CONSULTA PREVIA EN TERRITORIOS INDÍGENAS NO TITULADOS

PROYECTO DE GRADO

ROSA STHEPANIE RAMÍREZ CERÓN

MARÍA ALEJANDRA ARIAS VALDIRI

LINA FERNANDA ANTE GUEVARA

LUISA MARIA QUIÑONES MIRANDA

HOLMES TAPASCO SALAZAR

NATALIA RODRIGUEZ URIBE

UNIVERSIDAD ICESI

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

MAESTRIA EN DERECHO

ENFASÍS EN DERECHO PÚBLICO

SANTIAGO DE CALI

2017

Glosario

INDÍGENAS: que se autoreconocen como pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas (amerindias), formando parte de un grupo específico, en la medida en que comparten su cosmovisión, sus costumbres, su lengua y sus códigos relacionales (socialización). Es indígena quien pertenece a una tradición cultural (de acuerdo a procesos de socialización, comunicación, trabajo, cosmovisión), descendiente de los pueblos originarios que habitaban América antes de la Conquista y colonización europea.

AFRODESCENDIENTES: Son descendientes de múltiples generaciones y procesos de mestizaje de los antiguos esclavos africanos. El término "afrodescendiente" denota a los descendientes de africanos que sobrevivieron a la trata esclavista en las Américas. Así mismo busca abarcar a todos los pueblos descendientes, directa o indirectamente, de la diáspora africana en el mundo.

ROM: Grupo étnico de tipo nómada, originario del norte de la India, establecido desde la conquista y colonización europea en lo que hoy en día es Colombia. Se autoreconocen al mantener rasgos culturales que los diferencian de otros sectores de la sociedad nacional como su idioma propio, llamado Romaní o Romanes, la ley gitana y descendencia patrilineal organizada alrededor de clanes y linajes. Colombia aprende La Red del conocimiento.

SOFT LAW: La expresión soft law busca describir la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante aunque no carentes de efectos jurídicos o al menos con cierta relevancia jurídica. Con el uso del término no sólo se pretende evidenciar la existencia de determinados instrumentos internacionales que no obstante no ser vinculantes tienen relevancia jurídica, si no también albergar bajo su mando diversas manifestaciones de acuerdos interestatales y consensos internacionales que independientemente de su valor jurídico se incorporan al discurso internacional y producen ciertos efectos que repercuten de diferentes formas en la formación, desarrollo, interpretación, aplicación y cumplimiento del derecho internacional, tanto en el ámbito

interno de los Estados como en el propio seno del derecho internacional. Diccionario jurídico

HARD LAW: El concepto de "hard law" en esencia se refiere a los tratados y reglas adoptadas por los Estados. Una vez adoptados, estos vinculan ante la ley.[1] Por otro lado, el concepto de "soft law" tiende a ser definido como un conjunto de mecanismos, tales como declaraciones, resoluciones y programas de acción, que demuestran conformidad ante las normas establecidas por el Derecho Internacional pero no son vinculantes ante la ley. A pesar de que su uso y puesto en vigor resulta ser de índole persuasiva, el "soft law" provoca efectos legales, entendiéndose que la adopción de tales mecanismos constituye el primer paso para que se conviertan en "hard law".

CONTRATO DE CONCESIÓN (Ley 685 de 2001 art. 45): El contrato de concesión minera es el 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 este Código. Este contrato es distinto al de obra pública y al de concesión de servicio público.

El contrato de concesión comprende dentro de su objeto las fases de exploración técnica, explotación económica, beneficio de los minerales por cuenta y riesgo del concesionario y el cierre o abandono de los trabajos y obras correspondientes.

1. DESCRIPCIÓN DEL CASO

- **Comunicado oficial de Old Coal Company.**

Queriendo compartir el progreso en su país, decidimos incursionar en la zona carbonera del Cesar. También quisimos participar, mediante la concesión minera, en el municipio "Camino del pez". Durante la etapa exploratoria que inició en el mes de diciembre de 2015, procuramos actuar conforme a las directrices internacionales y, por ende, ser respetuosos de los asuntos de derecho ambiental y minero en Colombia.

Previa exploración, desde el año 2014 iniciamos la búsqueda de información sobre la existencia de comunidades indígenas o afrodescendientes en el perímetro de desarrollo del proyecto; para ello, se consultó al INCODER mediante comunicación 1562 de enero 8 del 2014, con el fin de que se sirviera certificar su presencia.

A finales de febrero de 2014, el subgerente de promoción, seguimiento y asuntos étnicos del INCODER se pronunció mediante una comunicación oficial en el sentido de indicar la inexistencia de un resguardo indígena o comunidad afrocolombiana legalmente constituida.

La misma solicitud de información fue hecha en reiteradas oportunidades ante el Ministerio del Interior, entidad estatal que se pronunció de forma negativa sobre lo preguntado.

En este orden, se solicitó a la Secretaría de Planeación del Camino del Pez la expedición de la licencia de ocupación de espacio público, la cual se otorgó con radicado 29716, permitiendo la intervención hacia la vía principal que comunica con el resto del departamento. Dicho permiso afectó dos vías terciarias aledañas el municipio.

Para nuestra empresa es imposible legitimar, conocer o validar la existencia de un cabildo. Tampoco calificar si el proyecto adelantado afecta de forma positiva o negativa a un grupo poblacional aledaño a la zona de ejecución de la exploración y explotación.

Por último, es menester resaltar que el cabildo indígena Penca jamás se pronunció de manera formal, es decir, que no se agotaron las vías administrativas o disciplinarias para interrumpir la exploración y explotación subsiguiente.

Recordamos nuestro compromiso y la buena fe como ejes para el cumplimiento de nuestra misión empresarial.

- **<u>Comunicado oficial del cabildo indígena Penca.</u>**

Mediante el presente y con el objetivo de recibir su ayuda en la misión de proteger los derechos que como comunidad indígena tenemos, nos permitimos manifestar nuestra inconformidad frente a las actividades realizadas en nuestro territorio por la empresa Old Coal Company, por lo siguiente:

1. Como cabildo perteneciente a la etnia Unae, del resguardo indígena Itza, del municipio Camino del Pez, así reconocidos mediante el Oficio XCJ-5687 del Ministerio de Interior, es nuestro sentir la vulneración de los derechos fundamentales a la consulta previa, libre locomoción, respeto a nuestra cultura y autodeterminación como pueblo indígena.

2. Nosotros hemos habitado este territorio desde antes que el hombre blanco y su concepto de propiedad afectaran nuestras costumbres. Los Penca hemos ejercido con libertad nuestras tradiciones, es por ello que solicitamos con sus leyes y directrices la propiedad sobre la tierra que ya es nuestra.

3. El Ministerio del Interior y el INCODER certificaron a la empresa carbonera que en la zona intervenida sólo existían nuestros hermanos Winú, quienes se encuentran a 10 kilómetros de la obra, siendo esto OFENSIVO, dado que nosotros habitamos a menos de 3000 metros del perímetro a explorar.

4. Por el uso de la maquinaria se limitó nuestro acceso al casco urbano del municipio Camino del Pez y se nos impidió la comunicación con los cabildos vecinos, razón por la cual no fue posible hablar con el capitán del resguardo para que nos orientara sobre las posibles acciones jurídicas occidentales que se podrían adelantar.

Solicitamos su apoyo difundiendo este comunicado y agradecemos su participación.

2. FICHA TÉCNICA.

2.1. Nombre del Caso: Consulta previa en territorios indígenas no titulados.

2.2. Caso Nº:

2.3. Autores: Lina Fernanda Ante Guevara, María Alejandra Arias Valdiri, Rosa Stephanie Ramírez Cerón, Luisa María Quiñones Miranda y Holmes Tapasco Salazar.

2.4. Dirección: Cl. 18 #122-135- Universidad Icesi Cali, Valle del Cauca.

2.5. Fecha Original: 30 de junio de 2017

2.6. Fecha revisión: 30 de junio de 2017.

2.7. Revisor: Natalia Rodríguez Uribe.

2.8. Cursos donde podría utilizarse: Derecho Ambiental y Derecho Constitucional I y II.

2.9. Informadores o contactos sobre el caso: Rosa Stephanie Ramírez Cerón, Contratista, Agencia Nacional de Minería.

2.10. Bibliografía principal:

- Corte Constitucional, (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). Sentencia T- 704 de diciembre 13 2016.
- Ley 21 de 1991 mediante la cual se ratifica el Convenio 169 de 1989

- Ley 685 de 2001 "Código de Minas".
- Directiva Presidencial 1 de 2010.
- Ley 1530 de 2012 "sistema general de regalías"

2.11. Temas del caso: Consulta previa, derecho indígena, derecho minero, derecho ambiental, libertad de empresa y licencias ambientales y mineras.

2.12. Resumen del Caso:

1. En el año 2014, la multinacional Old Coal Company inició la propuesta de contrato de concesión minera enfocada a la exploración y explotación de un yacimiento de carbón en el Cesar. Para poder hacer la solicitud, se debieron adelantar los trámites previos frente a la Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior, esto para descartar la existencia de comunidades negras, cabildos indígenas o consejos comunitarios con los que debiera adelantarse una consulta por el impacto del proyecto.

2. La información que obtuvo la multinacional fue: "En el territorio donde actualmente se quiere desarrollar el proyecto solo existe una comunidad reconocida y registrada: el cabildo indígena Winú. Con los mencionados, se pretende realizar la consulta previa dentro de los 20 días siguientes a la fecha de esta comunicación."

Igualmente, el INCODER -actualmente: Agencia Nacional de Tierras- certificó, a la fecha de la consulta, que en la zona de exploración y explotación no existían territorios legalmente titulados de Resguardos Indígenas o comunidades negra**3.** En diciembre de 2014 se radicó la propuesta del contrato de concesión frente a la

Agencia Nacional de Minería (ANM). La documentación que se anexó incluyó el plano delimitando el perímetro a accederse con el soporte técnico correspondiente. En febrero de 2015, la solicitud se respondió de manera positiva para la exploración y, posterior, en caso de cumplir con los requisitos, explotación en la zona del perímetro ABC del municipio Camino del Pez, Cesar.

4. La etapa de exploración técnica duró un total once meses; es decir, hasta enero de 2016.

5. Tras cumplir con los requisitos de ley, la Agencia Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) emitió Licencia Ambiental No. 34673 de agosto de 2015. De igual forma, la Secretaría de Planeación del Camino del Pez la expidió la Licencia de Ocupación de Espacio Público No 29716 de agosto de 2015, en esta se contempló intervenir una la vía principal que comunica con el resto del departamento.

6. Durante marzo del 2016, y, tras recibir el visto bueno de la ANM al aviso previo y al programa de obras y trabajos de la explotación, se procedió anticipadamente a la construcción y montaje para la intervención en la mina de carbón.

7. A fecha de febrero 15 de 2017, la multinacional Old Coal Company inició los trabajos de explotación en la mina denominada "la Calidosa."

8. Con fecha 08 de mayo del año 2017, la Comunidad indígena Penca a través de apoderado judicial, radicó una tutela ante el Tribunal Administrativo de César, con el fin de que se les protegiera de manera inmediata los derechos fundamentales a

la consulta previa, la libre locomoción y la autodeterminación como pueblo indígena, garantías que se traducen en integridad cultural, social y económica garantizando el derecho a la participación.

