3.5.3. Fallo de primera instancia.....	40
3.5.4. Fallo de segunda instancia.	40
3.5.5. Consideraciones.	40
3.5.6. Decisión	42
4. ANÁLISIS DINÁMICO DE JURISPRUDENCIA.....	45
CONCLUSIONES	50
BIBLIOGRAFÍA.....	52

GLOSARIO

Territorio Indígena: son las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena y aquellas que, aunque no se encuentren poseídas en esa forma, constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas y culturales. Decreto 2164 de 1995. Art. 2

Resguardo Indígena: una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva que goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de éste y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio. Además, los resguardos indígenas son propiedad colectiva de las comunidades indígenas en favor de las cuales se constituyen y conforme a los artículos 63 y 329 de la Constitución Política, tienen el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Consulta Previa: es un derecho fundamental destinado a asegurar los derechos de los Pueblos Indígenas, a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, cuando se tomen decisiones que puedan afectarlos. Se fundamenta en el derecho de la participación y el consentimiento previo, libre e informado.

Consentimiento Previo, libre e informado: derecho a dar o no un consentimiento sobre decisiones que afecte los territorios indígenas, sin la ausencia de coacción, presiones exteriores y de cualquier tipo de amenaza, debe ser anterior al inicio del proyecto y debe haber la disponibilidad de información a toda la comunidad.

Licencia Ambiental: Es la autorización que otorga la Autoridad ambiental competente, mediante Acto Administrativo a una persona natural o jurídica, pública o privada, para la ejecución de un proyecto, obra o actividad que conforme a la ley y a los reglamentos, puede producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje y en la que se establecen los requisitos, obligaciones y condiciones que el beneficiario de la Licencia Ambiental debe cumplir para prevenir, mitigar, corregir, compensar y manejar los efectos ambientales del proyecto, obra o actividad autorizada.

Plan de manejo Ambiental: Es el documento que producto de una evaluación ambiental establece, de manera detallada, las acciones que se implementarán para prevenir, mitigar, corregir o compensar los impactos y efectos ambientales negativos que se causen por el desarrollo de un proyecto, obra o actividad. Incluye los planes de seguimiento, monitoreo, contingencia y abandono según la naturaleza del proyecto, obra o actividad.

Contrato de Concesión Minera: es el contrato que se celebra entre el Estado y un particular para efectuar, por cuenta y riesgo de este, los estudios, trabajos y obras de exploración de minerales de propiedad estatal que puedan encontrarse dentro de una zona determinada y para explotarlos en los términos y condiciones establecidos en el Código de Minas. Comprende dentro de su objeto las fases de exploración técnica, construcción, montaje, explotación económica, beneficio de los minerales por cuenta y riesgo del concesionario y el cierre a abandono de los trabajos y obras correspondientes.

INTRODUCCION

El convenio 169 de la OIT, ratificado por la Ley 21 de 1991, representa para los Pueblos Indígenas de Colombia una herramienta de defensa de los Derechos Fundamentales. La consulta previa a los Pueblos indígenas es uno de los temas más importantes que trae este Convenio.

La necesidad de la consulta previa a los Pueblos indígenas es uno de los temas importantes que trae este convenio. Sin embargo este tema trae diversos escenarios constitucionales. Por ello mediante el presente trabajo pretendo construir una línea jurisprudencial sobre un problema jurídico determinado, para lo cual me planteo la siguiente pregunta: ¿es obligatoria la consulta previa al otorgamiento de licencia exploración y explotación de recursos mineros en territorios indígenas?

Para abordar este tema es importante revisar que ha precisado la normatividad nacional e internacional sobre el tema de la consulta previa, ello a fin de tener un panorama de contenido, procedimiento, alcances, fundamentos y principios de este mecanismo. De esta manera abordar el problema planteado anteriormente.

Para el desarrollo de la línea jurisprudencial utilizaré los pasos propuestos en el Capítulo 5 denominado La línea jurisprudencial: análisis dinámico de los precedentes, del libro Derecho de los jueces del señor Diego Eduardo López Medina.

1. CONTEXTUALIZACIÓN

1.1. LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Los Pueblos Indígenas en Colombia habitan a lo largo y ancho del país, están presentes en 27 de los 32 departamentos y de los 42'090.502 colombianos, 1'378.884 pertenecen a pueblos indígenas, quienes representan el 3.28% de la población.

La Organización Nacional Indígena de Colombia, ONIC, indica que existen 102¹ pueblos indígenas distribuidos regionalmente así: En la región Caribe se encuentran 17 pueblos indígenas, representado en el 29.4% de la población indígena; en la región centro – oriente se encuentra el 5.1% de la población indígena; en la Orinoquía hay 56 pueblos indígenas, representado el 9.9% de la población indígena; en la Amazonía hay 44 pueblos representan el 6.9% de la población; y en la región occidente, 27 pueblos indígenas que representan el 48.1% de los pueblos.

La diversidad de los Pueblos Indígenas de Colombia se refleja en 64 idiomas propios, en sus prácticas culturales tradicionales, sus costumbres y distintas formas de organización.

1.2. PUEBLOS INDÍGENAS Y TERRITORIO

Para los pueblos indígenas el territorio es determinante para la vida, para mantenerse como pueblo. El territorio hace referencia no solo a las áreas utilizadas para vivienda y cultivos, sino también a los lugares sagrados, de cacería, los bosques, lugares de origen. El territorio es un aspecto fundamental para la pervivencia de los pueblos indígenas. En este sentido, los territorios indígenas *son las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena y aquellas que, aunque no se encuentren poseídas en esa forma, constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas y culturales*².

Por lo anterior, *el goce efectivo del derecho colectivo de los pueblos indígenas sobre su territorio, en tanto la estrecha relación que éstos mantienen con el mismo. garantiza su pervivencia física y cultural, la cual debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y el desarrollo autónomo de sus planes de vida*³.

¹ <http://cms.onic.org.co/pueblos-indigenas/>

² Decreto 2164 de 1995. Art. 2. Definiciones. Territorios indígenas.

³ Decreto 4633 de 2011. Art. 9. Derecho fundamental al territorio.

En Colombia, a los pueblos indígenas se les ha reconocido predios mediante la figura jurídica de RESGUARDOS. Los resguardos son definidos como *una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva que goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de éste y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio.*⁴ Además, *los resguardos indígenas son propiedad colectiva de las comunidades indígenas en favor de las cuales se constituyen y conforme a los artículos 63 y 329 de la Constitución Política, tienen el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables*⁵

Sin embargo, los resguardos son solo porciones de los territorios de los pueblos indígenas y esta es la razón por la cual existen Pueblos Indígenas que, a pesar de tener un territorio, no tiene un resguardo. Esta situación genera inicialmente un escenario de inseguridad jurídica con muchas implicaciones para el goce efectivo de sus derechos conexos al territorio. Entre otros ejemplos, los Pueblos Indígenas que no tengan resguardo no son partícipes del Sistema General de Participaciones, no se les reconoce los Cabildos Indígenas, razones de las que se podría inferir que quien tenga un resguardo solo tiene derechos que obligan al Estado, idea totalmente contraria a la protección de derechos de los pueblos indígenas.

1.3. TERRITORIOS INDÍGENAS Y CONFLICTOS AMBIENTALES

Los territorios en donde habitan hoy los Pueblos Indígenas forman parte de territorios ancestrales y en ellos se encuentran gran variedad de recursos naturales y minerales, aspecto que ha generado conflictos ambientales en razón a que empresas privadas, en especial multinacionales, pretenden la extracción de estos recursos naturales y minerales.

Muchas de estas empresas inician la exploración y explotación de los recursos naturales sin la autorización de las autoridades del Estado y mucho menos de los pueblos indígenas que habitan esos territorios. En el caso de minería, la autorización para exploración y explotación la otorga el Ministerio de Minas y Energía, a través de una concesión minera.

Además, es inquietante que sólo la autoridad minera pueda dar la autorización de prospección sin hacerse consulta previa a pueblos indígenas ni a la autoridad ambiental. El art. 201 del Código minero dice que “la prospección no requiere autorización o permiso de autoridad ambiental alguna. Por otra parte, la misma constitución en el parágrafo del art 330 menciona que: “*La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la*

⁴ Decreto 2164 de 1995. Art. 21. Naturaleza jurídica de los resguardos indígenas

⁵ Decreto 2164 de 1995. Art. 21. Naturaleza jurídica de los resguardos indígenas

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". El art. 76 de la Ley 99 de 1993 menciona que "La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades".

Pese a lo anterior, el decreto 1320 de 1998 genera, más allá de los propios conflictos jurídicos en razón a que el Consejo de Estado no declaró la nulidad absoluta del decreto frente a la demanda de nulidad contra el decreto presentada por el pueblo indígena U'wa ante la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera del Consejo de Estado, por lo tanto, el mismo sigue vigente y la Corte Constitucional ha mencionado que se debe inaplicar, pues genera graves consecuencias como los conflictos ambientales que van en detrimento de las garantías de derechos de los pueblos indígenas, al respecto el relator de la ONU también hizo recomendaciones para inaplicar el decreto.

Esta situación deja a los pueblos indígenas en grave riesgo para la pervivencia y subsistencia, pues el daño ambiental que producen las exploraciones al territorio, el no respeto de la autonomía de los pueblos indígenas y los impactos sociales que genera la actividad económica de las empresas como la presencia de grupos armados legales e ilegales, el desplazamiento, la violación de los derechos humanos, la pérdida de la integridad étnica y cultural, llevan a la extinción de los Pueblos Indígenas de Colombia.⁶

1.4. CONSULTA PREVIA

Los pueblos indígenas en Colombia antes de la Constitución de 1991 eran invisibles en el panorama político y constitucional. Las pocas normas que los mencionaban: Ley 89 de 1890 y la ley 20 de 1975 los consideraban como salvajes o como sujetos de evangelización, nada más. Escenario que permitió que los pueblos indígenas sufrieran los continuos ataques a la identidad colectiva mediante la eliminación física o la asimilación cultural.⁷

Con la constitución de 1991 y el reconocimiento del pluralismo étnico y cultural, se ha dado lugar a la creación y sistematización de un cuerpo normativo diseñado para el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas.