9. Los Penca atribuyen dicha vulneración a hechos ocurridos por causa de la intervención arbitraria de la Old Coal Company en su territorio, toda vez que con la maquinaria utilizada en las labores y el cierre de la vía principal que comunica al resguardo con Camino del Pez y con Valledupar, así como de dos vías terciarias que conectan con varios resguardos, se les limitó la posibilidad de buscar ayuda jurídica y de recurrir al conocimiento de los capitanes de otros resguardos para enfrentar la situación por la que estaban atravesando, máxime cuando no tenían idea de cuál era el objeto del proyecto adelantado. Indican también que dichos hechos afectan su calidad de vida y ponen en peligro la preservación de sus costumbres ancestrales.

10. Cabe resaltar, que la comunidad Penca está reconocida por el Ministerio del Interior como cabildo indígena desde al año 2012 y que desde el mes de diciembre del año 2015 iniciaron ante la Agencia Nacional de Tierras los trámites tendientes a obtener el reconocimiento del resguardo como tal. Esto es, que el territorio donde han desarrollado todas sus prácticas desde hace muchos años sea legalmente titulado como de su propiedad.

3. FICHA PEDAGÓGICA

3.1. Nombre del caso: Consulta previa en territorios indígenas no titulados.

3.2. Asignaturas en las que puede aplicarse: Derecho constitucional, derecho administrativo (ambiental y minero), argumentación jurídica.

3.3. Reflexiones Generales del Caso.

Acorde a lo estudiado a lo largo es esta disertación académica, es menester señalar la relevancia de este caso en diferentes ramos del derecho, de suerte tal, que los presupuestos planteados y las posturas desarrolladas en la disertación rozan temas que oscilan entre la defensa de lo público y lo privado.

La consulta previa es un derecho y un mecanismo de protección a la identidad cultural de las diferentes comunidades étnicas, donde la preservación de los rasgos que componen la idiosincrasia de su colectividad no puede menoscabarse, sino que debe conciliarse mediante concertaciones sociales.

La Administración Pública no puede desconocer el papel de las comunidades étnicas como sujetos de especial protección y como integradores de la de la Nación, por esto, tienen una posición de garante dentro de la salvaguarda de sus derechos fundamentales.

En Colombia, la actividad minera es importante para el crecimiento socioeconómico del país, sin embargo, los lineamientos constitucionales han modificado la rigurosidad para su ejercicio, en este sentido, la Corte Constitucional

ha desarrollado su jurisprudencia en torno a proteger un amplio catálogo de derechos colectivos.

El Estado es dueño de los recursos no renovables y del subsuelo, esto a partir de la vigencia de la Constitución de 1991, situación que cambia respecto a la titularidad de dueña que ostentaba la Nación, en virtud de la constituyente anterior. Esta calidad lo faculta para determinar las directrices por las cuales se regirá la actividad minera, sin embargo, esto no puede desconocer los diferentes compromisos ambientales que ha suscrito el país dentro del ámbito del derecho internacional, por esto, se debe buscar que las prácticas de extracción de recursos tengan el menor impacto ambiental y este se mitigue a través de estrategias de recuperación del ecosistema.

3.4. Ayudas didácticas: Comunicados ficticios, pasquín ficticio de la protesta, conceptos de la Agencia Nacional de Minería y el Ministerio del Interior (Dirección de Consulta previa).

3.5. Preguntas para motivar la discusión:

- ¿En Colombia la consulta previa tiene un alcance de derecho de veto?
- ¿La consulta previa es un proceso de negociación coercitivo o negociación deliberativa?
- ¿Es posible reconocer cabildos o comunidades indígenas sin titular los territorios en los que están asentados?
- ¿El reconocimiento de los territorios de los pueblos indígenas por parte del Ministerio del Interior tiene carácter declarativo o constitutivo?

- Como quiera que el Ministerio del Interior es la entidad encargada de reconocer la existencia de las comunidades étnicas existentes en Colombia, ¿le corresponde dentro de sus funciones iniciar ante la Agencia Nacional de Tierras los trámites tendientes a la titulación y certificación de los territorios en donde dichas comunidades estén asentadas?

4. INTRODUCCIÓN:

Colombia es un Estado Social de Derecho, pluriétnico y multicultural (Artículo 7 CP), obligado a proteger la libertad, integridad personal, cultura y creencias de todas las personas residentes en el territorio nacional (Inciso 2 del artículo2 CP). Estos postulados consagrados en la Constitución Política, llevan implícito el derecho a la dignidad y la igualdad de las diversas manifestaciones culturales que coexisten en el ámbito nacional (Inciso 2, Artículo 70 CP).

El reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, deriva del esfuerzo realizado en el marco del derecho internacional destacándose el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, el cual fue ratificado por el gobierno colombiano, con la Ley 21 de 1991, que marca el impulso a la protección y promoción de los derechos humanos de estas comunidades.

Este instrumento consagra en su artículo 6º el derecho de consulta previa en favor de los pueblos indígenas cuando "se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente", así como cuando se vayan a desarrollar proyectos de exploración y explotación minera dentro de sus territorios. Por otra parte, el numeral 2º de la mencionada disposición ordena la

aplicación del principio de la buena fe en las consultas que se efectúen "con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas".

En Colombia la producción minera constituye uno de los principales renglones de la economía, dado que, a través del Sistema General de Regalías, el Estado hace el reparto de las mismas para la financiación de proyectos regionales de inversión social e infraestructura. Sin embargo, cuando la exploración o explotación minera debe realizarse en territorios indígenas, se presenta un conflicto que en los últimos años ha estado en el centro del debate nacional por los intereses aparentemente antagónicos que representan; por una parte, aparece la tesis según la cual el desarrollo de toda actividad minera es inaceptable por el desbalance que se presenta entre el daño al medio ambiente y los beneficios sociales que origina. Por otra parte, la necesidad de explotar los recursos naturales no renovables para promover el desarrollo económico y social de la Nación, en beneficio de todos los habitantes.

El análisis de este caso, presenta los argumentos centrales de cada una de estas tesis y presenta los diferentes elementos de análisis para quienes pretendan abordar esta temática con fines académicos.

Por tal razón, surgen los problemas jurídicos que a continuación se enuncian:

4.1. PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER:

Del caso descrito anteriormente, se desprenden tres problemas jurídicos centrales, que se resolverán en los capítulos siguientes y que se indican a continuación en forma de interrogante.

¿El reconocimiento y respeto efectivo a los derechos colectivos de los pueblos indígenas requiere previo pronunciamiento de las autoridades administrativas en cuanto a la certificación de ocupación de un territorio y su existencia como comunidad, o esta deriva de la misma existencia ancestral y tradicional?

En el ordenamiento jurídico colombiano, ¿es la consulta previa un derecho fundamental que implica un derecho de participación de los pueblos indígenas y tribales o es más bien un derecho de veto?

¿Cómo resolver la tensión permanente de derechos entre la multinacional Old Coal Company y el Cabildo Indígena La Penca? Esta tensión se deriva de:

- El otorgamiento a la multinacional Old Coal Company de la licencia para la ocupación de espacio público con fines de exploración carbonífera, por parte de la Secretaría de Planeación del Municipio Camino del Pez.
- La ocupación ancestral del territorio objeto de intervención minera por parte de la etnia Unae, constituida como cabildo indígena "La Penca", en el Resguardo indígena Itza del Municipio Camino del Pez.
- La certificación del Incoder de inexistencia de resguardos indígenas o comunidades afro, en el área de intervención minera**.**

4.2. SUBTEMA A RESOLVER DENTRO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS CENTRALES:

Dentro del caso objeto de estudio, se identifica una circunstancia problemática que debe ser resuelta con el fin de dar claridad a las posibles soluciones jurídicas que resulten de los problemas jurídicos centrales:

A. Como quiera que la Consulta Previa es un derecho fundamental, ¿constituye la falta de creación de una ley general, por parte de las ramas Ejecutiva y Legislativa del Poder público una transgresión del mismo que a su vez permite a las entidades estatales incurrir en vicios en los trámites administrativos?

4.3. DESARROLLO DE LOS PROBLEMAS Y SUBTEMA JURÍDICOS:

4.3.1. Problema jurídico 1: Existencia ancestral y tradicional de los pueblos indígenas.

Para dar respuesta a este problema, se procederá a realizar un breve análisis de los antecedentes históricos que permitieron la consagración constitucional de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y su posterior desarrollo jurisprudencial. Esto permitirá a su vez, identificar los antecedentes jurídicos de protección para el reconocimiento y ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

A través del tiempo, los derechos de las comunidades indígenas se han visto altamente vulnerados por la falta de regulación y protección proveniente de la administración. Éstos han ignorado la importancia que tiene la conservación de estas comunidades, ya que aportan diversidad, riqueza cultural y recuerda los orígenes, la identidad y la historia del país. Actualmente la regulación que se encuentra constitucional y jurisprudencialmente al respecto ha surgido de la

manifestación y participación política de manera activa por parte de las mismas comunidades indígenas, quienes a raíz del olvido al que se les había sometido han presionado masivamente para que a partir de esto se les otorgue reconocimiento y protección en sus tradiciones y territorios, así lo indica la producción jurisprudencial de las últimas décadas[1].

Constitucionalmente, las comunidades indígenas se encuentran reconocidas y protegidas por el artículo 7. "El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana". Este planteamiento le da a las comunidades indígenas el carácter de sujetos de derecho fundamentales colectivos, y sigue su garantía brindándoles instrumentos jurídicos procesales, entre estos la acción de tutela del artículo 86 de la carta política, utilizada para proteger la propiedad colectiva sobre los territorios ocupados por indígenas[2].

Estos territorios son reconocidos por el artículo 63 de la CP bajo la figura de los resguardos "[…] las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo […] son inalienables, imprescriptibles e inembargables". Y refuerza esta figura jurídica con el artículo 329. 2 "Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable". Con esta protección constitucional al impedir la venta de los territorios de resguardos indígenas se cumple efectivamente con la conservación de su identidad y la tradición cultural, dejando claro que el territorio para las comunidades indígenas no solo implica su sustento, sino que también guarda su relación ancestral y religiosa.

---

[1] Corte Constitucional sentencia SU-039 de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell); febrero 3, 1997; Corte Constitucional sentencia SU-510 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); septiembre 18, 1998

[2] Corte Constitucional sentencia T 704 de 2016 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; diciembre 13 de 2016)

Por otra parte, la Corte Constitucional mediante sentencia T-380 de 1993 ha plasmado el hecho de que:

> *Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos. En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes.*

Lo anterior es una muestra jurisprudencial importante de la protección que tienen los derechos colectivos de los que gozan las comunidades indígenas, y esta tesis se refuerza mediante sentencia SU-510 de 1998 donde se enuncian los derechos que tienen las comunidades indígenas y que tienen conexidad con otros derechos que resultan favorables para las mismas:

> *1. el derecho a la subsistencia a resultas del derecho a la vida (artículo 11 de la CP); 2. El derecho a la integridad étnica, cultural, social y económica a resultas del derecho a la integridad física (artículo 12 de la CP), en particular como derecho a la defensa contra la desaparición forzada; 3. El derecho a la propiedad de tierra comunitaria; 4. el derecho a la participación en decisiones y medidas que pudiesen afectar a las comunidades indígenas, en particular relacionadas con la extracción de recursos naturales en sus territorios según el artículo 6.15 de la Ley 21 de 1991 aprobatoria del convenio 169 de 1989 de la OIT, artículo 330 de la CP ("Consulta previa").*

Por lo anterior podemos inferir que la necesidad de un trámite de certificación por parte de las autoridades administrativas concediendo de un territorio, no implica

el desconocimiento de la existencia de los derechos colectivos de los cuales son sujetos las comunidades indígenas y que se encuentran protegidos y garantizados por medio de diversas acciones populares. Dichas comunidades gozan de su territorio por medio de la posesión ancestral y esto conlleva el hecho de tomar medidas tendientes a salvaguardar los territorios que no han sido necesariamente ocupados exclusivamente por ellos pero que han tenido acceso para desarrollar sus actividades tradicionales y de supervivencia[3], en consecuencia el reconocimiento por parte de las autoridades administrativas funciona como una mera formalidad, ya que estos son los encargados de tomar las medidas necesaria para la protección de los derechos de posesión y propiedad, Todo lo anterior consagrado en el convenio 169 de 1989 de la OIT ratificado en Colombia por la Ley 21 de 1991, en sus artículos 4, 6, 7 y 15, que serán desarrollados posteriormente.

Una vez revisados los antecedentes constitucionales de los cuales deviene la protección de los pueblos indígenas, afrodescendientes y tribales, así como el amplio desarrollo jurisprudencial del que han sido objeto los derechos fundamentales a ellos reconocidos, es importante indicar que al análisis histórico arriba desarrollado, subyace la necesidad de abordar un aspecto relevante relacionado con los mecanismos de protección correspondientes a la Consulta previa desde el ámbito normativo en tanto que de su consagración legal depende en gran medida la posibilidad de que sean garantizados y se pueda exigir judicialmente su cumplimiento.

Es por lo anterior, que como subtema se estudiará lo relativo al marco normativo de la Consulta Previa, con el fin identificar los antecedentes escritos de carácter

[3] Gloria Amparo Rodríguez. *Breve Reseña De Los Derechos Y De La Legislación Sobre Comunidades Étnicas En Colombia.* Disponible en http://www.urosario.edu.co/urosario_files/3a/3a3ccef9-bcde-4c21-bfcf-35cae97d5c48.pdf. Ultima revisión (junio 28, 2017).

legal que han establecido las pautas para su aplicación y bajo los cuales las entidades estatales y no estatales deben orientar sus actuaciones en este materia.

Para ello, es menester indicar que, como se dijo inicialmente, la Consulta Previa es un Derecho Fundamental que tiene su origen normativo en el Convenio 169 de la Organización Mundial del Trabajo (OIT), específicamente el artículo 6 numerales 1º y 2º, tratado que fue ratificado por Colombia mediante La Ley 21 de 1991, cuyo principal efecto es que el Convenio hace parte del bloque de constitucionalidad y por tanto es vinculante y obliga a los Estados a ajustar su ordenamiento jurídico a los preceptos allí establecidos. En razón a ello, el Congreso en un actuar mancomunado con el Gobierno ha tratado desde entonces, de reglamentar el derecho a la Consulta previa, adoptando leyes, decretos y directivas presidenciales, con el objetivo de orientar o establecer unas guías para su aplicación práctica. Dentro de dichas disposiciones estas son algunas de las más importantes:

I. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA CONSULTA PREVIA	
Disposición	**Asunto que trata**
Constitución Política de Colombia. **Artículo 7**.	El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana.
Constitución Política de Colombia. **Artículo 9.**	Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia.
Constitución Política de Colombia. **Artículo 58.**	Garantiza el derecho a la propiedad privada, ordena que el interés privado debe ceder ante el interés general, le asigna a la propiedad una función ecológica, como parte de su función social. Y le ordena la Estado proteger y promover las formas solidarias y asociativas de propiedad.

Constitución Política de Colombia. **Artículo 63.**	Las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, son inalienables, imprescriptibles e inembargables
Constitución Política de Colombia. **Artículo 79.**	Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.
Constitución Política de Colombia. **Artículo 330.**	**PARÁGRAFO.** La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.
	NORMA INTERNACIONAL
Convenio 169 de 1989 ratificado por Colombia mediante Ley 21 de 1991 **Artículo 4.**	**Numeral 1.** Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.
Convenio 169 de 1989 ratificado por Colombia mediante Ley 21 de 1991 **Artículo 6.**	**1.** Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: **a)**. Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

	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.
Convenio 169 de 1989 ratificado por Colombia mediante Ley 21 de 1991 **Artículo 7.**	**Numeral 3.** Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.
Convenio 169 de 1989 ratificado por Colombia mediante Ley 21 de 1991 **Artículo 15.**	**Numeral 2.** En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga 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 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.
Declaración Universal de los derechos de los pueblos indígenas	Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros

Artículo 25	recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras
Declaración Universal de los derechos de los pueblos indígenas **Artículo 26**	1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. 3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.
Declaración Universal de los derechos de los pueblos indígenas **Artículo 27**	Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas pertinentes, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.
Declaración Universal de los	1. Los pueblos indígenas tienen derecho a

derechos de los pueblos indígenas **Artículo 32**	determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos. 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. 3. Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.
II. MARCO LEGAL DE LA CONSULTA PREVIA:	
Disposición	**Asunto que trata**
Ley 70 de 1993- "Ley de Comunidades Negras".	Reconoce la propiedad colectiva de la tierra de las comunidades afrocolombianas entendidas como grupos étnicos que históricamente han habitado en un territorio y busca también la protección de su identidad como cultura y el fomento de su desarrollo económico y social. La presente normatividad se hizo en desarrollo del mandato específico consagrado en el artículo 55 transitorio de la Constitución Política. "Es el primer antecedente normativo en el que se consagra a las

	comunidades afrodescendientes como titulares del derecho a la consulta previa".[4]
Ley 99 de 1993- Código Recursos Naturales, artículo 76.	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. Igualmente, mediante esta ley se crea el Ministerio del Ambiente como autoridad ambiental encargada de definir las políticas y regulaciones a las que se deben acoger todas las personas en el aprovechamiento de los recursos naturales y el medio ambiente de la Nación, así como también, el Sistema Nacional Ambiental (SINA), que conforme al artículo 4º de ésta disposición legal permite la puesta en marcha de los principios generales ambientales y está conformado por orientaciones, instituciones y programas entre otros. De otro lado, en la misma ley el artículo 13º se refiere al Consejo Nacional Ambiental, que busca "armonizar las regulaciones y decisiones ambientales con la ejecución de los proyectos de desarrollo económico y social." El hecho de que las comunidades indígenas y negras a través de sus correspondientes representantes sean miembros integrantes de este Consejo, demuestra la importancia para el Gobierno de su

[4] Gustavo Quintero Navas. *Consulta Previa a las Comunidades Indígenas Afrodescendientes y los pueblos tribales en Colombia: Un papel Garantista del Juez Constitucional.* Diritto & Questioni Pubbliche. 12/2012. At 413.

	participación en la toma de decisiones de índole ambiental, y ello denota que esta ley es una continuación de lo consagrado en el artículo 55 transitorio de la Constitución Política.

III. DECRETOS

En virtud del artículo 189 numeral 11º de la Constitución Política y los artículos 44 y 45 de esta Ley 70 de 1993, el Presidente de la Republica en ejercicio de sus facultades constitucionales y reglamentarias expidió los siguientes decretos con el objetivo de establecer las directrices que permitan la aplicación de las leyes arriba indicadas.

Disposición	Asunto que trata
Decreto 1397 de agosto 8 de 1996, artículo 7.	LICENCIAS AMBIENTALES. No se podrá otorgar ninguna licencia ambiental sin los estudios de impacto económico, social y cultural sobre los pueblos o comunidades indígenas, los cuales harán parte de los estudios de impacto ambiental. Los estudios se realizarán con la participación de las comunidades, sus autoridades y representantes.
Decreto 1320 de 1998.	"Por el cual se reglamenta el procedimiento de la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio; establece un procedimiento específico que permita a las autoridades ambientales ejercer su competencia en esa materia de acuerdo al artículo 76 de la ley 99 de 1993.".
Decreto 2820 de 2010 (Derogado por el artículo 53 del Decreto Nacional 2041 de 2014).	Fue creado en virtud del artículo 53 de la Ley 99 de 1993, y reglamenta el título VIII de la misma en lo correspondiente a las licencias ambientales, en razón a su obligatoriedad para la ejecución de actividades que puedan ocasionar daños graves o deterioros en los recursos naturales renovables y el medio

	ambiente o modificar el paisaje [5]. El presente Decreto en su art. 1º define los términos consagrados en el mismo para una adecuada interpretación; en el art. 2º indica que las autoridades ambientales competentes son la Agencia Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) y las Corporaciones Autónomas Regionales y las de Desarrollo Sostenible que, a su vez, podrán delegar esas competencias en las entidades territoriales entre otras disposiciones.
Decreto 2893 de 2011.	Este Decreto es relativo a la organización de la estructura del Ministerio del Interior que dentro de sus funciones contempla la coordinación para la realización de los procesos de Consulta Previa. Igualmente, tal y como lo estipula el artículo 5º la Dirección de Consulta Previa hace del Despacho del Viceministro para la Participación e Igualdad de Derechos.
Decreto 2163 de 2013.	"Protocolo Interinstitucional, por el cual se conforma y reglamenta la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, Raizales y Palanqueras" que estará conformada por delegados de los consejos comunitarios de dichas comunidades que cuenten con título colectivo adjudicado por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER) y de los representantes de las organizaciones raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina conforme el artículo 1º, y se dictan

[5] Código de Recursos Naturales Renovables [CRNR]. Ley 99 de 1993. Artículo 49. noviembre 22 de 1993 (Colombia).

	otras disposiciones de Consulta Previa.
IV. DIRECTIVAS PRESIDENCIALES QUE REGULAN LA CONSULTA PREVIA	
Disposición	**Asunto que trata**
Directiva Presidencial 1 de 2010.	Reseña los mecanismos para la aplicación de la Ley 21 de 1991, señala las acciones que requieren la garantía del derecho a la Consulta Previa y establece los mecanismos mediante los cuales procede el proceso de Consulta Previa. Para mayor claridad, nos permitiremos explicar brevemente cada uno de ellos: • **Autoridad responsable:** Le corresponde al Ministerio de Interior y Justicia coordinar la realización de los procesos de Consulta Previa, hasta que se determine la competencia de los entes territoriales respecto a la garantía de dicho derecho de acuerdo con la Resolución Nº 3598 de 2008.[6] La responsabilidad es compartida entre el Ministerio ya indicado y los representantes del proyecto. La participación del Ministerio Público, es oportuna en todos los casos y en cualquier etapa de la consulta previa. • **Acciones:** Con este término se hace referencia a todos aquellos actos que deben ser consultados a los grupos étnicos nacionales, en tanto que pueden generar afectación o vulnerar los derechos de los que son titulares. Algunas de dichas acciones son: i) la expedición de medidas legislativas y administrativas, ii)

[6] Establece el procedimiento para coordinar la Consulta Previa, alcance, definiciones, requisitos, entre otros.