En el ámbito interno, la Constitución de 1991 contiene una serie de normas que dan un verdadero régimen constitucional de derechos de los pueblos indígenas,

⁶ http://issuu.com/adminonic/docs/palabra_dulce_aire_de_vida

⁷ <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/libros/nm/z7/ZonaSiete01.html>

adicionalmente a esto, el consenso en torno a la importancia de reconocer el derecho de los pueblos indígenas se refleja en la incorporación dentro del denominado “bloque de constitucionalidad” de tratados y convenios internacionales que protegen sus derechos.

Dentro de estos instrumentos, el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, ha jugado un papel determinante en la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Hace cerca de 21 años el Convenio 169 de la OIT fue ratificado por el Congreso de la República por medio de la Ley 21 de 1991 y la trascendencia de este instrumento para el avance de la comprensión pluriétnica de nuestro país se ha visto reflejado en la resolución de casos concretos por parte de la Corte Constitucional.

En efecto, la Corte Constitucional ha mencionado que el Convenio 169, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales, propende por garantizar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para garantizar su pervivencia como grupos humanos distintos dentro de los respectivos Estados y de manera especial se refiere a diferentes articulados que apuntan a asegurar la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que las afectan relativas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios, así:

“Artículo 5o. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

“a) Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

b) Deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;

c) Deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.”

“Artículo 6o. 1.- Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

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

“(…)”

“2.- Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”

Artículo 7: 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. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.”

(...)

“Artículo 15. 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”.

“2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tengan derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán de participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

“Con fundamento en los artículos 40-2, 330 párrafo de la Constitución y las normas del Convenio 169 antes citadas, estima la Corte que la institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar:

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

b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como 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.

c) Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.

“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 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.

“No tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices antes mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta se manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica.”⁸

Pese a lo anterior, el 13 de julio de 1998 el gobierno del Señor Presidente Ernesto Samper Pizano, expide el Decreto 1320, por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio, que a la luz del movimiento indígena colombiano desconoce de manera flagrante los derechos integrales garantizados por el Convenio 169, afectando particularmente los derechos territoriales, culturales, sociales y económicos de los pueblos indígenas.

Sobre este decreto, la Corte Constitucional en Sentencia T- 652 de 1998, ha ordenado a diversos ministerios inaplicar el Decreto 1320 de 2008 pues considera que esta norma es contraria a la Constitución y a las normas incorporados al derecho interno por medio de la ley 21 de 1991. El mismo decreto fue objeto de

⁸ Corte Constitucional. SU-039 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz

acción de nulidad ante el Consejo de Estado y pese a considerar jurisprudencia propia y de la Corte Constitucional sobre la materia, este organismo por sentencia de mayo 20 de 1999, Radicado 5091, declaró su legalidad.

En el ámbito internacional, la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT) presentó a la Oficina Internacional del Trabajo⁹ una reclamación en la que alega que el Gobierno de Colombia no ha adoptado medidas satisfactorias para la aplicación del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales al promulgar el decreto núm. 1320 de 1998 sobre la consulta previa, al construir la carretera Troncal del Café que atraviesa la comunidad indígena de Cristianía sin haber consultado previamente con la comunidad interesada, y al expedir una licencia para actividades de explotación petrolera a la empresa Occidental de Colombia sin haber realizado la consulta previa requerida con el pueblo indígena U'wa.

Sobre la promulgación del decreto 1320 de 1998 el Consejo de Administración recomendó al Gobierno colombiano modificar el decreto núm. 1320 de 1998 *para ponerlo de conformidad con el Convenio, en consultación y con la participación activa de los representantes de los pueblos indígenas de Colombia, en conformidad con lo dispuesto en el Convenio.*¹⁰

Este escenario último permite entrever una serie de vacíos en la aplicación de la consulta previa respecto la función garantista que impone al Estado el Convenio 169 O.I.T y se evidencia con claridad un déficit de garantías en cuanto el Convenio impone tomar medidas de protección colectiva para los pueblos indígenas.

⁹ Comunicación recibida en la Oficina Internacional del Trabajo el 5 de noviembre de 1999

¹⁰ <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/pdconvs2.pl?host=status01&textbase=ilospa&document=48&chapter=16&query=Colombia%40ref&highlight=&querytype=bool&context=0>

2. METODOLOGIA

La metodología que utilice para desarrollar la línea jurisprudencial es la descrita por Diego López Medina en el Capítulo V en el libro El derecho de los jueces.

Diego Eduardo López Medina plantea que el problema jurídico es la pregunta que encabeza la línea de jurisprudencia, en tal sentido, inicie planteando la pregunta ¿es obligatoria la consulta previa al otorgamiento de licencia ambiental cuando se va autorizar la explotación de recursos mineros ubicados en territorios indígenas? Posteriormente, aplique la técnica de investigación presentada por el autor en el texto en mención que comprende tres pasos que ha denominado así:

1. El punto Arquimédico de apoyo
2. Ingeniería de Reversa
3. La telaraña y los puntos modales de la jurisprudencia.

Para llegar a la pregunta de investigación planteada corte en el tema de consulta previa, libre e informada en el caso exploración y explotación de recurso naturales en territorios indígenas, me presentó nuevas dificultades porque la Corte Constitucional colombiana tiene muchas decisiones donde se pronuncia sobre este tema de consulta previa y la afectación y la afectación de recursos naturales, entre ellos están los proyectos, las obras, construcciones, actos administrativos y todos ellos tenían que ver con afectación de recursos naturales.

Planteado el problema jurídico, debemos esboce las dos posibles respuestas que la Corte podría dar al problema jurídico planteado (dos posibles extremos de la solución) 1. La consulta previa, libre e informada es obligatoria cuando se van a explorar y explotar recursos naturales en territorios de los pueblos indígenas en Colombia 2. La consulta previa, libre e informada no es obligatoria cuando se van a explorar y explotar recursos naturales en territorios de los pueblos indígenas en Colombia.

2.1. PUNTO ARQUIMÉDICO DE APOYO.

Posteriormente, ubique la sentencia de la Corte Constitucional más reciente donde la corporación se pronuncia sobre la pregunta de investigación a resolver, para la ubicación de la sentencia me apoye en la página Web de la Corte Constitucional www.corteconstitucional.gov.co, busque por los siguientes descriptores: consulta previa, exploración, explotación, recursos mineros, licencias ambientales, pueblos indígenas y territorios indígenas.

La sentencia T- 129 de 2011, está sentencia me sirvió de apoyo fáctico para analizar las demás sentencias con las que pretendía dar respuesta al problema jurídico planteado.

2.2. INGENIERÍA DE REVERSA

Realice el estudio de la estructura de las citas del punto arquimédico, pero antes de ellos hice una lista de las citas jurisprudenciales que contenía la sentencia arquimedica. En el análisis profundo de las sentencias, iba revisando las nuevas citas jurisprudenciales, hasta conformar el nicho citacional.

2.3. LA TELARAÑA Y LOS PUNTOS NODALES

Luego de construido el nicho citacional, analice y estudie detenidamente las sentencia que daban respuesta al problema jurídico planteado, éstas sentencias fueron las sentencias T - 380/93, SU - 039/93, T-880/06 y T-769/09.

La consulta previa, libre e informada aparece desarrollada directamente en 49 sentencias emitidas en el periodo de septiembre de 2003 y marzo de 2011. De las sentencias estudiadas cuatro analizan el problema de la consulta previa, libre e informada en el caso de exploración y explotación de recursos minerales en territorios indígenas. Las otras sentencias hacen referencia al tema de consulta previa, libre e informada cuando se han tomado medidas legislativas; construcción de obras tales como carretera, represas, hidroeléctricas.

No tuve en cuenta las sentencias Tipo C porque resolvían problemas sobre medidas legislativas, sentencias tales como la C-418/02 y la C-891/02.

3. ANALISIS ESTATICO JURISPRUDENCIAL

En este aparte se abordara cinco sentencias las cuales han sido objeto de estudio, de la línea jurisprudencial en mención propuesta al inicio del presente ensayo, estas decisiones judiciales constituyen la línea. Para ello presentaré los hechos, pretensiones, fallo de primera instancia, fallo de segunda instancia, consideraciones de la Corte y la decisión tomada.

3.1. SENTENCIA No. T – 380 de 1993

MAGISTRADO PONENTE: Eduardo Cifuentes Muñoz.

3.1.1. Hechos. “La Organización Indígena de Antioquia - OIA, por intermedio de apoderado y en calidad de agente oficioso de la Comunidad Indígena EMBERCATIO de Chajeradó, Municipio de Murindó, Departamento de Antioquia, interpuso acción de tutela contra la Corporación Nacional de Desarrollo del Chocó (CODECHOCO) y la Compañía de Maderas del Darién (MADARIEN), por considerar que la omisión de la primera y la acción de la segunda vulneran y amenazan los derechos fundamentales de la comunidad indígena, entre ellos los derechos 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”.

3.1.2. Pretensión. El peticionario pretende se conmine a los demandados al respeto de los derechos fundamentales amenazados y se ordene la condena solidaria a la reparación del daño causado, esto es, el pago del estudio del impacto ambiental y cultural causado por la extracción maderera en la zona de Chajeradó y a la financiación del Plan de Manejo que se disponga para la reparación del daño ocasionado. En ese sentido pide se vincule al INDERENA y a la Universidad Nacional de Colombia, seccional Medellín, en calidad de ejecutores del estudio y asesores del plan.

3.1.3. Fallo de primera instancia. La tutela fue conocida por el Juzgado Tercero Agrario del Circuito Judicial de Antioquia, quien concedió la tutela aduciendo que existe una amenaza latente contra los derechos fundamentales de la comunidad indígena, como consecuencia del daño al medio ambiente y los perjuicios que aún están por producirse, circunstancia que hace procedente la tutela con miras a evitar un perjuicio irremediable.

3.1.4. Fallo de segunda instancia. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, revocó el fallo de la primera instancia por improcedente, al considerar que el daño se encontraba consumado y que los afectados disponen de otros medios de defensa judicial para exigir el resarcimiento o indemnización correspondiente, previa a la demostración de responsabilidad.