	Programas de explotación de recursos naturales, iii) Enajenación de tierras o transferencia de derechos sobre las mismas (titulación colectiva), iv) Desarrollo, incremento o transformación de mallas viales, v) Erradicación de Cultivos ilícitos, entre otras. • **Mecanismos:** Se entienden como aquellos elementos de los cuales pueden hacer uso los grupos étnicos Nacionales durante el procedimiento de la consulta previa y cómo deben surtirse las fases de dicho procedimiento. Corresponde al Gobierno permitir el diálogo de los posibles afectados con los representantes del proyecto. • **Manejo de los impactos:** Los actores involucrados en el proceso de Consulta previa deben suscribir acuerdos y adoptar responsabilidades tendientes a garantizar los derechos de la población afectada por el desarrollo del proyecto.
Directiva Presidencial 10 de 2013 (Guía para la realización de Consulta Previa de las Comunidades Étnicas).	Mediante este protocolo, se busca regular la coordinación Interna de las entidades públicas involucradas, a efectos de garantizar la integración de las competencias correspondiente y la distribución eficaz de los recursos, así como la eficiente circulación de la información relevante, la transparencia en los procesos, y permitir el seguimiento de los deberes de las entidades responsables. Las etapas que deben realizarse para la consulta previa son las siguientes: • Certificación presencia de

	comunidades. • Coordinación y preparación • Preconsulta • Consulta previa • Seguimiento de acuerdos.

Conforme lo expuesto en el normograma que antecede, se puede observar que, si bien no un existe un marco legal de carácter general que integre en su totalidad este mecanismo, se evidencia que por parte de las Ramas Legislativa y Ejecutiva se ha procurado hacer un compendio de las directrices que deben seguir las entidades estatales y no estatales, en tanto que se han reglamentado de manera precisa aspectos concordantes que permiten entender el funcionamiento de la Consulta previa.

Podría entonces afirmarse que el Gobierno, ha venido desarrollando y ajustando sus acciones y políticas con el objetivo de garantizar este derecho fundamental que está conformado por otros dos derechos fundamentales, como son el de preservar su integridad étnica y el de la participación. Por ello, se hace necesaria la implementación de espacios de interlocución, para cada caso particular, en donde dichos pueblos expresen activamente sus inquietudes frente al proyecto o actividad; y que conjuntamente con quien va a desarrollarlos diseñen medidas tendientes a prevenir, mitigar, corregir o compensar los impactos derivados de tales obras o actividades.[7]

[7] Carlos Eduardo Salinas Alvarado. *La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia.* Derecho del Estado Nueva Serie. Número 27 de 2011. Disponible Online http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3019/3055. Revisado por última vez 14/06/2017.

3.2.2. Problema Jurídico 2: La Consulta Previa: Un derecho de participación o derecho de veto.

Con el fin de abordar el segundo problema jurídico, es pertinente analizar las disposiciones donde se encuentra regulado, que permita establecer su contenido y alcance.

Antecedentes normativos en el Derecho Internacional:

Iniciaremos con el Convenio No. 169 de la OIT, que establece la consulta previa como un derecho fundamental que además funciona como un mecanismo de participación activa en cabeza de los pueblos indígenas, y tribales. Derecho que se hizo positivo con el Convenio No. 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, que fue adoptado por la 76ª reunión de la Conferencia General de la (OIT), Ginebra, 1989 (en adelante se denominará el Convenio No. 169).

El Convenio No. 169 de la OIT, tuvo como su antecesor, al Convenio Nº 107 de la OIT de 1957, que consagra la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, el cual se sustenta en el principio de la no discriminación, y se le reconoce como el instrumento que sirvió para encender las alertas en campo internacional sobre esta materia.

Aunque algunos Estados, se mantienen en el Convenio No. 107, otros Estados signatarios del Convenio No.169, concurrieron a su ratificación,[8] entre ellos Colombia y varios de los países latinoamericanos que tienen dentro de su sociedad

[8] Naciones Unidas, Folleto informativo Nº 9/Rev.2, Nueva York y Ginebra, 2013.

un porcentaje representativo de población indígena y tribal. Para la fecha, según el reporte de la OIT (normlex) 22 países han ratificado el Convenio No. 169.

El Convenio No. 169, hace parte de los instrumentos jurídicos internacionales que constituyen un triunfo significativo en el contexto internacional, por ser pionero en la protección de los derechos de los pueblos indígenas y grupos étnicos, y por su contribución sustancial en el avance del reconocimiento y protección de derechos, el respeto a sus formas de vida, desarrollo económico y el derecho sobre sus tierras.

Ahora bien, durante las décadas siguientes, el debate internacional en materia de protección de derechos de los pueblos indígenas y tribales, se continuó, dando lugar a múltiples foros sobre la necesidad de robustecer el marco jurídico para la efectiva protección para esta población.[10]

Al cabo de los 18 años siguientes a la aprobación del Convenio No. 169, se logró en el marco de la Organización de las Naciones Unidas aprobar "la Declaración sobre los derechos de los Pueblos y tribales", el 13 de septiembre de 2007, con una votación de 144 votos a favor, 11 abstenciones y 4 votos en contra.[11]

Esta Declaración, en contraposición al Convenio No. 169, amplió el espectro en relación a los derechos de los pueblos indígenas, en lo relacionado con su desarrollo (Art. 3), el respeto (Art. 46) y prevalencia al derecho consuetudinario,

---

[10] Naciones unidas, declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, disponible en https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/declaracion-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas.html última revisión (junio 29, 2017).

[11] Naciones Unidas, Folleto informativo Nº 9/Rev.2, Nueva York y Ginebra, 2013.
Votos en contra: Australia, Canadá, Estados Unidos de América y Nueva Zelandia. No obstante, posteriormente varios de estos mismos Estados han ido modificado su posición inicial, y han terminado por adherirse a la Declaración.

tanto a sus tierras, como a sus recursos, al empleo, a la educación y a la salud (Art. 21).

Aunque la Declaración amplió el alcance de protección para los derechos de los pueblos indígenas, se debe tener en cuenta que aquella, es un instrumento que pertenece al sistema de fuentes del *Soft –Law,*[12] y en sentido, busca establecer lineamientos, guías y, sobre todo, construir las bases aspiracionales en el contexto internacional. Sin embargo, no deja de ser parte del denominado "derecho blando", que inevitablemente encuentra unas barreras difíciles de derribar por cuanto carece de la fuerza vinculante y de contenido obligacional para los Estados.

Esta Declaración consagra derechos individuales y colectivos, circunscritos a bienes materiales e inmateriales que se encuentran en concordancia con los derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Derechos que en términos globales se enuncian a continuación:

Derechos de los pueblos indígenas - Declaración Universal (2007)	**Artículo 3** Derecho a la Libre de determinación
	Artículo 26 Derecho a las tierras, territorios y recursos
	Artículo 3 Derechos Económicos, sociales y culturales

[12] Diccionario jurídico, disponible en http://www.diccionariojuridico.mx/?pag=vertermino&id=1754. Última revisión (junio 28, 2017).

	Derechos Colectivos
	Artículo 46 Derecho a la igualdad y no discriminación
	Derechos afirmados en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos entre los pueblos indígenas y los Estados

Por consiguiente, la Declaración, constituye una fuente inspiradora para los Estados que la hayan adoptado, permitiendo construir y avanzar en cada ordenamiento jurídico, por un mayor respeto y dignificación de los miembros de estas comunidades.

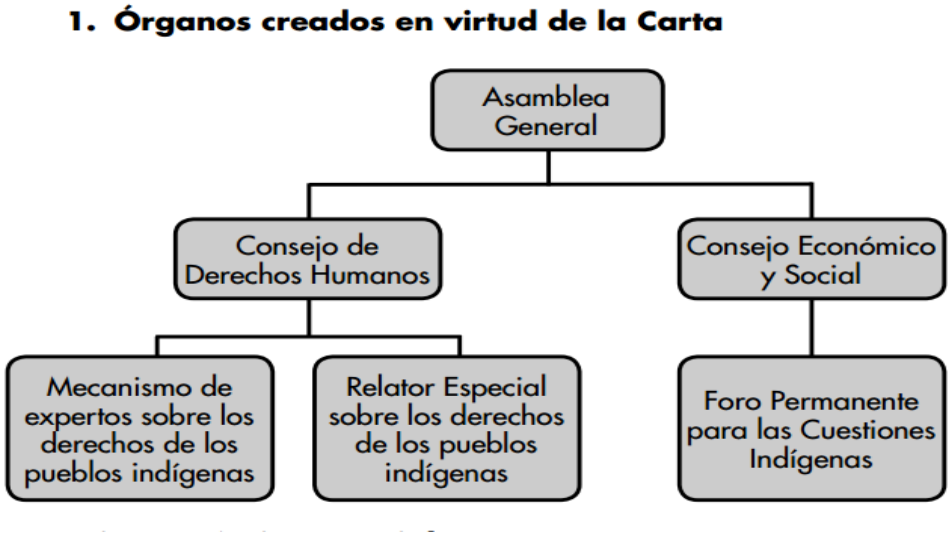
Sin embargo, es preciso aclarar que, aunque la Declaración no hace parte del *Corpus Juris* con fuerza vinculante, incorpora algunos derechos que sí, hacen parte del *Hard – Law*,[13] como es el caso del derecho a la libre determinación y la no discriminación, que están contenidos en sistema de fuentes vinculantes del internacional y otros casos, incluso que hacen parte del consuetudinario.[14]

Vale la pena mencionar, que, en el sistema internacional de protección a los derechos humanos, existen órganos creados en virtud de la Carta de las Naciones Unidas con la especificidad en materia de pueblos indígenas, entre los cuales hay unos que se encargan de promover el diálogo y cooperación entre los Estados parte, los organismos de las Naciones Unidas y los pueblos indígenas, otros cumplen la función de brindar asesoraría especializada, elaborar las recomendaciones, otros por su parte les corresponde asumir la difusión y

[13] Mónica E. Rivera Bayón. *Apuntes De Derecho Internacional: ¿Qué Son El "Soft Law" Y El "Hard Law"?* (18 marzo, 2016) https://pangeaupr.org/2016/03/18/apuntes-de-derecho-internacional-que-son-el-soft-law-y-el-hard-law/. última revisión (junio 29, 2017)

[14] Naciones Unidas, Folleto informativo Nº 9/Rev.2, Pág. 14, Nueva York y Ginebra, 2013.

divulgación de la información de asuntos indígenas, a otros la promoción y protección de los derechos humanos, los cuales conforman la estructura institucional, como se ilustra en el siguiente esquema:[15]



Cabe destacar que en el Sistema Interamericano, existe un nuevo instrumento de interpretación e ilustración, que surgió después de aproximadamente 17 años de negociaciones,[16] aprobado en el marco del 46 Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), el 15 de junio de 2016, denominado la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Instrumento que busca robustecer las fuentes del Sistema Interamericano y constituye un avance significativo para elevar el estándar internacional en esta materia. Incluso, en algunos asuntos, se pone en un lugar de vanguardia por

[15] Naciones Unidas, Folleto informativo Nº 9/Rev.2, Nueva York y Ginebra, 2013.
[16] María Isabel Rivero, *CIDH celebra aprobación de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas,* No. 082/16 OEA Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (22 de junio, 2016). http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2016/082.asp. Última revisión (junio 29, 2017)

ejemplo en el tema del derecho a la paz (Art. XXX) y a la familia (Art. XVII), cuyo desarrollo se verá reflejado en los años subsiguientes.

Asimismo, servirá de derrotero para que los Estados de las Américas, continúen en la tarea de honrar a más de 50 millones[17] de seres humanos (hombres, mujeres, niños y niñas) que hacen parte de esta población tan golpeada por siglos y de esta forma adopten medidas de protección efectivas en sus ordenamientos jurídicos destinadas al respeto y garantía de los derechos de los pueblos indígenas. Reto que por construir…

En ese sentido, los derechos que reconoce con el carácter de fundamentales son:

Derechos de los pueblos indígenas - Declaración Americana de derechos de los Pueblos indígenas (2016) ** **Regida por principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional.	**Artículo XXI.**Derecho a la Libre determinación
	Artículo XVIII A sus territorios ancestrales
	Artículo XXVIII A la consulta y a un consentimiento previo, libre e informado.
	Artículo XI Derecho a vivir libres de genocidio y otras forma de formas de asimilación, discriminación racial, racismo, intolerancia y violencia.
	Artículo I Derecho a la auto-identificación, promueve el respeto, el desarrollo y el fortalecimiento de las culturas, tradiciones, formas de vida e idiomas indígenas.
	Artículo XVIII Derecho a la salud y a un medio ambiente sano;

[17] María Isabel Rivero, *CIDH celebra aprobación de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas,* No. 082/16 OEA Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (22 de junio, 2016). http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2016/082.asp. Última revisión (junio 29, 2017)

	Artículo XXVI Derechos de aislamiento voluntario y en contacto inicial a permanecer en dicha condición y de vivir de forma libre y de acuerdo a su cultura y cosmovisión.
	Artículo VII. Derecho a la igualdad de género de las mujeres indígenas, y demás garantías fundamentales
	Artículo XVII. Derecho de los pueblos indígenas a la familia. **Artículo XXX** Derecho a la paz y la seguridad.

Antecedentes normativos en el Derecho Interno: En cuanto a la regulación en materia de derechos de los pueblos indígenas y tribales, es menester hacer un breve recuento de las normas que en el ordenamiento jurídico colombiano fundamentalmente abordan este asunto, así:

En tal sentido, para el caso de los indígenas,[18] el artículo 330 de la Constitución Política, dispuso: "De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:…"

Para el caso de la población afrodescendiente,[19] la Ley 70 de 1993, "Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política", en su artículo primero señala: "(…) reconocer a las comunidades negras que han venido

[18] Colombia aprende, http://colombiaaprende.edu.co/html/mediateca/1607/article-84457.html, Última revisión (junio 28.2017) última revisión (junio 29, 2017)

[19] Colombia aprende http://colombiaaprende.edu.co/html/mediateca/1607/article-84457.html Última revisión (junio 28.2017) última revisión (junio 29, 2017)

ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva, de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes."

Así mismo tiene como propósito el fomento del desarrollo económico y social de esta población, con el fin de garantizar que estas comunidades obtengan condiciones reales de igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad colombiana.

De acuerdo con lo previsto en el Parágrafo 1o. del artículo transitorio 55 de la Constitución, la ley se aplicará también en las zonas baldías, rurales y ribereñas que han venido siendo ocupadas por comunidades negras que tengan prácticas tradicionales de producción en otras zonas del país y cumplan con los requisitos establecidos en esta ley.

Con relación, a los grupos Rom,[20] el Decreto 2957 de 2010, establece el marco normativo para la protección integral de los derechos del grupo étnico Rom o Gitano, con el fin de proteger su integridad étnica y cultural, y ejercicio pleno de los derechos colectivos.

Alcance del Derecho a la consulta previa.

Avanzando en este análisis, resulta pertinente indicar que la consulta previa como quedó consignada en el artículo 6 del Convenio 169, tiene un contenido obligacional que se puede examinar bajo tres ámbitos:

a) Acción gubernamental,

[20] Colombia aprende, http://colombiaaprende.edu.co/html/mediateca/1607/article-84457.html. Última revisión (junio 28.2017) última revisión (junio 29, 2017)

b) Derecho de participación de los pueblos indígenas y grupos étnicos y

c) la Consulta propiamente dicha.

El primero de ellos, entiende la Consulta previa, como una *acción de carácter gubernamental*, en cabeza del Estado, mediante tiene el deber de contar con instituciones de carácter representativo y mecanismos idóneos que generen espacios de discusión con los pueblos interesados, con el fin que se discutir todas las medidas de orden legislativo o administrativo, que los puedan afectar.

En segundo lugar, la consulta previa entendida como el *Derecho de participación de los pueblos indígenas,* deriva de los principios de dignidad humana e igualdad. Éste ostenta el carácter de derecho fundamental, que se ejerce de forma libre y en condiciones de igualdad con los demás sectores de la población, en todos los niveles de adopción de decisiones por parte de instituciones de elección popular, organismos administrativos o de cualquier índole, encargados de establecer las políticas y programas que le impacten.

Por último, la Consulta previa propiamente dicha, entendida como expresión y desarrollo del derecho a la libre de determinación de los pueblos. Herramienta, que se sustenta y erige sobre el principio internacional de la *Buena fe*, que tiene como propósito estar acorde con las situaciones en cada caso particular, y tiene como finalidad lograr un acuerdo o lograr el consentimiento frente a las medidas formuladas por la institucionalidad en los territorios donde se encuentre población indígena o tribal que pueda resultar afectada.

Así las cosas, el principio de la participación activa de los pueblos indígenas y tribales, en las decisiones que pueden llegar a impactar su territorio, sus costumbres, el cuidado de los recursos naturales y en general invadir su

cosmogonía, es una garantía de rango constitucional, que encuentra en la consulta previa un importante aliado. No obstante, en la práctica, este mecanismo, se enfrenta a tensiones muy fuertes, consecuencia de los múltiples intereses que subyacen en cada situación.

Con en el siguiente ejemplo, se ilustra claramente una de las tensiones más fuertes que se presentan en la práctica. Tal es el caso de la acción de tutela originada en caso de las comunidades del Resguardo Yaigojé Apaporis legalmente constituido,[21] que fue objeto de revisión mediante Sentencia **T-384A/14,** en la cual la Corte hace importantes precisiones con relación a la consulta previa y además se evidencian circunstancias de tensión que puede generar prácticas indebidas por la manipulación y sobornos.

Acción de tutela impetrada por un miembro de la comunidad indígena en representación de autoridades tradicionales de las comunidades indígenas del municipio de Taraira, Vaupés, en contra el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Parques Nacionales Naturales de Colombia y la Asociación de Capitanes Indígenas del Resguardo Yaigojé Apaporis –ACIYA–, como mecanismo transitorio, que buscaba el amparo de los derechos fundamentales a la identidad cultural, a la participación en condiciones de igualdad y al debido proceso en el desarrollo del derecho de consulta previa.

Derechos que se consideraron vulnerados con ocasión al proceso de creación del Parque Nacional Natural Yaigojé Apaporis, debido a que el trámite de la consulta previa no se surtió con el consentimiento de todas comunidades indígenas involucradas. Como antecedentes principales, se mencionan: a) Que el Ministerio

[21] Corte Constitucional Sentencia T-384A/14 (M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; junio 17 de 2014).

del Interior, Dirección General de Asuntos Indígenas, inscribió en el Registro de Autoridades Tradicionales Indígenas y/o Cabildos a la "Asociación de Capitanes Indígenas de Yaigojé y Bajo Apaporis, en adelante , –ACIYA–, de los Departamentos del Vaupés y Amazonas"; b) De acuerdo a los estatutos del ACIYA, las decisiones importantes que afecten la integridad de las comunidades deben ser tomadas por sus capitanes, de forma unánime. c) Que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial a solicitud de ACIYA, declaró, reserva el Parque Nacional Natural Yaigojé Apaporis", en el territorio del Resguardo indígena para su conservación y la del patrimonio cultural de las comunidades; d) Que las Autoridades Tradicionales de las Comunidades Indígenas del Municipio de Taraira-Vaupés, manifestaron su oposición a la creación del Parque Nacional Natural Yaigojé Apaporis, porque no fueron partícipes del congreso donde fue discutida la viabilidad de la declaratoria del parque natural, y en el cual las capitanías y autoridades tradicionales del resguardo sentaron posiciones. e) el accionante alude que la no asistencia ha dicho congreso en el que se llevó a cabo la protocolización de la consulta previa, obedeció a que, de acuerdo con sus valores culturales, la inasistencia a reuniones la entienden como "el desagrado de participación". f) dos días después de haberse declarado reserva el Parque Nacional Natural Yaigojé Apaporis", se adjudicó al interior de este, un título minero a la compañía canadiense Cosigo para explotación de oro.

Que, en desarrollo del trámite en la Corte, se llevó a cabo audiencia pública con todos los actores y autoridades estatales involucradas, con el fin de tener un conocimiento directo sobre la situación.

Audiencia en la cual de forma expresa el accionante reconoció que, dentro del trámite de la acción de tutela y otras actuaciones administrativas y judiciales, tuvieron asesoría de la empresa multinacional.

Con ocasión a este asunto, La Corte Constitucional, consideró que la consulta previa realizada que permitió la creación del parque Nacional Apaporis, se encuentra ajustada a derecho y consecuente con ello, negó la protección solicitada por la el representante de las autoridades tradicionales de las comunidades indígenas del municipio de Taraira, Vaupés, ordenó la suspensión inmediata de cualquier actividad de exploración y explotación minera, vinculada a cualquier tipo de título minero, hasta tanto la autoridades ambientales, policivas y, eventualmente, jurisdiccionales, clarifiquen la situación, acorde con los parámetros trazados en esta sentencia. Por último, ordenó al Ministerio del Interior y de Justicia Dirección Indígenas, ROM y Minorías y al Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial evaluar la actuación de la empresa Cosigo Frontier Mining Corporation dentro del proceso de consulta previa e iniciar las acciones legales correspondientes.

Por otra parte, la Corte ha sido reiterativa al decir que, el Convenio 169 pone al Estado como garante de la participación de las comunidades indígenas con respecto a las decisiones que a estos les afecte. La participación se encuadra como el instrumento para proteger los derechos que no se encuentran expresamente plasmados en el convenio pero que sí están reconocidos, por ejemplo: libre determinación y autonomía.

En otras palabras, esta es una herramienta que garantiza los derechos territoriales y culturales que hacen parte de la identidad de un pueblo. De la misma manera en este convenio se plasma la importancia de que las decisiones que les puedan

afectar a los indígenas les sean consultadas, esta como la materialización del instrumento de participación que se ha denominado como consulta previa. Por otra parte, en la Constitución Política artículo 1º se consagra la diversidad cultural al catalogarse como un Estado pluralista, como muestra de ello encontramos la aplicación del mecanismo como derecho fundamental de consulta previa.[22]

La sentencia SU-039 de 1997 establece:

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

Así pues, la consulta previa no es un simple trámite si no un mecanismo de protección de otros derechos.

El criterio que se utiliza para titular el derecho de consulta previa a los indígenas es el de autodeterminación, esto significa que la comunidad autocalifica su pertenencia étnica. Como lo señala la Corte Constitucional en sentencia T-704 de 2016, además de plantear el hecho de que:

[22] Corte Constitucional sentencia T 704 de 2016 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; diciembre 13 de 2016).

La existencia o no de una comunidad en cierta zona, y por tanto, del deber de consulta, no podía depender del certificado emitido por el ahora Ministerio del Interior, en su Dirección Nacional de Consulta Previa […] Territorio ancestral no es sinónimo del espacio físico en donde se ubican los resguardos indígenas. Por el contrario, el territorio indígena es un concepto cultural mucho más amplio en el cual se desenvuelven las prácticas tradicionales, sociales, económicas, culturales, espirituales, entre otras, de esos pueblos".