3.1.5. Consideraciones de la corte. La Corte Constitucional indica inicialmente que la explotación de los recursos naturales en territorios indígenas plantea un problema constitucional que implica la protección especial que el Estado debe prestar para que las comunidades étnicas conserven su identidad cultural, social y económica.

Para resolver esta tensión entre la razón económica y la razón cultural, debe contemplarse el criterio del Desarrollo económico sostenible y condiciona “la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas a que esta se realice sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas” (parágrafo, art 330 de la C.P.C.).

Continúa la Corte mencionando que la Constitución Política al “reconocer la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana”, les reconoció a los pueblos indígenas personería sustantiva, lo cual les reconoce estatus para gozar de derechos fundamentales y exigirlos, por ellos mismos, cada vez que sean violados.

Consecuente con lo anterior, las comunidades indígenas son titulares de diversos derechos fundamentales, entre otros, el derecho a la propiedad colectiva de los resguardos que comprende la propiedad colectiva de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales renovables existentes en su territorio.

En tal sentido, la Corte señala que la prevalencia de la integridad cultural, social y económica de estas comunidades sobre la explotación de recursos naturales en sus territorios – la que solo es posible si media autorización previa del Estado (CP art. 80) y de la comunidad indígena (CP art. 330-), se erige en límite constitucional explícito a la actividad económica de la explotación forestal”. (negrillas fuera del texto).

Respecto al derecho de propiedad colectiva de los recursos naturales renovables que se encuentran en sus territorios, no otorga la facultad absoluta a los representantes de dichas comunidades para disponer libremente de ellos.

Los estados han acordado instrumentos internacionales que, entre otras cosas, reconocen la importancia de los pueblos y comunidades indígenas en la ordenación del medio ambiente y el desarrollo debido a su conocimiento y prácticas tradicionales.

La Corte manifestó que es procedente la acción de tutela para el caso en estudio la omisión de la función estatal de restauración del medio ambiente gravemente alterado mediante la amenaza de vulneración de los derechos fundamentales a la vida y forzada de la comunidad indígena Emberá- Catío.

3.1.6. Decisión:

- La Corte concede la tutela solicitada en consecuencia ordena a CODECHOCO realice las actuaciones necesarias para restaurar los recursos naturales afectados por el aprovechamiento forestal ilícito y, luego de la cuantificación de los daños causados, ejerza contra los particulares presuntamente responsables las acciones judiciales enderezadas a exigir su reparación, sin perjuicio de las que eventualmente instaure la comunidad lesionada o sus miembros

- En segundo lugar ordena prevenir a las autoridades públicas y a los particulares para que en la explotación de los recursos naturales renovables se abstengan de realizar cualquier acción que, con violación de las normas constitucionales y legales, destruya o amenace destruir el ecosistema en la zona del resguardo indígena Emberá-Catío del río Chajeradó.

3.2. SENTENCIA SU – 039 DE 1997

MP. ANTONIO BARRERA CARBONELL

3.2.1. Hechos. El Defensor del Pueblo Jaime Córdoba Triviño, en representación de varias persona integrantes de grupo étnico indígena U'wa localizados en los departamentos de Boyacá, Norte de Santander, Santander, Arauca y Casanare, presentó acción de tutela contra del Ministerio de Medio Ambiente y la Sociedad Occidental de Colombia, por estimar que el Ministerio de Medio Ambiente expidió la resolución No. 110 el 3 de febrero de 1995 sin el cumplimiento del requisito de la participación y consulta de la comunidad U'wa, acto administrativo mediante la cual le otorgó licencia ambiental a la Sociedad Occidental de Colombia, Inc.¹¹ para adelantar exploraciones sísmicas, en desarrollo del proyecto conocido como "EXPLOTACION SISMICA BLOQUE SAMORE", con una extensión aproximada de 208.934 hectáreas, dentro de la cual se encuentran resguardos indígenas y parques naturales. Con el otorgamiento de la licencia se violaron los siguientes derechos contenidos en la Constitución Política de 1991: derecho a las minorías étnicas, derecho al territorio, derecho a la autodeterminación, derecho a los recursos naturales y a los beneficios de sus explotación, derecho a la lengua, derecho a la cultura étnica, derecho a seguir viviendo y trabajar en el país,

¹¹ La Sociedad Occidental de Colombia celebro un contrato de Asociación con Ecopetrol para la explotación de hidrocarburos en el país

derecho a la participación social y comunitaria. (Art. 7, 286, 329, 357, 330, 10, 70, 95-8, 72, 40, 79 de la Constitución Política de 1991)

3.2.2. Pretensiones.

a) Se ordene la inaplicación de la resolución No. 110 del 3 de febrero de 1995, "por la cual se otorga una licencia ambiental", expedida por el Ministerio del Medio Ambiente.

b) Se ordene al Ministerio del Medio Ambiente y Sociedad Occidental de Colombia, Inc., iniciar, desarrollar y ejecutar todas las diligencias, actividades y procedimientos necesarios para llevar a cabo el proceso de consulta previa con la comunidad U'WA.

c) Se ordenen las medidas pertinentes para la efectiva protección de los derechos fundamentales.

d) Si la tutela prospera, se ordene la creación de un Comité Interinstitucional, con representación de las partes, los entes gubernamentales competentes, la sociedad civil y los órganos de control del Estado, para asegurar el cumplimiento del fallo de tutela, sin perjuicio de la competencia del juez de tutela.

3.2.3. Fallo de primera instancia. El Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, concedió la tutela, en forma transitoria, en el sentido de que "es inaplicable tanto en lo jurídico como en lo práctico la mencionada resolución 110 en cuanto atañe a territorios indígenas ocupados por el pueblos U'wa", en tanto no se cumpla el proceso de consulta de dicha comunidad en debida y legal forma".

3.2.4. Fallo de segunda instancia. La Corte Suprema de Justicia revocó la decisión del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, por considerar que le corresponde a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa pronunciarse sobre la resolución objeto de tutela, jurisdicción ante la cual el Defensor del Pueblo instauró acción de nulidad.

3.2.5. Consideraciones de la corte. La Corte plantea que hay un conflicto entre la explotación de recursos naturales en territorios indígenas y la protección especial que el Estado debe otorgar a las comunidades indígenas a efectos de que conserven su integridad étnica, cultural, social y económica.

La explotación de recursos naturales en territorios indígenas hace necesario armonizar dos intereses contrapuestos: el desarrollo económico del país que exige la explotación de recursos naturales y la preservación de la integridad

étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas que ocupan dichos territorios.

Al reconocer la Constitución Política de 1991 la diversidad étnica y cultural, se reconoce que “la comunidades indígenas ha dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser sujeto de derechos fundamentales”, en consecuencia, se reconoce la integridad étnica y cultural como un derecho fundamental.

El derecho fundamental de la integridad étnica y cultural se garantiza de otro derecho fundamental como es el derecho de participación de las comunidades en la toma de las decisiones. (Art. 49, numeral 2 de la Constitución de 1991). En tal sentido la consulta es un instrumento básico para preservar la integridad étnica y cultural y por ende la subsistencia del grupo social, no se trata solo de una mera actuación administrativa destinada a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de una licencia ambiental.

El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 C.P.), se consagra también en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación.

El convenio hace alusión a asegurar la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que las afectan relativas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios en los Art. 5; 6; 7; 15, numeral 1 y 2.

La Corte de acuerdo a lo establecido en las normas nacionales e internacionales considera que la institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar:

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

b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como 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.

c) Que se dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierne a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.

También, concluye que 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 la comunidad indígena. En tal sentido tendrá valor de consulta.

Además, deben establecerse 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.

3.2.6. Decisión

La Corte concedió la tutela impetrada, pero se tutelaron los derechos a la participación, a la integridad étnica, cultural, social y económica y al debido proceso de la comunidad U'wa, para lo cual concedió un término de 30 días a partir de la notificación de la sentencia para efectuar la consulta. La Corte también decidió que la tutela concedida sobre el derecho fundamental de la participación de la comunidad U'wa, estará vigente, mientras la jurisdicción de lo contencioso administrativo se pronuncia en relación con la nulidad de la resolución que otorgó la licencia ambiental, en razón de la vulneración de dicho derecho.

3.3. SENTENCIA T - 880 DE 2006

MAGISTRADO PONENTE: ALVARO TAFUR GALVIS

3.3.1. Hechos. Miembros del Pueblo Indígena Motilón Barí, caciques, líderes e integrantes de las distintas comunidades que lo conforman, vecinos de los municipios de Tibú, El Carmen, Teorama, Convención y el Tarra, interpusieron acción de tutela en contra del Ministerio del Interior y Justicia, Ministerio de

Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial, Ministerio de Defensa y la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL S.A.

Lo anterior, por considerar que los actos de certificación emitidos en fechas 10 y 15 de febrero de 2005¹² por la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y Justicia, y la resolución 0624 de 2005¹³ emitida por el Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, violaban los derechos fundamentales a la integridad étnica, social, económica y cultural, a la subsistencia, a no ser sometido a desaparición forzada, malos tratos, derecho a la participación, consulta y debido proceso.

3.3.2. Pretensiones:

“PRIMERO: Se AMPARE O PROTEJA la diversidad étnica y cultural de la comunidad indígena Motilón Barí, que se protejan los derechos al territorio, a la subsistencia, a la vida e integridad personal, a la participación, al debido proceso, a la libertad de circulación y el derecho fundamental a la propiedad, que se estiman fundamentales, no meramente programáticos, sino ciertos, reales y considerados medulares para la supervivencia y el desarrollo socio-cultural de la etnia Motilón Barí como grupo social que merece la especial protección del Estado en los términos de los artículos 1°, 7° y 8° de la C. P. a fin de evitar un perjuicio irreparable e irreversible como es la desaparición del pueblo indígena Motilón Barí.

Como consecuencia de lo anterior y como MEDIDA PROVISIONAL:

PRIMERO: Se ORDENE al Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial, que proceda en forma inmediata a SUSPENDER la aplicación y/o los efectos de la Resolución No 0624 del 16 de mayo de 2005, la cual otorga licencia ambiental para el proyecto Pozo Álamo 1 en territorio indígena.