Reitera la Corte en esta misma sentencia que en providencias anteriores se ha manifestado que:

La existencia de una comunidad étnica no surge a partir de una resolución que formalice su conformación como resguardo o parcialidad indígena […] que la obligación de realizar consulta previa se predica tanto de comunidades étnicas ubicadas en zonas tituladas como no tituladas […] y que aún en el evento en que no se haya certificado la presencia de comunidades indígenas en la zona de influencia de un proyecto, si durante la realización del estudio se constata la presencia de las mismas, debe garantizarse su derecho a ser consultadas.[23]

Ahora bien, aunque el tema se encuentre superado, en relación con la controversia jurídica interna, surgida con ocasión a la tensión entre la consulta previa, la creación de Parque Nacional Natural y el título de la minera, y ya el ordenamiento jurídico colombiano, haya concluido que no existió una vulneración al derecho a la consulta previa, la situación es bastante compleja.

Tanto así, que hoy Colombia se encuentra vinculada a un litigio de talla internacional con una cuantía astronómica de perjuicios, que no se puede dejar a la

[23] Corte Constitucional sentencia T-693 de 2012 (M.P. María Victoria Calle Correa; agosto 28 de 2012).

deriva. Por ello, se espera que el Estado Colombiano escuche al profesor Rodrigo Uprinmy,[24] que en su columna del periódico El Espectador, señaló:

> *(…) la empresa canadiense Tobie Mining demandó a Colombia por la supuesta "expropiación" de un título minero que quedó sin efecto pues fue concedido en el parque nacional Yaigoje-Apaporis. (…) Es cierto que jurídicamente hay controversias sobre qué es una expropiación indirecta (…) Pero el concepto es muy riesgoso pues puede conducir a una parálisis de la capacidad regulatoria de los Estados y a demandas que pongan en peligro la estabilidad macroeconómica de los países. Esto es aún más grave si se tiene en cuenta que estos casos son decididos por tribunales de arbitramento internacionales, que operan en forma opaca (muchos laudos no son siquiera publicados) y que, por distintos factores, tienden a desarrollar visiones más favorables a los inversionistas que a los Estados.*

En ese sentido Colombia, deberá atender este caso con todo el compromiso y dedicación que permita estructurar una verdadera defensa técnica que sea eficaz en la esfera internacional y que conlleve a la efectiva protección del Estado ante una demanda millonaria y una eventual condena sin precedentes.

En suma, el ejercicio de poder de extremos con intereses antagónicos, es decir por una parte la comunidad indígena o tribal y por otra lado, compañías multinacionales mineras poderosas, por citar un ejemplo, implica que la protección internacional alcanzada con el Convenio 169, se vea afectada y reducida a una polarización, por la manipulación y sobornos que, en muchos casos, las compañías mineras están dispuestos a utilizar como estrategias de negocio para imponerse ante la situación y lograr sus objetivos.

[24] Rodrigo Uprinmy, Arbitrajes Peligrosos. El Espectador 14 de junio 2017.

Esta tensión, se puede ver resumida en estos interrogantes: ¿Quién logra ejercer un mayor poder sobre el otro? ¿Cuáles son los intereses que van a primar? ¿Quién termina paralizando a quién?

Pero es mucho más grave, que no sólo exista la tensión y el dilema en términos de discusión teórica, sino que consecuencia de la misma fricción de los extremos, se cultive, patrocine e instrumentalice a algunos miembros de la comunidad involucrada, sin ningún tipo de límite, para el provecho de intereses económicos de quienes ostentan poder.

De tal forma, que intereses individuales de un grupo dentro de la misma comunidad, puedan desvirtuar la garantía de la comunidad afectada y se termine privilegiando al círculo cerrado y jerárquico de los líderes que ostentan el poder de representación y decisión.

Esto se presenta por la ausencia de cohesión dentro de los pueblos indígenas, la falta de diálogo productivo, los intentos de sobornos y la manipulación de la que son presa fácil sus miembros.

Sobre este aspecto, hay varios casos en Colombia, Perú y Ecuador, que reflejan claramente esta situación, por ejemplo en el caso del pueblo Kichwa de Sarayaku en Ecuador,[25] que fue fallado por de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde se ilustra con la decisión que permitió proteger a dicha comunidad, que acciono a raíz de la intervención de la Compañía General de Combustibles S.A (CGC) en su territorio ancestral, quienes habían suscrito en el año 1996 un contrato con la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador de

[25] CIDH, Sentencia de 27 de junio de 2012 *Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador.*

participación para la explotación de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo del bloque No. 23 de la Región Amazónica, dando como resultado el deterioro ambiental del cual se sostenía el pueblo Kichwa de Sarayaku. Dicha intervención por parte de la empresa se realizó sin antes consultar al pueblo indígena y sin el lleno de los requisitos para la exploración y explotación en el este territorio, simplemente trataron de reunirse con algunos miembros no autorizados de la comunidad y se basaron en amenazas y constreñimientos para que estos les facilitaran el ingreso. Por lo tanto se determinó que no es posible aceptar al Estado pretender cumplir con la obligación internacional a la de consulta previa, con una precaria reunión, llevada a cabo con unos pocos integrantes del pueblo indígena, aun sin ser estos los reales representantes del grupo, y por no haber suministrado la información completa del proyecto de exploración petrolera.

Aspectos que llevan a concluir que a pesar de contar con un mecanismo de dimensión internacional, incorporado en el ordenamiento jurídico interno, la realidad refleja que, la consulta previa, por múltiples factores no dejara de ser una cuestión pacífica, pues cada vez más, será indudablemente objeto de estudio por la dinámica de la economía y la explotación de los recursos naturales vs. El respeto por los bienes comunes propiedad de la humanidad, en un mundo globalizado que busca hallar y extraer de la madre tierra los elementos y sustancias que le permitan mantener el estilo de vida construido en el siglo XXI.

Ahora bien, se abordará el tema del territorio en los pueblos indígenas, bajo la connotación especialísima, que deriva de la ancestralidad y tradiciones propias de cada grupo étnico.

Como se citó en los derechos que consagra la Declaración Universal (2007), el derecho a la Libre determinación de los pueblos indígenas, es el presupuesto

necesario para desarrollar los demás derechos y libertades reconocidos a esta población.

En consonancia con lo anterior, el artículo 18 de la Declaración, dice: "Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones".

Para el caso en particular, adicionalmente al derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, el ***Derecho a las tierras, territorios y recursos,*** adquiere una mayor relevancia, razón por la cual, se procede a examinar este aspecto en el texto de la Declaración Universal (2007).

Como se observa en el acápite de la normatividad internacional, en la Declaración Universal (2007) se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos, y La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho énfasis sobre este aspecto:

> *(…) La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.*[26]

Históricamente, los territorios de los pueblos indígenas forman parte de zonas geográficas de gran riqueza en biodiversidad, de hecho, podría pensarse que es

[26] Caso sentencia de 31 de agosto de 200, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua.

debido a su propia cosmogonía, que sus asentamientos en dichos territorios no sean sólo, un tema de azar. Tanto así, que la mayoría de los conflictos en los que se involucran pueblos indígenas, en un porcentaje muy significativo, devienen por la presencia de recursos naturales de incalculable valor para la comunidad particular e incluso para la humanidad, de allí que se generen fuertes tensiones para permitir la exploración y/o explotación de dichos recursos.

Habría que decir también, que el tema del territorio en los pueblos indígenas, tiene otra connotación especialísima, que deriva de la ancestralidad y tradiciones propias de cada grupo, permitiendo la generación de un derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, transferido de generación en generación. Por lo tanto, la posesión transgeneracional de la tierra, se convierte en el "justo título" que conlleva a la defensa constante del mismo, y a la búsqueda permanente de mecanismos e instrumentos legales y sociales.

De modo que el territorio es un espacio que se compone principalmente de cultura, del cual se derivan ciertas situaciones que terminan creando una identidad inescindible con el territorio donde se desarrolla, entre otros la religión, como parte del sustento moral de un pueblo que crea unión entre los individuos, los liga social y emocionalmente entre sí.[27]

Para el caso de los indígenas cualquiera que sea su religión, tiene un impacto espiritual en conexidad con el territorio donde se encuentran asentados, de ahí que la espiritualidad de los pueblos indígenas se sella por acontecimientos reales y

[27] Jorge Antonio Ortiz Quiroga. *La identidad cultural de los pueblos indígenas en el marco de la protección de los derechos humanos y los procesos de democratización en Colombia*. Derecho del Estado Nueva Serie. Número 30 de 2013.
Disponible en http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3524. Última revisión (junio 29, 2017).

específicos que tienen que ver con las actividades cotidianas que se llevan a cabo en una comunidad.

4.3.3. Problema jurídico 3: tensión de derecho entre la Old Coal Company y el Cabildo Indígena La Penca

Para resolver los interrogantes que plantea el presente caso, habremos de identificar los derechos de las partes en controversia y auscultar los soportes jurisprudenciales y doctrinales que respaldarían una u otra tesis en aras a tomar la decisión final. Sea lo primero entonces, señalar los derechos en conflicto, desde la perspectiva de la Old Coal Company y de la comunidad indígena La Penca, teniendo de presente que, por una parte, *"los recursos naturales inmovilizados que no se extraen, no son herramienta de desarrollo y no benefician el crecimiento ni la justicia social de una nación. Es importante que los recursos no se queden en la tierra como resultado de restricciones innecesarias en las leyes mineras, reglamentaciones poco inteligentes o por imposición de excesivas cargas tributarias."*[28]

Por otro lado sin embargo, las facultades constitucionales de que goza el Estado Colombiano para dirigir la economía (Artículo 334 C.P.) además de su consagración constitucional como el único propietario del subsuelo, sí bien lo faculta ampliamente para manejar y aprovechar los recursos naturales en pro de impulsar el desarrollo sostenible según se desprende de los artículos 332 constitucional y 5º del Código Minero, también lo colocan en el centro del conflicto jurídico estudiado, porque al mismo tiempo, también debe ser garante del derecho constitucional a la libre autodeterminación de las comunidades indígenas y el

[28] Gaceta del Congreso No. 49307 Pag.14

derecho a la integridad social, cultural y económica de las mismas, surgiendo de esta manera los siguientes interrogantes;

¿Cuál debe ser la actuación del Estado, al encontrar enfrentados el principio de legalidad, la libertad de empresa y el principio de seguridad jurídica frente a la garantía de los Derechos a la libre determinación e integridad social, cultural y económica de los pueblos indígenas?

En primer lugar, hablaremos del principio de legalidad del título minero. Para adentrarnos en el análisis del conflicto, debemos hacer claridad que la Constitución Política proclama en su artículo 332 al Estado colombiano como el *"(…) propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes"* y, aunque la norma constitucional citada, no determina si la referencia al subsuelo es sobre la propiedad privada o de la propiedad estatal, la ley 685 de 2001 o Código Minero Colombiano absuelve este interrogante en su artículo 5º al señalar que; *"Los minerales de cualquier clase y ubicación, yacentes en el suelo o el subsuelo, en cualquier estado físico natural, son de la exclusiva propiedad del Estado, sin consideración a que la propiedad, posesión o tenencia de los correspondientes terrenos, sean de otras entidades públicas, de particulares o de comunidades o grupos".*

La declaración constitucional y legal de propiedad exclusiva en cabeza del Estado, sobre los minerales yacentes en el suelo y el subsuelo, es la piedra angular sobre la que se soporta toda la regulación de la actividad minera en Colombia, desde su fase exploratoria hasta la comercialización de los recursos naturales no renovables. En este sentido diremos que el proceso productivo minero esta reglado, mediante un régimen jurídico en el que sobresale el titulo minero, definido legalmente en el artículo 14 del Código de Minas como el instrumento que constituye, declara y

prueba el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal, mediante contrato de concesión otorgado e inscrito en el Registro Nacional Minero.[29]

Por otra parte y de acuerdo con el Artículo 334 Superior, modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 003 de 2011; *"La dirección general de la economía estará a cargo del Estado"*, agregando que este intervendrá por mandato de la ley *"en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, (…) con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.(…)"*.