SEGUNDO: Que, como medida provisional se ORDENE al MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA, DIRECCION DE ETNIAS que en forma inmediata suspenda la aplicación y/o los efectos de la certificación sobre presencia de comunidades indígenas expedida en fecha 10 de febrero de 2005, la cual certifica la no presencia de pueblos indígenas en el área del Pozo Alamo 1, sin consultar con las comunidades y sin las motivaciones y fundamentos necesarios para tomar una decisión tan relevante como es la de determinar la existencia o no de pueblos indígenas.

Como consecuencia de lo anterior:

¹² Estas certificaciones mencionan que NO SE REGISTRAN COMUNIDADES INDIGENAS en el área del proyecto de Perforación del Pozo Alamo 1, y que pueden verse ejecutadas con su ejecución. Estas certificaciones dieron pie a la negación del derecho fundamental de consulta previa de las comunidades Barí.

¹³ a resolución mediante la cual se concedió Licencia ambiental a ECOPETROL para realizar obras civiles, levantar construcciones y en general adelantar trabajos exploratorios en la vereda el Progreso, Corregimiento la Agabarra, Municipio de Tibú, Departamento de Norte de Santander

PRIMERO: Que se ordene a la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL S.A. suspenda la construcción de obras civiles y la ejecución del proyecto de explotación y exploración pozo Álamo 1 en territorio ancestral indígena.

SEGUNDO: Que se ORDENE a todas las autoridades civiles y políticas nacionales, departamentales y municipales ambientales y encargadas de la protección y promoción de los derechos humanos y de asuntos étnicos, a tomar las medidas necesarias para garantizar la protección y realización de los derechos fundamentales tutelados, especialmente el derecho a la vida y el de la integridad física de todas las autoridades tradicionales, accionantes y miembros del pueblo indígena Motilón Barí, los cuales se encuentran siendo vulnerados por la acción de las autoridades públicas ambientales y encargadas de asuntos étnicos en el orden nacional y los cuales se encuentran amenazados por los altos niveles de riesgo que se derivan de la decisión de un pueblo indígena de Oponerse a un Proyecto de Exploración y Explotación de Recursos Naturales en el cual se encuentran inmersos muchos intereses económicos y políticos.

TERCERO: Que se ORDENE a la fuerza pública que hace presencia en la zona demarcada por el ejército como cordón de seguridad para garantizar la integridad física de los materiales y de la infraestructura petrolera del Proyecto de Exploración y Explotación Álamo 1, -EJERCITO NACIONAL-abstenerse de emprender cualquier acción bélica que atente contra la integridad física de los miembros del Pueblo Indígena Motilón Barí y de los Colonos que se encuentran en la zona cercana a la Vereda el Progreso; y acciones que impliquen la limitación del derecho a la libertad de locomoción, por lo que solicitamos se ordene a la Fuerza Pública levantar el veto que existe sobre la zona acordonada pues impide el tránsito y la realización de actividades propias de la Cultura y Pueblo Barí.

CUARTO: Que la Defensoría del Pueblo si así lo considera el HONORABLE TRIBUNAL sea vinculada, para que en ejercicio de las funciones que le asigna el artículo 282 de la Constitución Política asesore y acompañe a nuestro Pueblo Indígena como accionantes, a partir de la notificación de la sentencia.

QUINTO: Que se dé trámite a los procesos disciplinarios a que haya lugar, con ocasión del accionar de los señores JESUS MARIA RAMIREZ CANO, JUAN FERNANDO MONSALVE y LUZ HELENA IZQUIERDO y demás funcionarios en la vulneración de nuestros derechos fundamentales, en la pérdida de documentos públicos del Expediente del Ministerio del Interior, en la omisión de su deber de coordinadores interinstitucionales de la consulta previa y de veedores”.

3.3.3. Fallo de primera instancia. El Tribunal Administrativo de Norte de Santander resolvió negar la acción de tutela instaurada por el Pueblo Indígena Motilón Barí porque de acuerdo a certificación expedida por el Ministerio del Interior y Justicia no hay presencia de comunidades indígenas en la zona de la perforación exploratoria, en tal sentido no tenían que ser consultados con fines de expedición de la licencia ambiental, en los términos del Decreto 1320 de 1998. Sin embargo, ordenó remitir copia de la actuación a los organismos de control y autoridades ambientales, “a fin de que hagan seguimiento al cumplimiento por parte de ECOPETROL o de quien actúe en su nombre de la Licencia Ambiental concedida mediante Resolución No. 0624 del 16 de mayo de 2005, expedida por el Ministerio del Medio Ambiente (sic) y de las acciones presentes y futuras que se deriven de la exploración del Proyecto Alamo, con miras a la defensa de la integridad étnica, social, económica y cultural de la Comunidad Motilón Barí., que establece el Art. 330 de la Constitución Política, ya que hay asentamientos dentro del área del proyecto macro denominado Alamo.

3.3.4. Fallo de segunda instancia. La Subsección B de la Sección Segunda de la Sala en lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado confirmó el fallo de primera instancia, fundada en que el Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial otorgó licencia ambiental a ECOPETROL S.A. para adelantar la exploración del Pozo Alamo I, y no para desarrollar el Proyecto de Exploración Álamo, solicitud reducida por ECOPETROL con el fin de no atentar contra los derechos de contra los derechos de la comunidad indígena. Por otra parte, la resolución 0624 de 16 de mayo de 2005 goza de presunción de legalidad, que no puede ser desconocida sino por el juez contencioso administrativo y que no se observa perjuicio irremediable alguno, ya que cumplió el trámite establecido en el decreto 1320 de 1998.

3.3.5. Consideraciones de la corte. La Corte señala que la Constitución reconoce la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana, pero a su vez impone al Estado el deber de proteger sus riquezas, promoviendo y fomentando el desarrollo de todas las culturas en condiciones de igualdad. Para lograr este mandato, la Carta consagra el Art, 330 que establece la explotación de los recursos naturales se debe adelantar *“sin desmedro de la integridad cultural, social y económicas indígenas.*

En tal sentido, la constitución “crean ámbitos de confrontación cultural específica, que obligan a las autoridades a redefinir la intervención estatal en los territorios ancestrales de los grupos étnicos” dentro de los principios del derecho internacional que reconoce a las minorías nacionales “el derecho de ser diferentes a considerarse a sí mismo como tales”, garantizando de esta manera la pervivencia de la riqueza cultural que pregona la diversidad étnica de la nación colombiana.

En consecuencia las actividades exploratorias que se adelanten en territorios con presencia indígena deben consultarse a las comunidades en las decisiones que los pudieran afectar, respetando el principio de buena fe y en aras de lograr un acuerdo. Caso contrario, podrían interponer acción de tutela, ya que la consulta previa de constituye como un derecho fundamental; no obstante, que la legalidad del acto administrativo que autorizó dicha explotación se pueda controvertir ante la jurisdicción contencioso administrativo.

La Corte también señaló que la acción de tutela es el único mecanismo efectivo previsto en el ordenamiento para preservar la riqueza cultural de la nación colombiana.

Por otra parte, la Dirección de Etnias del Ministerio Interior es la competente para *coordinar institucionalmente la realización de la consulta previa*¹⁴, función que debe cumplir de conformidad a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT y con la participación activa de los representantes de los Pueblos Indígenas y Tribales, sin tener en cuenta el Decreto 1320 de 1998, pues es contrario a la Constitución y a la Ley 21 de 1991.

El Derecho Internacional de Derechos Humanos, en especial el Convenio 169 de de la OIT, fija pautas para que los Estados Parte adelanten las gestiones de reconocimiento tendientes a la inclusión de los grupos étnicos, mediante el mecanismo de la consulta previa y el derecho de los grupos étnicos a autodeterminarse en lo que atañe en su proceso de desarrollo.

Los procesos de consulta previa, previstos en el convenio 169 de la OIT, tendrá que comprender todas las medidas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas y tribales directamente, en particular los relacionados con *“el hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera”*, con el fin de salvaguardar plenamente sus derechos, así *“las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”*¹⁵ con miras a preservar la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, prevista el artículo 7 de la Constitución

Reitera la Corte que los Pueblos Indígenas y tribales tienen derecho a ser consultados previamente respecto a las medidas que los afectan directamente, en particular con el espacio en que ocupan y la explotación de los recursos naturales de su hábitat natural, consulta que deberá establecer *“si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida antes de emprender y autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos naturales existente en sus tierras”* Art. 15, de la ley 21 de 1991.

¹⁴ Decreto 200 de 2003, Art. 16.

¹⁵ Art 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT.

Señala el Convenio que los estados parte se obligan a “prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada a las tierras de los pueblos interesados o todo abuso no autorizado de las mismas por personas autorizadas a ellos “art. 18 Ley 21 de 199; y además a establecer mecanismos adecuados para garantizar que se respete el territorio de los pueblos indígenas.

La consulta debe buscar un acuerdo en la medida de lo posible, en caso contrario debe tener en cuenta las consideraciones y aspiraciones de las comunidades y autoridades consultadas.

La licencia ambiental debe ser expedida con los Pueblos Indígenas, fundada en estudio de impacto ambiental y Plan de manejo ambiental previamente consultado con las autoridades, con sujeción al ordenamiento constitucional y legal, para lo cual el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades con el fin de garantizar dicha explotación.

Todo ello a fin de garantizar que dicha explotación se realice sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas.

3.3.6. Decisión.

Primero: CONFIRMAR las sentencias proferidas por el H. Tribunal Administrativo de Norte de Santander -4 de noviembre de 2005- y por la Subsección B de la Sección Segunda de la Sala en lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado -16 de febrero de 2006-, en lo concerniente a la improcedencia de la acción de tutela para resolver sobre la Resolución 0624 de 2005 y REVOCAR las decisiones en cuanto niegan el restablecimiento de los derechos fundamentales del Pueblo Indígena Motilón Barí a la integridad económica y cultural, a la subsistencia, a no ser sometidos a desaparición forzada, a no ser maltratados, a la participación, a la consulta previa y al debido proceso; para, en su lugar, conceder la protección.

Segundo.- ORDENAR a la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL S.A. suspender las actividades exploratorias que adelanta en la vereda El Progreso, corregimiento de La Gabarra, jurisdicción del municipio de Tibú, departamento de Norte de Santander y adoptar las medidas necesarias para que la medida se cumpla efectivamente, en tanto el H. Tribunal Contencioso Administrativo de Norte Santander, en su calidad de juez constitucional de primera instancia, permite su reanudación.

Tercero.- ORDENAR a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia consultar a las autoridades del Pueblo Indígena Motilón Barí, de buena fe, mediante un procedimiento apropiado, previamente consultado con dichas autoridades, su presencia en la zona, con el propósito i) de concertar la influencia del Pozo Alamo 1 en la integridad cultural, social y económica de dicho Pueblo y, ii) de no ser el acuerdo posible, definir la cuestión unilateralmente, sin desconocer las inquietudes y expectativas de las autoridades consultadas, con el fin de

mitigar, corregir o restaurar los efectos de las medidas que pudieren tomarse sin su participación, sobre las riquezas culturales y naturales de la Nación.

Una vez concertada con las autoridades indígenas de la región su presencia en la zona de influencia del Pozo Alamo 1 o definido el asunto por la Dirección de Etnias, si el acuerdo no fuere posible, ésta apoyará a dichas autoridades en los procesos de consulta previa, especialmente en los relativos al Estudio de Impacto y Plan de Manejo Ambiental que ECOPETROL S.A. deberá elaborar, si mantiene su interés en las actividades de exploración, que por esta providencia se suspenden.

Establecida la inexistencia de comunidades indígenas, la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia informará al H. Tribunal Contencioso Administrativo de Norte de Santander, con el fin de que éste evalúe el proceso de consulta adelantado y ordene la reanudación de las actividades que mediante esta decisión se suspenden, si así lo considera y ECOPETROL S.A lo solicita.

Cuarto.- ORDENAR a los Ministerios de Defensa Nacional y de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial emitir las órdenes y adelantar los controles y apoyo necesarios, dentro de sus competencias, con el fin de que la suspensión inmediata de las actividades relacionadas con la exploración del Pozo Alamo 1 se cumpla efectivamente.

Una vez concertada o definida la presencia del Pueblo Indígena Motilón Barí en la zona de influencia del Pozo Alamo 1 el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial i) deberá emitir las órdenes que resulten necesarias para la suspensión definitiva de las actividades exploratorias; ii) garantizará la participación de dichas comunidades, sus autoridades y representantes en los trámites de Licencias y Permisos con fines de exploración de recursos naturales en la región y iii) pondrá especial cuidado en los Estudios y Planes de Manejo Ambiental sometidos a su consideración, con el fin de verificar su sujeción a los lineamientos de la Ley 21 de 1991, aprobatoria del Convenio 169 de la OIT.

Quinto.- ORDENAR a los Ministerios del Interior y de Justicia y de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial y a ECOPETROL S.A. inaplicar, en los procesos de consulta que habrán de adelantar con el Pueblo Indígena Motilón Barí, por manifiesta incompatibilidad con la Carta Política, el Decreto 1320 de 1998; en su lugar, consultar a las autoridades indígenas los procedimientos y límites de espacio y tiempo que serán utilizados para adelantar las consultas definitivas, de buena fe, utilizando para el efecto métodos apropiados y con el fin de llegar a un acuerdo.

Si la concertación no fuere posible, las entidades accionadas, de manera objetiva, proporcionada y acorde con la protección de las riquezas culturales y naturales de la Nación, diseñarán de manera unilateral los procedimientos y fijarán las condiciones para adelantar las consultas definitivas.

Sexto. Poner al tanto a la Procuraduría General de Nación de las acciones y omisiones de las entidades accionadas, para que inicie las investigaciones, promueva las acciones y ordene los correctivos del caso. Oficiése por Secretaría General y remítase copia de esta providencia.

3.4. SENTENCIA T-769 DE 2009

MAGISTRADO PONENTE NILSON PINILLA PINILLA

3.4.1. Hechos. Indígenas Emberá miembros de la comunidad Bachidubi, del Resguardo del Río Murindó presentaron acción de tutela contra los Ministerios del Interior y de Justicia; de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; de Defensa; Minas y Energía; y de Protección Social; reclaman la protección de los derechos a la vida, seguridad personal, consulta previa, 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, debido a que el gobernador de Antioquia el día 4 de febrero de 2005 suscribió “Contrato Único de Concesión Minera” con la sociedad Muriel Mining Corporation, para la exploración y explotación de una mina de cobre, oro, molibdeno y minerales concesibles, en los departamentos de Antioquia y Choco, por un periodo de 30 años, prorrogable por el mismo período, sin que mediara la consulta violando el debido proceso, dado a que no se informó y consulto a todas las comunidades directamente afectadas.

El proyecto se denomina Mande Norte, cubre los territorios del Resguardo Indígena Emberá de Uradá Jiguamiando; la exploración y explotación de minerales que pretende este proyecto afecta a once comunidades indígenas, dos comunidades negras y un número indeterminado de comunidades campesinas. El proyecto minero genera un grave impacto ambiental que pone en riesgo la biodiversidad y afecta los cultivos de pan coger, los animales y la salud de las personas, ocasionando la pérdida de las economías tradicionales base de la supervivencia... de los pueblos indígenas y tribales “, perturbara los territorios ancestrales de comunidades indígenas cuyos asentamientos y resguardos se encuentran en los municipios de Frontino, Murry, Urrao, Vigía del Fuerte, Carmen del Darién y Murindó, pone en riesgo la biodiversidad, causaran problemas ambientales, por tal razón no están de acuerdo con la exploración y la explotación en sus territorios.

3.4.2. Pretensiones:

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 la 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 GLENCORE 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 sicología 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 se invalide “el supuesto proceso de consulta interna que según la empresa y el Ministerio del Interior se ha venido adelantando por cada uno de los vicios aquí enumerados y que en su lugar se ordene nuevamente la realización de una consulta que reúna el verdadero sentir de todos los miembros de las comunidades y los requisitos de forma y de fondo que está exige”

3.4.3. Fallo de primera instancia. La Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, negó la acción instaurada por los accionantes, considerando que el Ministerio del Interior y Justicia si realizó el proceso de consulta previa con representantes de las comunidades que se encuentran en el área de influencia del Proyecto de Exploración Mande Norte.

3.4.4. Fallo de segunda instancia . La Corte Suprema de Justicia, confirmó el fallo de primera instancia, argumentando que al estar involucrada la administración pública, existe la jurisdicción contenciosa administrativa para controvertir la legalidad de los actos administrativos. También señaló esta corporación que la acción de tutela cuando se interpone como mecanismo transitorio es porque se trata de evitar un perjuicio irremediable, el cual debe ser cierto, determinado y debidamente probado por el juez de tutela, supuesto que no se cumple en este caso.

3.4.5. Consideraciones de la corte. La Corte indica que la Constitución Política de Colombia reconoce la diversidad étnica y cultural como principio fundamental proyectado desde el carácter democrático, participativo y pluralista de la República. En consecuencia las comunidades indígenas gozan de un rango constitucional especial.

Igualmente, la norma superior reconoce que los territorios o resguardos son de propiedad colectiva, de naturaleza inajenable, inalienable, imprescriptible e inembargable¹⁶.

La Corte reconoce la importancia del derecho de propiedad colectiva ejercida sobre los territorios que habitan los pueblos indígenas, es por ello que el Estado tiene el deber de realizar la consulta previa cuando se van a explotar recursos naturales en los territorios indígenas, por intermedio de sus diferentes autoridades competentes para cada asunto, ya que son medidas administrativas que los afecten directamente. Ha de tenerse en cuenta, así mismo, lo estatuido por los artículos 329 y 330 de la Constitución colombiana, sobre la conformación de las entidades territoriales indígenas y el gobierno en esos territorios, reglamentado según los usos y costumbres de las respectivas comunidades, entre cuyas funciones está la aplicación de la normatividad sobre el uso del suelo, diseñar políticas, planes y programas de desarrollo económico y social, y velar por la preservación de los recursos naturales.

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.

La Constitución le otorga especial protección al derecho de la participación de los grupos étnicos en las decisiones que los afectan y se encuentra regulada en el Art. 330 superior, y también en el Convenio 169 de la OIT, ratificado por Colombia mediante Ley 21 de 1991, y se desarrolla de manera general en los Art. 6 y 7.

El Convenio señala dos conjuntos grandes de responsabilidades para los Estados signatarios: en primer lugar, promover las condiciones que permitan el desarrollo de los pueblos indígenas y tribales; en segundo lugar, la manera como deben adoptarse y ponerse en ejecución esas medidas, y la aplicación del mismo se garanticen espacios de participación y consulta compatibles con su objetivo central.

El Art. 6 del Convenio 169 de la OIT, menciona que se debe distinguir dos dimensiones del derecho de participación de los Pueblos indígenas y tribales:

¹⁶ Art. 63 y 329 de la Constitución Política de 1991.

1. “La obligación contenida en el literal b) de 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 política y programas que le conciernen”
2. “El deber de consulta previsto en el literal a) en relación con las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente a dichos pueblos”.

En consecuencia, cuando se adopten medidas de aplicación del convenio, cabe reconocer hay dos niveles de afectación de los pueblos indígenas:

1. “El que corresponde a políticas y programas que de alguna manera les competen, evento en el que debe hacerse efectivo un derecho general de participación”
2. “En el que corresponde a las medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente, caso para el cual se ha previsto un deber de consulta”.

Por otra parte, la Corte alude que antes de realizar la consulta previa, el Ministerio de Medio Ambiente debe realizar un estudio detallado frente a la exploración y explotación de la naturaleza en los territorios nativos, y así verificar si existe una vulneración de los derechos de los indígenas y afro descendientes en su territorio y determinar el impacto ambiental que se genera en dichas zona. En caso de que el Ministerio de Medio Ambiente no cumpla con estos dos requisitos el Ministerio del Interior y Justicia no podrá iniciar la consulta previa.

La Corte, considera que “cuando se trate de planes de desarrollo o inversión a gran escala, que tenga mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado a que estas poblaciones, al ejecutarse planes de inversión de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea”.