Esta disposición en contexto con el artículo 332 C.P arriba reseñado, permiten que el Estado colombiano, a través de la Ley 685, sea quien ponga las condiciones regulatorias sobre la exploración, explotación, transporte y comercialización de los recursos naturales no renovables, de manera que, los particulares que hayan obtenido, bajo el cumplimiento de todos los requisitos legales, el título o concesión minera, necesariamente quedan cobijados por uno de los principios rectores del Estado Social de Derecho; el principio de legalidad.

El título minero otorgado a la Old Coul Company, se sujetó a la supremacía de la ley, a su vez portadora de las normas, principios y valores inspiradores de un sistema jurídico que da validez jurídica y claridad a la relación entre la administración pública y los administrados, por tratarse de normas reguladoras de la vida social y económica.

En nuestro ordenamiento jurídico, la actividad de la administración debe estar permanente subordinada a las normas legales, según lo dispone el artículo 6 de nuestra Constitución Política; *"Los particulares sólo son responsables ante las*

[29] Código de Minas, Ley 685 de agosto 15, 2001

autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones", de manera que, bajo el contexto normativo expuesto, la Old Coul Company obtuvo el título minero, por parte de la autoridad competente y con observancia de todos los requisitos y procedimientos, lo cual le permite legítimamente la exploración y explotación de las minas de carbón que se localicen en el territorio de Los Penca.

El título minero otorgado a la Old Coul Company y la certificación de inexistencia de comunidades indígenas en el área objeto de intervención minera, son actos administrativos legitimados por la autorización legal de que estan precedidos y, por lo tanto, no pueden ser revertidos, so pena de las indemnizaciones a que estaría sujeto a pagar el Estado, por el desconocimiento de los mismos.[30]

LA CRISIS DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN COLOMBIA

Evidenciada la vulneración del principio de legalidad en el caso objeto de estudio, necesariamente tendremos que abordar el análisis de otro principio que le sería vulnerado a la Old Coul Company en caso que las autoridades jurisdiccionales decidieran desconocer el titulo minero otorgado a la compañía. Tal es el principio de seguridad jurídica.

En Colombia recientemente se han dado dos hechos que han puesto en entredicho el principio de la seguridad jurídica en escenarios de debate académico y político. El primero de ellos se presentó con el desconocimiento que el gobierno nacional hizo de la licencia ambiental otorgada por la ANLA a Hupecol Operating, luego de 4 años y 9 meses de trámites administrativos para la exploración de 150 pozos

[30] Consejo Estado Sentencia 68001231500019980112201, 22947 de agosto 22, 2013 (M.P Mauricio Fajardo Gómez)

petrolíferos en inmediaciones del parque la Macarena. El reverzaso, que podría costarle al Estado muchos millones de dólares, obedeció a que las autoridades mineras no cruzaron información con Parques Nacionales, el Instituto Amazónico de Investigaciones Científicas (SINCHI) y/o con Cormacarena, para determinar las compatibilidades o no de la exploración y explotación petrolera con el medio ambiente.

El otro hecho relevante se presentó con la Sentencia C-035 del 2016 de la Corte Constitucional, declaró *"la inconstitucionalidad del artículo 173 del Plan Nacional de Desarrollo, que mantenía la existencia de proyectos mineros y de hidrocarburos, siempre y cuando tuvieran licencias y contratos suscritos antes del 9 de febrero del 2010 (mineros) y 16 de junio del 2011 (de hidrocarburos) en zonas de páramos".*

El principio de seguridad jurídica se ha visto afectado en Colombia, por dos razones; la primera es la descoordinación de los poderes públicos que intervienen en el proceso de otorgamiento de las licencias ambientales a las empresas exploradoras de recursos naturales y, la segunda, por la proliferación de consultas previas. La consulta previa no puede constituirse en una acción extorsiva, por lo que amerita un profundo análisis y reflexión sobre esta figura jurídica. Su existencia debe ponderarse con otros derechos y no caer en su maximización[31].

Como vemos, el desconocimiento de los actos administrativos que sustentan actuaciones legitimadas por los diferentes organismos del Estado, ponen en alto riesgo la inversión extranjera, a lo cual no es ajena la Old Coal Company.

[31] Francisco Barbosa, Colombia y su precaria seguridad jurídica, 12 de mayo de 2016, Ámbito jurídico, disponible en https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Constitucional-y-Derechos-Humanos/colombia-y-su-precaria-seguridad-juridica última revisión (junio 29, 2017)

5. INTERVENCIONES

5.1. DEFENSA DEL CABILDO INDÍGENA "LA PENCA"

En defensa de los derechos colectivos del cabildo indígena "La Penca", y en contraposición a la omisión de la Agencia Nacional de Minería que favorece los intereses de la multinacional "Old Coal Company", nos permitimos indicar que no le asiste razón a la minera, toda vez que dentro del procedimiento administrativo del otorgamiento de la licencia, se omitió la consulta previa como derecho fundamental a favor de la comunidad indígena antes mencionada, desconociendo los derechos colectivos de los cuales son titulares por el solo hecho de hacer parte de una comunidad indígena ocupante de la zona de influencia del proyecto, que fue totalmente desconocida, solo con el pretexto que el reconocimiento del territorio aún no se ha titulado, toda vez que la solicitud se encuentra en trámite.

Para el caso, el hecho que el cabildo indígena "La Penca" no se les haya reconocido la titularidad sobre el territorio donde desarrollan todas las prácticas de tiempo atrás, no implica que el derecho de propiedad comunitaria no se haya configurado. Entonces habría que decir que, que el reconocimiento del territorio por parte de la autoridad competente tiene un carácter declarativo y no constitutivo. Es decir, la comunidad indígena "La Penca" existe y se encuentra dentro del territorio de influencia del proyecto de explotación minera, por lo tanto, se debe respetar y garantizar el derecho fundamental a la consulta previa.

En consecuencia, la posesión tradicional equivale al título justificativo de dominio, que implica para el Estado realizar el respectivo reconocimiento, registro, titulación, delimitación, demarcación o restitución y su plena garantía y respeto como derecho colectivo de los pueblos indígenas

5.2. DEFENSA DE LA COMPAÑÍA OLD COLD COMPANY:

En defensa de la multinacional "Old Cold Company", nos permitimos indicar que no le asiste razón en su solicitud a la comunidad indígena "La Penca" toda vez que conforme las normas descritas en el acápite anterior, no hubo por nuestra parte ninguna vulneración a los requisitos legales que para la Consulta previa se establecen, pues se actuó con diligencia, cuidado y especial sujeción a las normas tal y como se demuestra a continuación:

- **Cumplimiento de requisitos normativos:**

1. Solicitud de existencia de grupos étnicos Nacionales. (Directiva Presidencial 10 de 2013).	• Incoder (Actualemente Agencia Nacional de Tierras: **Existencia del Grupo étnico Winú.** • Secretaria Departamental de Planeación: **No hay presencia de grupos étnicos.**
2. Preconsulta y acercamiento con la comunidad indígena "Winú" (Sentencia C-461 de 2008)	• Se realizó el acercamiento con la comunidad, nos presentamos como ejecutores del proyecto, se explicó el impacto ambiental y social, se estableció la ruta métodologica, se concertó el cronograma y se instaló formarlemnte la consulta previa.
3. Solicutud de Licencia Ambiental. (Artículo 8º Decreto 1320 de 1998).	• La ANLA (Autoridad Nacional Ambiental), conforme lo consagradi en el numeral 1º del artículo 3º del Decreto 3573 de 2011, expidió la licencia ambiental solicitada y por ello se iniciaron adecuadamente las labores de exploración y explotación en la zona.

Por otro lado, como quiera que el Decreto 1320 del 13 de Julio de 1998 limita la realización de la consulta previa a *"territorios titulados sin reconocer los de tradición ancestral"*[32], argumento este, que fue usado entre otros en la demanda de nulidad ante el Consejo de Estado por ilegal. En virtud de ello, y como quiera que dicho Tribunal mediante Sentencia del 20 de mayo de 1999 (Sección Tercera), declaró

[32] Susan Abad. *Falta de Voluntad Política para aplicar consulta.* Nainformeespecial. Junio/2011. At 8.

legal dicha normatividad ésta compañía minera actuó conforme a ello y llegó a un acuerdo consentido con la Comunidad Winú.

Al momento de iniciar las actividades de exploración y explotación no se tenía conocimiento de la existencia de otra comunidad étnica y dado que no se indicó por parte del Ministerio del Interior, ni del Incoder duda alguna al respecto, se procedió a las obras en virtud de la licencia Ambiental expedida.

Actualmente reconocemos la presencia ancestral del cabildo indígena "La Penca" en la zona objeto del proceso y somos conscientes de los daños a los que en virtud de la extracción de carbón por nosotros realizada les pueden ser ocasionados y por ende se vulneran algunos derechos fundamentales. Es por ello, y aunque cabe resaltar que no fue nuestro error que no se llevara a cabo la consulta previa, consideramos que el proyecto tiene una gran importancia en la economía y desarrollo del Municipio de Camino del Pez, teniendo en cuenta que no hay un término único para materializar el proceso de consulta previa y la búsqueda del consentimiento en este caso de la comunidad indígena Penca, estamos dispuestos a adelantar con ellos reuniones en las que se pongan de presente sus puntos de vista y de ser posible suspender la obra hasta tanto no se adelante con ellos el trámite de la consulta previa por su carácter irrenunciable.

No menos importante es, reivindicar la función social que la Constitución Política le ha asignado al derecho a la propiedad, entendiendo para el caso en estudio que, la propiedad superficiaria y la del subsuelo, conlleva la obligación de extraer los recursos minerales de acuerdo con los parámetros señalados en la ley y, de esta manera cuente con los recursos e ingresos que le permitan cumplir su función social tal y como lo ordena el artículo 2º de la Carta Política.

Bajo esta premisa, la exploración y explotación minera, se constituye para el Estado Colombiano en uno de los principales renglones de la economía nacional, en lo que fue llamado en el Plan Nacional de Desarrollo "Prosperidad para todos", (ley 1450 de 2011), "la locomotora" del desarrollo, a través de la cual se generarían los recursos económicos y los beneficios sociales provenientes de las regalías, contribuciones e impuestos, transferencia de tecnología, competitividad internacional y empleo principalmente.

No obstante la facultad privativa del Estado Colombiano de explotar el subsuelo, ésta encuentra sus límites en el artículo 80 constitucional cuyo mandato obliga al Estado a planificar *"el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución […]"* y, de la misma manera, la Ley 685 de 2001, en adelante Código Minero, fija en su contenido, un conjunto de normas que conllevan la aplicación de la función social de la propiedad para el sector minero a favor de los colombianos menos favorecidos y por ello encontramos en los artículos 248 al 257, normas que regulan este aspecto en temas como participación de trabajadores nacionales, mano de obra regional y transferencia de tecnología entre otras.