También, señala que debe realizarse un proceso preconsultivo antes de iniciarse la consulta previa, con las autoridades competentes de cada comunidad indígena o afrodescendiente que pueda resultar afectada, en la cual se debe definir las reglas del procedimiento apropiado a seguir en los diferentes casos, a fin de

establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, tal como lo señala el 6 del Convenio 169 de la OIT.

Exhorta que el proceso de consulta antes de radicar el acta para su formulación, el texto se haya divulgado entre las comunidades interesadas, se avance en la ilustración a tales grupos sobre su alcance, y se abran los escenarios de discusión que sean apropiados.

3.4.6. Decisión .

Primero: REVOCAR la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en mayo 27 de 2009, que confirmó la adoptada por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil en mayo 23 del mismo año, negando la tutela formulada por los señores Álvaro Bailarín, Benerito Domico (quien desistió), Hugo Rentería Durán, Germán Pernía, Argemiro Bailarín Bailarín, José Miguel Majore Bailarín, Zaginimbi Bailarín, Macario Cuñapa Bailarín, Andrés Domico y Javier Bailarín Carupia, contra los Ministerios del Interior y de Justicia; de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; de Defensa; de Minas y Energía; y de Protección Social.

Segundo: En su lugar, se resuelve CONCEDER la protección de los derechos al debido proceso; a la consulta previa con las comunidades autóctonas y a la existencia, autonomía, integridad e identidad cultural y social de tales comunidades, al igual que a las riquezas naturales de la Nación.

Tercero: En consecuencia, ORDENAR a todas las autoridades accionadas, que en el ámbito de sus respectivas funciones y de inmediato, hagan SUSPENDER las actividades de exploración y explotación que se estén adelantando o se vayan a adelantar, en desarrollo del contrato de concesión denominado Mandé Norte, para la exploración y explotación de cobre, oro, molibdeno y otros minerales, en los departamentos de Antioquia y Chocó.

Cuarto: ORDENAR al Ministro del Interior y de Justicia que rehaga los trámites que precedieron al acta de formalización de consulta previa, que debe realizar en debida forma y extender a todas las comunidades que puedan resultar afectadas en el desarrollo del proyecto de exploración y explotación minera denominado Mandé Norte.

Quinto: ORDENAR al Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, que antes de que se rehaga y extienda la consulta previa con todas las comunidades interesadas en el desarrollo del proyecto de exploración y explotación minera Mandé Norte, culmine los estudios científicos integrales y de fondo sobre el impacto ambiental que tal desarrollo pueda producir, difundiendo ampliamente los resultados entre las comunidades indígenas y afrodescendientes que puedan ser afectadas y evitando que se emitan licencias ambientales para la ejecución de proyectos de exploración y explotación que afecten la biodiversidad y el medio ambiente.

Sexto: ORDENAR al Ministro de Defensa Nacional que analice objetivamente y subsane las razones por las cuales las comunidades indígenas y afrodescendientes que ancestralmente habitan en la región irrigada por los ríos Jiguamiandó, Uradá y Murindó, no perciben el ingreso de la Fuerza Pública en sus territorios como garantía de seguridad.

Séptimo: ORDENAR a INGEOMINAS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que se abstenga de otorgar o suspenda, según el caso, las licencias de exploración y explotación minera en el proyecto Mandé Norte, hasta que no finalicen a cabalidad los estudios sobre el impacto ambiental y se realice la consulta previa de manera adecuada.

Octavo: ORDENAR a la Defensoría del Pueblo apoyar, acompañar y vigilar el pleno cumplimiento del presente fallo, con el fin de garantizar de manera efectiva los derechos aquí protegidos. Oficiese por la Secretaría General de esta corporación a la Defensoría para que coordine y cree la comisión pertinente para tal fin.

3.5. SENTENCIA T – 129/2011

MAGISTRADO PONENTE: JORGE IVAN PALACIO PALACIO

3.5.1. Hechos

Oscar Carupia Domicó y otros, a nombre de los resguardo Emberá Katío de los resguardos Chidima – Tolo (conformada por 66 persona, agrupadas en 13 familias) y Pescadito (conformada por 49 personas, agrupadas en 8 familias), ubicados en el municipio de Acandí, en el norte del Departamento del Chocó, interpusieron acción de tutela en contra del Ministerio de Transporte, Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 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.

Son diversos los problemas por los que interpusieron la acción de tutela y por la que solicitan que se protejan sus derechos, uno de ellos es los trámites de concesión minera para actividades de prospección, exploración y explotación de oro que el Ministerio de Minas y Energía otorgado a la empresa Gold Plata

Corporation en el municipio de Acandí, en un área de 40.000 hectáreas, comprendida entre el río Muerto y río Tolo, sin realizarse la consulta previa.

3.5.2. Pretensiones

(i) El respeto a la consulta previa, consagrado en la Constitución y la ley por parte de las autoridades ambientales nacionales y regionales, en este caso por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Choco-Codechocó.

(ii) Realizar el proceso de consulta previa como lo establecen los tratados internacionales de protección de derechos humanos ratificados por Colombia (Convenio 169 de 1989), la Constitución y la ley para la cual se debe involucrar al Ministerio del Interior y de Justicia para que en el ámbito de sus competencias garantice el proceso y de esta manera se protejan los derechos fundamentales de la comunidad Emberá dentro del territorio de los resguardos de Pescadito y Chidima.

(vi) Al Departamento Nacional de Planeación que explique el proceso de asignación de recursos a través del Consejo Asesor de Regalías para las entidades territoriales, así como los procesos de control para que no se afecte a las comunidades étnicas con presencia en las zonas.

(vii) A las entidades territoriales, en este caso a las alcaldías de Unguía y Acandí, el reconocimiento y respeto a las autoridades propias, la autonomía y a la consulta previa de las comunidades étnicas.

(viii) La suspensión de obras de minería, (...) y otras obras que se planean en el territorio del resguardo y para las cuáles no ha existido consulta previa.

(ix) Evitar que el territorio del resguardo siga siendo invadido por colonos, interesados en infraestructura (...) y minera, tutelándose como un solo globo de terreno, de acuerdo a la observación de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT.

(xi) A las entidades involucradas en la protección de derechos, se dé cumplimiento a la observación individual proferida por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT en marzo de 2009, sobre el caso y para lo mismo se suspendan las obras antes mencionadas hasta que se haga la consulta previa y se titule como un solo globo de terreno.

3.5.3. Fallo de primera instancia. El Tribunal Superior de Quibdó negó el amparo solicitado. Arguye que los proyectos de explotación minera se encuentran en la mera expedición del título, adicionalmente la autoridad ambiental debe agotar el procedimiento de la consulta previa antes de otorgar la licencia ambiental.

3.5.4. Fallo de segunda instancia. La Corte Suprema de Justicia, confirmó la decisión de la primera instancia, afirmando que “no se encuentran presupuestos para otorgar la prerrogativa reclamada, aún como mecanismo transitorio, por ausencia de demostración de quebramiento o amenaza de los derechos fundamentales invocados”

3.5.5. Consideraciones. La Corte destaca que la Constitución Política de 1991, cambió la relación normativa y material de la sociedad con el medio ambiente y con el patrimonio de la nación, las diferentes normas que contiene permiten que la protección sea relevante, en consecuencia la Carta contiene una verdadera Constitución ecológica, verde o ambiental¹⁷; y de otra, la Constitución cultural¹⁸

Acorde, con la constitución ecológica y cultural, la ley 99 de 1993 contempla la obligatoriedad de expedir una licencia ambiental para la ejecución de una obra o actividad no solo con el fin de proteger los recursos naturales, sino también con el objeto de que las comunidades étnicas del país se pronuncien sobre la tramitación de licencias ambientales que autorizan la explotación de recursos naturales; ello ligado a la protección no solo de la autonomía de las comunidades tribales sino del patrimonio cultural de la Nación. Por ello, se requiere la consulta previa de las comunidades étnicas del país y la protección normativa que el Estado brinda al medio ambiente dentro de dichos territorios los cuales en manos de comunidades indígenas o étnicas se encuentran mayoritariamente protegidos por el tipo de vida de bajo impacto ambiental y eminentemente conservacionista.

Por otra parte, la Ley 1185 de 2008¹⁹ en el Art 7 establece que en las obras y proyectos que requieran la expedición de la licencia ambiental, registros, o autorizaciones equivalentes ante la autoridad ambiental será necesario que los interesados presenten un Plan de Manejo Arqueológico fundamentado en un Programa de Arqueología Preventiva, sino existe este plan la obra no podrá adelantarse aunque existe ya la licencia ambiental.

¹⁷ Conjunto de disposiciones consagradas en la Constitución que regulan la relación de la sociedad con la naturaleza y que buscan proteger el medio ambiente, en el sentido de conservación, protección y restauración.

¹⁸ Conjunto de principios, valores, deberes y obligaciones que contempla la Constitución en materia de protección de la riqueza cultural.

¹⁹ Ley por la cual se desarrolla los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura. Crea el Ministerio de Cultura. Norma que modifica y adiciona la Ley 397 de 1997.

Frente al tema de la tensión entre las distintas visiones de desarrollo y la necesidad de protección de las riquezas culturales y naturales de la Nación, es necesario que el Estado de forma articulada garantice e incentive la aplicación real y efectiva del derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas, pues ante todo las herramientas que subyacen a la consulta, permiten conciliar posiciones y llegar a un punto intermedio de diálogo intercultural en el que los pueblos ejerzan su derecho a la autonomía con sus planes propios de vida frente a los modelos económicos basados en la economía de mercado o similares.

Por ende, la disposición y explotación de los recursos naturales no puede traducirse en perjuicio de bienestar individual o colectivo, ni tampoco puede conducir a un daño o deterioro que atente contra la diversidad y la integridad del medio ambiente como un todo.

La Corte advierte que obligatoria la consulta previa a cualquier tipo de medida administrativa, de infraestructura, de proyecto u obra que intervenga o tenga la potencialidad de afectar el territorio indígena o étnico, la cual tiene como finalidad llegar a un acuerdo o conseguir el consentimiento previo, libre e informado acerca de las medidas de impacto; además, deberá agotar el trámite, para ello la consulta se orientará bajo el principio y de un reconocimiento de proceso de diálogo entre iguales.

El consentimiento previo, libre e informado puede traducirse en un poder de veto de las comunidades indígenas, en algunos casos, dependiendo del grado de afectación de la comunidad, eventos específicos en que la consulta y el consentimiento pueden incluso llegar a determinar la medida menos lesiva, como medida de protección de las comunidades indígenas. Por ello todo proceso debe cuantificarse conforme a las características propias de cada caso concreto. Es por ello que se debe crear espacios de disertación entre iguales en medio de las diferencias.

Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: **(a)** implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; **(b)** esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o **(c)** representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma.

En todo caso, en el evento en que se exploren las alternativas menos lesivas para las comunidades étnicas y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento

de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación *pro homine*²⁰.

Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo.

La intervención en territorios de comunidades étnicas debe estar irradiada desde la etapa de planificación o proyección de todo proyecto, obra o actividad no sólo del derecho fundamental a la consulta previa, sino que existe la obligación de estar enfocada en conseguir el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades y pueblos étnicos

La consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado no son las únicas garantías que debe prestar el Estado a las comunidades indígenas, ya que es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de las medidas de mitigación e indemnización por los daños causados..

3.5.6. Decisión

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada para decidir el presente asunto.

SEGUNDO.- REVOCAR, dentro del asunto de la referencia, el fallo proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. En su lugar, CONCEDER la protección de los derechos fundamentales a la consulta previa con las comunidades étnicas y a la existencia, autonomía, integridad e identidad cultural y social de tales pueblos, al igual que a la protección de las riquezas naturales y culturales de la Nación.

QUINTO.- ORDENAR a la alcaldía de Acandí considerar los derechos de las comunidades indígenas de la zona y la importancia de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana en los términos expuestos por la jurisprudencia de esta Corporación. Para materializar lo anterior la alcaldía, por medio de la red de instituciones educativas pertenecientes al municipio, deberá adelantar de forma periódica y constante campañas pedagógicas sobre la materia.

²⁰ El principio de participación *pro homine* impone la aplicación de las normas jurídicas que sean más favorables al ser humano y sus derechos.

SÉTIMO.- ORDENAR al Ministerio del Interior y de Justicia, a Ingeominas, a la Corporación Autónoma Regional del Chocó (Codechocó) y al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial SUSPENDER todas las actividades de prospección, exploración legal e ilegal o similares en materia minera que se estén llevando a cabo o se vayan a adelantar, en desarrollo de contratos de concesión con cualquier persona que tenga la potencialidad de afectar por este aspecto a las comunidades indígenas Embera Katío Chidima Tolo y Pescadito, hasta tanto se agote el proceso de consulta previa y la búsqueda del consentimiento informado de las comunidades étnicas implicadas, en los términos y subreglas fijadas en esta providencia.

DÉCIMO.- ORDENAR al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y a la Corporación Autónoma Regional del Chocó (Codechocó), que dentro de la órbita de sus competencias, pero bajo la filosofía de un trabajo articulado, desplieguen las medidas necesarias para conservar y proteger el medio ambiente en las zonas ampliamente referidas en esta providencia, en especial verificando de forma exhaustiva el cumplimiento serio de los estudios de impacto ambiental y diagnóstico ambiental de alternativas ante los proyectos que se planifica implementar en la zona.

UNDÉCIMO.- ORDENAR al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y a Codechocó abstenerse de otorgar (o revocar si es del caso) la licencia ambiental relacionada con el asunto de la referencia que no cumpla con el requisito previo correspondiente a la elaboración de un programa de Arqueología Preventiva el cual debe presentarse al Instituto Colombiano de Antropología e Historia (Icanh), so pena de no poder adelantarse ninguna obra en los términos del artículo 7.1 de la Ley 1185 de 2008.

DUODÉCIMO.- ADVERTIR al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y a la Corporación Autónoma del Chocó (Codechocó), de los deberes y obligaciones que les asiste conforme a las consideraciones plasmadas en los numerales (9.7.8 y 9.7.9) de esta providencia.

DECIMOTERCERO.- ORDENAR al Ministerio del Interior y de Justicia, crear e implementar, en el término no superior a ocho (8) meses, un mecanismo de información y coordinación que permita articular a las entidades involucradas en lo relacionado con el derecho fundamental a la consulta previa y la consecución del consentimiento libre, previo e informado en los términos y consideraciones de esta sentencia.

En el cumplimiento de la antedicha orden podrán participar las entidades gubernamentales y no gubernamentales que tanto el Ministerio del Interior y de Justicia, como la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación estimen pertinentes para garantizar y llevar a buen fin el mandato aquí adoptado.

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 supervivencia social, económica y cultural de las comunidades étnicas de la Nación en armonía con las consideraciones de esta providencia y en especial con lo puntualizado en el numeral 11.2 de la misma.

DECIMOCUARTO.- En reconocimiento y respeto del grupo indígena accionante y en especial como medida simbólica de reparación y satisfacción, ORDENAR que el Ministerio del Interior y de Justicia coordine y financie la traducción de partes relevantes de la presente sentencia a la lengua Embera y suministre de forma estratégica, dentro de la respectiva etnia, copias de la misma, así como en los organismos educativos que considere pertinente hacerlo.

DECIMOQUINTO.- EXHORTAR al Congreso y a la Presidencia de la República para que, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, regulen y a través de sus organismos competentes materialicen el derecho fundamental a la consulta previa y el consentimiento, libre, previo e informado de los grupos étnicos que hacen parte de la Nación. Por Secretaría General envíese copia de la presente sentencia a la Presidencia de la República y a las Presidencias de Senado y Cámara.

DECIMOSEXTO.- ORDENAR a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación, por medio de sus áreas respectivas, que apoyen, acompañen y vigilen el pleno cumplimiento del presente fallo, con el fin de garantizar de manera efectiva los derechos aquí protegidos y órdenes adoptadas. Por Secretaría General, ofíciase a las referidas entidades para que coordinen y creen la comisión pertinente para tal fin.

DECIMOSÉPTIMO.- ORDENAR al Ministerio del Interior y de Justicia y al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial que, con el apoyo de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, en el término de un (1) año rindan a la Corte Constitucional un informe detallado del cumplimiento de las órdenes adoptadas en la presente providencia. Sin perjuicio de la competencia que tiene el juez de primera instancia para asegurar el cumplimiento del fallo de tutela conforme al Decreto 2591 de 1991.

Del anterior informe se enviará copia a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT.

4. ANÁLISIS DINÁMICO DE JURISPRUDENCIA

La consulta previa es un derecho fundamental y a su vez un mecanismo que permite proteger otros derechos de los Pueblos indígenas, se encuentra regulada en el Convenio 169 de la OIT, ratificado por la Ley 21 de 1991, incorporando así al bloque de constitucionalidad. Posteriormente, el Decreto 1320 de 1998 reglamento la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio, sin embargo, esta regulación desconoce los derechos de participación, territoriales, culturales, sociales, económicos, de los pueblos indígenas reconocidos por el mismo Convenio 169.

Sobre este decreto, la Corte Constitucional en Sentencia T- 652 de 1998, ordeno inaplicar el Decreto 1320 de 2008 pues considero que esta norma era contraria a la Constitución y a las normas incorporados al derecho interno por medio de la ley 21 de 1991. Por su parte, el Consejo de Estado en uno de sus decisiones respecto al tema decreto la acción de nulidad y años después decreto su legalidad.

El Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas de Naciones Unidas en sus informes a recomendado al país reglamentar la consulta previa conforme a la Constitución y al Convenio 169 de la OIT, con el fin de garantiza los derechos de los pueblos indígenas.

No obstante, han sido las decisiones de la Corte Constitucional las que le dan sentido, alcance, contenido al tema de la consulta previa, jugando un papel importante para los pueblos indígenas. Es decir, la jurisprudencia de la Corte ha sido progresiva para los derechos de los Pueblos Indígenas.

De acuerdo, a lo establecido en el Convenio 169 la Consulta Previa debe adelantarse en diferentes circunstancias, una de ellas es cuando se proveen actuaciones administrativas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas, así lo estipula el literal a), numeral 1 del Art. 6 del Convenio 169. La Corte Constitucional se ha pronunciado en el tema de consulta en las diferentes dimensiones que debe llevarse a cabo, pero en este caso solo intentaré resolver el problema jurídico de la obligatoriedad de la consulta previa al otorgamiento de licencia ambiental que autoriza la exploración y explotación de recursos mineros en territorios indígenas.

La sentencia T - 380/93, sentencia fundadora de línea# establece que la explotación de recursos naturales en territorios de comunidades indígena debe estar mediada por autorización previa del Estado y de las comunidades indígenas. Nótese que se, establece como límite constitucional a la actividad económica de

explotación de recursos naturales la integridad la integridad étnica y cultural, de la comunidad indígena.

Las Corte en este fallo hace sus consideraciones y decide partir del análisis del reconocimiento que la Constitución hace en el Art. 1 y 7 de la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana, y del límite a la explotación de recursos naturales establecida en territorios indígenas establecida en el paragrafo del art. 330 de la Carta.

Aquí la Corte resalta la importancia del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, ya que les reconoció a los pueblos indígenas como personería sustantiva lo cual les reconoce estatus para gozar de derechos fundamentales y exigirlos, entre ellos el derecho fundamental a su integridad étnica, cultural y social; derecho la propiedad colectiva de los resguardos que comprende la propiedad la propiedad de los recursos naturales renovables existentes en su territorio, aspecto que es fundamental para la comunidades indígenas y que en sentencias posteriores la Corte así lo reconocerá.

Nótese que en la sentencia no se abordó el tema de la consulta previa como tal, ni tampoco se hizo referencia a las licencias ambientales y a los recursos mineros , pero hizo alusión a derechos más generales que los abordan y es así como empieza a abordar el tema de la obligatoriedad de la consulta previa al otorgamiento de la licencia ambiental que autoriza la exploración y explotación de recursos mineros en territorios indígenas.

Si bien es cierto que la Corte no abordó el Convenio 169 de la OIT, abordó otros instrumentos internacionales como la Carta de la Tierra Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el Convenio de la Diversidad Biológica que entre otras cosas reconocen la importancia de los pueblos y comunidades indígenas en la ordenación del medio ambiente y el desarrollo debido a su conocimiento y prácticas tradicionales.

Aunque la Corte considero tutelar los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no se obligo a realizar consulta previa porque ya era un hecho ya consumado, sin embargo, tampoco sanciono la omisión de la consulta. Por otra parte, la sentencia SU - 039 de 1997, para abordar el tema hace un análisis más integral de la Constitución y los artículos 5, 6, 7 y 15 del Convenio 169 de la OIT. En esta oportunidad la Corte emprende el estudio de manera directa del tema de la Consulta Previa en el caso de explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas y la protección que el Estado le debe a la identidad, e integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas.

Esta corporación establece que la consulta es un derecho fundamental, por ende, se debe realizar la consulta “antes de emprender o autorizar cualquier

programa de prospección y explotación de los recursos existentes en sus tierras”#, la cual debe hacerse “sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas” (parágrafo, art 330 de la C.P.C.). Ella implica la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, bajo el mutuo respeto y la buena fe, entre aquéllas y las autoridades públicas. En tal sentido la comunidad debe ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierne a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo.

La finalidad de la consulta es que la comunidad tenga conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución; la manera como la ejecución de los proyectos en mención puede conllevar una afectación de los derechos fundamentales de la comunidad; y que se dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas puedan valorar las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, para ello se debe convocar a los integrantes o representantes de la comunidad. En síntesis, busca que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.

Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe ser objetiva, razonable y proporcionada. Además, deben establecerse 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.

Establece que el Ministerio del Interior es el encargado de adelantar la consulta previa. Frente a este tema la sentencia T - 880/06 señala que la Dirección de Etnias es la competente para coordinar institucionalmente la realización de la consulta, pues así lo estableció el Decreto 200 de 2003.

Esta sentencia le señala unas directrices claras a todas las autoridades que tengan que ver con el proceso de consulta previa.

No obstante que la Corte menciona que se debe buscar la participación de la comunidad, también menciona que la convocatoria de la la Consulta se realizara a sus integrantes o representantes, lo cual es contradictorio, porque de acuerdo al Convenio y a las normas establecidas en la Constitución se debe consultar a los Pueblos afectados ya que se afectarán la integridad étnica y cultural.

Sin embargo, e en la sentencia T-769/09 establece que en el proceso de consulta el Estado debe garantizar la participación directa de las comunidades implicadas y de las autoridades e instituciones representativas, lo cual implicada que el Ministerio del Interior debe constar que se encuentren debidamente acreditados y

autorizados para la Consultados. Claro esta que está sentencia también menciona que antes de iniciar la respectiva consulta previa, se debe realizarse un proceso pre consultivo con las autoridades de cada comunidad indígena.

Por su parte, la sentencia T - 880/06 hace un análisis de la Constitución y del Convenio 169 de la OIT, pero en especial hace un estudio detallado del Art. 15 del Convenio 169 de la OIT. Respecto al problema jurídico establece que los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a ser consultados respecto a las medidas que los afectan directamente, en particular con el espacio en que ocupan y la explotación de los recursos naturales de su hábitat natural, consulta que deberá establecer “si los intereses de estos pueblos serían perjudicados y en qué medida antes de emprender y autorizar cualquier programa de prospección o extracción de los recursos naturales existentes en sus tierras”#. La licencia Ambiental que se otorgue deberá estar acompañada por un estudio de impacto ambiental y plan de manejo ambiental previamente consultado, con sujeción al ordenamiento constitucional y legal, todo ello con el fin de que la consulta se realice sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas.

La sentencia T - 769 de 2009 concluye que el Ministerio del Medio Ambiente debe realizar un estudio detallado frente a la exploración y a la explotación de la naturaleza en los territorios nativos y así verificar si existe una vulneración de los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes. En caso de que el Ministerio del Medio Ambiente no cumpla con estos requisitos no se podrá iniciar la consulta previa. Además, debe realizarse un proceso preconsultivo antes de la consulta previa a fin de definir las reglas del procedimiento apropiado a seguir y a través de los cuales los pueblos puedan participar libremente. Otro aspecto importante es que el Estado no solo debe consultar a dichas comunidades sino también debe obtener su consentimiento libre, previo e informado. Finalmente, establece que antes de radicar el acta para la formulación debe ilustrarse a las comunidades del alcance y se abran escenarios de discusión.

La sentencia T - 129 / 2011 establece que en los eventos que se requiere licencia ambiental, será también necesaria un Plan de manejo arqueológico, sino existe el plan la obra no puede adelantarse aunque exista licencia ambiental. También concluye que el consentimiento previo, libre e informado puede traducirse en un poder de veto de las comunidades indígenas, dependiendo del grado de afectación.

En conclusión es obligatoria la consulta previa al otorgamiento de la licencia ambiental que autoriza la exploración y explotación de recursos mineros en territorios indígenas, a fin de preservar la integridad étnica cultural y social de los Pueblos Indígenas. La consulta debe llevarse a cabo desde la etapa de planificación o proyección de todo proyecto, obra o actividad, y debe estar enfocada a conseguir el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos

indígenas, y debe realizarse de acuerdo a las normas y principios establecidos en la Constitución Política, el Convenio 169 de la OIT y los lineamientos y directrices establecido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

El Ministerio del Interior tiene la competencia de garantizar la realización de la consulta previa, con la previa convocatoria de la comunidad y autoridades , bajo los principios de buena fe, diálogo intercultural, buscando una real y efectiva participación de los pueblos indígenas. Para materializar el proceso de consulta se debe realizar en un término que se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico

Por su parte, la autoridad ambiental para otorgar la licencia ambiental debe exigir el Estudio de Impacto Ambiental y Plan de Manejo Arqueológico, en caso contrario la licencia ambiental no será válida.

El Estado Colombia no solo debe garantizar La consulta previa y el consentimiento libre e informado, sino, también los beneficios que conlleven la ejecución de la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa y el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños causados.

CONCLUSIONES

El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural por parte del Estado Colombiano en la Constitución de 1991 y la explotación de los recursos minerales plantea un conflicto, es necesario que el Estado de forma articulada garantice e incentive la aplicación real y efectiva del derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas, este mecanismo permiten conciliar posiciones y llegar a un punto intermedio de diálogo intercultural.

La Constitución de 1991 contiene una serie de normas que dan un verdadero régimen constitucional de derechos de los pueblos indígenas, adicionalmente a esto, el consenso en torno a la importancia de reconocer el derecho de los pueblos indígenas se refleja en la incorporación dentro del denominado “bloque de constitucionalidad” de tratados y convenios internacionales que protegen sus derechos.

El Convenio 169 OIT, ratificado por Ley 21 de 1991 es un instrumento para el avance de la comprensión pluriétnica de nuestro país se ha visto reflejado en la resolución de casos concretos por parte de la Corte Constitucional. Esta norma internacional contempla el derecho fundamental de la Consulta Previa. Sin embargo, la Corte Constitucional es quien le ha dado alcance, contenido y ha generado unos lineamientos generales y directrices al derecho de la Consulta Previa a fin de garantizar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para garantizar su pervivencia como grupos humanos distintos dentro de los

La Corte advierte, que es obligatoria la consulta previa a cualquier tipo de medida administrativa, que tenga la potencialidad de afectar el territorio indígena o étnico, y tiene como finalidad llegar a un acuerdo o conseguir el consentimiento previo, libre e informado acerca de las medidas de impacto; además, deberá agotar el trámite, para ello la consulta se orientará bajo el principio y de un reconocimiento de proceso de diálogo entre iguales.

El consentimiento previo, libre e informado puede conllevar el derecho al poder de veto de las pueblos indígenas, dependiendo del grado de afectación del Pueblo Indígena. En consecuencia todo proceso debe cuantificarse conforme a las características propias de cada caso concreto.

El derecho jurisprudencial es importante, permite ver que derecho no son meros conceptos jurídicos estáticos, que el derecho moderno no es estático, dinámico y cambiante; caso contrario sería incomprensible por los innumerables casos que se producen en la vida social y jurídica.

La línea jurisprudencial es una herramienta de análisis importante ya que permite

el estudio e interpretación de jurisprudencia como fuente formal del derecho; y permite dar contenido, alcance a derechos que el ordenamiento jurídico colombiano no establece con claridad.

BIBLIOGRAFÍA

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1185 de 2008, por la cual se modifica y adiciona la Ley 397 de 1997 –Ley General de Cultura– y se dictan otras disposiciones.

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 20 de 1974, por la cual se aprueba el "Concordato y el Protocolo Final entre la República de Colombia y la Santa Sede" suscrito en Bogotá el 12 de julio de 1973.

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 21 de 1991, por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989.

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 685 de 2001, por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones.

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 89 de 1890, por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada.

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 99 de 1993, por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia SU-039 de 1997. MP. Antonio Barrera Barbonell.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-129 de 2011. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-380 de 1993. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-769 de 2009. MP. Nilson Pinilla Pinilla.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-880 de 2006. MP. Alvaro Tafur Galvis.

DEFENSORIA DEL PUEBLO – OPIAC. Taller de evaluación Convenio 169 de la OIT. Bogotá: 2001. 127 p.

DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION. Manual para defender los derechos de los Pueblos Indígenas. 2011. 68 p.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Bogotá: Legis Editores, 2000. 240 p.

OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LA ONU PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Derecho internacional de los derechos humanos. Bogotá: 2004. 1064 p.

ORDUZ, Natali; et all. La consulta previa a los pueblos indígenas: Los estándares del derecho internacional. Bogotá: Universidad de los Andes, 2010. 96 p.

ORGANIZACIÓN NACIONAL INDÍGENA DE COLOMBIA. El derecho fundamental a la consulta previa de los Pueblos Indígenas en Colombia. Bogotá: 2011. 60 p.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 1320 de 1998, por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 2164 de 1995, por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los resguardos indígenas en el territorio nacional.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 4633 de 2011, por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y Comunidades indígenas.

RED JURÍDICA PARA LA DEFENSA DE LA AMAZONIA. La consulta previa con los Pueblos Indígenas: Legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú. 2009. 167 p.