La manera para hacer efectiva la protección a la función social de la propiedad minera, tiene hoy día dos ámbitos, uno de orden constitucional y otro de orden contractual a saber:

En el ámbito constitucional encontramos las acciones constitucionales de grupo o popular, como la mejor expresión de protección debido a que el recurso minero es

propiedad del Estado y su extracción aunque beneficia económicamente a todos los colombianos, su exploración y explotación debe cumplir estrictamente con los requisitos que la licencia ambiental le señale, de manera que, estando sujeta la explotación minera a unos estrictos requerimientos de protección ambiental, cualquier persona puede abrogarse el derecho de solicitar la protección de los derechos colectivos que a título de ejemplo se podrían vulnerar como la moralidad administrativa, la protección del medio ambiente o una extracción segura de minerales, entre otras.

Las medidas contractuales que tiene el Estado para dar por terminado el contrato único de concesión minera o cualquier otro título minero a un beneficiario, son también un medio de protección de la función social de la propiedad minera, pues a través del mismo, puede dar aplicación a la caducidad regulada en el artículo 112-g del Código Minero, o apelar, por ejemplo, a la implementación contractual de esquemas de responsabilidad social empresarial –RSE- que posibiliten la interacción de las empresas concesionarias, el gobierno nacional y las comunidades indígenas en aras al cumplimiento de los pactos internacionales sobre protección del medio ambiente.

El Pacto global de Naciones Unidas en Colombia, es una iniciativa que nace del organismo internacional para incentivar el encuentro de sinergias de los sectores público, privado y sociedad civil en la realización de negocios y mercados ambientalmente sostenibles, así definidos en la declaración de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. "En este punto, es de vital importancia que las grandes empresas del sector minero empiecen a implementar procesos de aseguramiento y

verificación externa e independiente de sus actividades de RSE centradas en la cosmovisión de las partes interesadas –incluyendo a las más vulnerables"[33].

Sobre la función social de la empresa el ponente para el segundo debate en la Asamblea Nacional Constituyente doctor Jesús Pérez González afirmó "la libre empresa tiene su fundamento en la propiedad privada. Ella es la piedra angular de la economía. De ahí que la Constitución anterior y la nueva la garanticen como un derecho; el cual, sin embargo, sólo se justifica como tal en la cabeza de su titular, en la medida en que se cumpla una función social"[34].

> "Resulta pues claro que de manera similar a lo ocurrido en otras latitudes del mundo, en Colombia, la Empresa tiene un significado social que va más allá del simple beneficio particular del empresario, pues tiene una función social que implica obligaciones que en términos generales se pueden resumir en las siguientes: el ejercicio de su actividad no debe causar perjuicios a terceros, debe explotar adecuadamente los recursos naturales, debe abstenerse de producir artículos defectuosos o sin los requerimientos ambientales, su actividad debe ser conforme a los derechos fundamentales, debe cobrar lo justo por sus bienes o servicios y procurar siempre acatar las metas sociales que se ha fijado la nación"[35].

De acuerdo con lo anterior, la empresa se encuentra sujeta a unos objetivos sociales que son prioritarios, pues de por medio está la defensa del interés general, es decir que el empresario deberá orientar sus actividades no sólo a que sus bienes o servicios sean productivos o dejen un marco de utilidad, sino que, además cooperen al desarrollo y crecimiento económico de la nación, colaboren a la

[33] Owen, Chapple y Pinilla-Urzola) Responsabilidad Social para la Minería en Colombia, Pag. 23
[34] Owen, Chapple y Pinilla-Urzola) Responsabilidad Social para la Minería en Colombia, Pag. 244
[35] Owen, Chapple y Pinilla-Urzola) Responsabilidad Social para la Minería en Colombia, Pag. 245

cohesión social, a la protección medioambiental, y la satisfacción de las necesidades sociales, que por supuesto como se ve, van más allá de la simple expectativa lucrativa que en principio podría tener el empresario. Sin embargo para la Old Coul Company la función social aludida, lejos de ser un límite a la libertad de empresa, se constituye en una herramienta de desarrollo integral en el territorio de Los Penca, toda vez que les facilitaría la utilización de mano de obra nativa y la generación de recursos para financiar proyectos de interés comunitario para el pueblo indígena.

A propósito, el Sistema General de Regalías –SGR- regulado por la ley 1530 de 2012, establece en su artículo 22 que *"Con los recursos del Sistema General de Regalías se podrán financiar proyectos de inversión y la estructuración de proyectos, como componentes de un proyecto de inversión o presentados en forma individual."* Sin embargo, en el artículo siguiente a la disposición citada, se supedita la financiación de dichos proyectos de inversión al requisito que los mismos deben *"estar en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo y los planes de desarrollo de las entidades territoriales, así como cumplir con el principio de Buen Gobierno y con las siguientes características: (…)".*

Si bien, el artículo 286 superior define los territorios indígenas como entidades territoriales, dotados de autonomía para la gestión de sus intereses y la administración de sus recursos, la ejecución de proyectos de inversión a través del SGR en sus territorios, son solo una utopía más, pues habremos de recordar que la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, no desarrollo el mandato constitucional del artículo 329 sobre territorios indígenas y, por lo tanto, las entidades territoriales indígenas no existen jurídicamente en la práctica, pues no fueron conformadas ni reglamentadas por el legislador, tal y como lo ordenó el artículo 329 constitucional.

Muy por el contrario, el inciso 2º del artículo 2º del Acto Legislativo 05 de 2011, modificatorio del Artículo 361 C.P., determinó cuales son los entes territoriales beneficiarios de los ingresos del Sistema General de Regalías y sobre el particular señaló; *"Los departamentos, municipios y distritos en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como los municipios y distritos con puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos, tendrán derecho a participar en las regalías y compensaciones, así como a ejecutar directamente estos recursos"*.

La Constitución de 1991 profundizó sobre los derechos de las minorías étnicas y estableció la figura de Entidades Territoriales Indígenas (ETIs) como unidades político administrativas comparables a un municipio. Pero estos derechos no se han implementado pues no se constituyeron ETIs ni municipios al interior de éstos, Sino que se crearon entidades públicas territoriales con personería jurídica, conocidas como Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas (AATIs).

La creación de tales asociaciones está regulada por el Decreto 1088 de 1993 que permite, la creación de las asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas, en virtud del artículo 56 transitorio superior, mientras se expedía la ley de ordenamiento territorial a la que se refiere el Artículo 329 de la C.P. Así lo expresa el primer considerando del mencionado Decreto; *"Que la Constitución Política en su artículo 56 transitorio facultó al Gobierno para dictar normas relativas al funcionamiento de los territorios indígenas mientras se expide la ley a que se refiere el artículo 329 de la Carta*".

El Decreto 1088 de 1993, en su articulado solo regula la creación y el funcionamiento de las asociaciones de cabildos o resguardos indígenas pero no se pronuncia sobre los derechos que autónomamente emanan de la ocupación legal de sus territorios. En este sentido, y como tampoco regula sobre la extracción de recursos naturales no renovables en territorio indígena, ni es un ente territorial ni se puede asimilar a uno de ellos, hasta tanto el legislador se ocupe de desarrollar el artículo 329 constitucional.

La paradoja de la desatención de la población indígena en Colombia, de acuerdo con el portal de territorio indígena y gobernanza, se da principalmente en aquellos Departamentos como Guainía, Vaupés y Amazonas en donde la población indígena es del 95%, pero son gobernados por el 5% no indígena, desestimando el derecho a la autonomía de estas comunidades para ejercer sus propias formas de gobierno en sus territorios. En la práctica los derechos territoriales y al aprovechamiento de los recursos naturales no renovables, han sido restringidos a las comunidades indígenas por parte del Estado Colombiano que ha puesto en manos de colonos y megaempresas la exploración y explotación de grandes extensiones de tierra en sus resguardos.

Aunque nominalmente nuestra Constitución Política no se refiere a la libertad de empresa como un derecho constitucional de raigambre autónomo, el Artículo 333 de la C.P. hace referencia a la libertad de la actividad económica al consagrar que; *"La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. (…). La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. (…). El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja*

la libertad económica (…). La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación", haciéndose necesaria la distinción que sobre el particular ha adoptado nuestra doctrina constitucional.

En sentencia T-425-92, la Corte Constitucional asimila la libertad de empresa a la libertad económica y señala, sin distinguir entre persona natural y/o jurídica que es *"la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio"*

Vale la pena señalar que si bien la Corte parte de asumir la libertad de empresa como una facultad de la persona natural, no le asigna a la libertad de empresa el carácter de ius fundamental y por lo tanto no está sujeta a la protección por vía de tutela.

La Corte Constitucional en sentencia C-256 de 1994 puntualizó; *"las libertades económicas y el resto de las libertades civiles y políticas no están sometidas a la misma regulación constitucional. La Constitución confiere un mayor valor a los derechos y libertades de la persona que a los derechos y libertades de contenido puramente patrimonial, ya que expresamente establece el dirigismo económico, es decir, consagra un mercado de bienes y servicios pero bajo la dirección del Estado, mientras que prohíbe todo dirigismo en materia política, ética o intelectual, por lo que se puede decir que estatuye una libre circulación de ideas. Por eso es lícito concluir que, en términos generales, las libertades de la persona y los derechos de participación ocupan en la Constitución Colombiana una posición preferente respecto de las libertades económicas"*

De lo anteriormente expuesto se tiene que, la libertad de empresa es un derecho que la Old Coul Company, está ejerciendo dentro de los parámetros de ley y por lo mismo no le puede ser desconocido, frente al hecho sobreviniente de la aparición repentina de la Comunidad indígena Los Penca, en el territorio objeto de exploración minera.

Hasta aquí hemos visto a un Estado Colombiano portador de derechos privativos sobre las riquezas del subsuelo, de donde deriva sus facultades de concesionar a particulares la exploración, explotación y transporte de los recursos naturales no renovables, aunada a la aplicación de su facultad constitucional de dirigir la economía del País (artículo 334 CP), con el fin de promover los beneficios del desarrollo, la preservación de un ambiente sano, pero por sobre todo, garantizar la calidad de vida de los colombianos.

5.3 AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA: Sobre la autoridad minera.

Acorde con el Decreto 4134 del 2011, mediante el cual se crea la Agencia Nacional de Minería, en adelante ANM, se la dota del carácter de autoridad minera, en este sentido, se debe acotar cual es el objeto sobre el cual esta entidad del orden nacional tiene su actuar:

> "**Artículo 3°. Objeto.** El objeto de la Agencia Nacional de Minería, ANM, es administrar integralmente los recursos minerales de propiedad del Estado, promover el aprovechamiento óptimo y sostenible de los recursos mineros de conformidad con las normas pertinentes y en coordinación con las autoridades ambientales en los temas que lo

requieran, lo mismo que hacer seguimiento a los títulos de propiedad privada del subsuelo cuando le sea delegada esta función por el Ministerio de Minas y Energía de conformidad con la ley. "(Subrayado fuera de texto).

Se resalta que, la autoridad minera funge como administrador de los minerales, facultad que se le entrega dotándola de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, pero aun así se encuentra adscrita al Ministerio de Minas y Energía. En consecuencia, es menester indicar que la ANM tiene la obligación legal y constitucional otorgar los títulos o los contratos de concesión minera, sin embargo, este no puede ejercerse de manera arbitraría a disposición del aparato estatal, sino que debe seguir los lineamientos de otras salvaguardas pensadas por la Constituyente con el fin de asegurar el goce de derechos ambientales, sociales y económicos de toda la población colombiana.

Para la Corte Constitucional de Colombia, la política en tema minero no ha sido clara, y, es a través de sus providencias que enuncia una guía sobre cómo ejercer la minería en el país y cuál debe ser el rol de la autoridad minera en la consecución de los fines sociales que tiene esta actividad. Por esto, en sentencias como la T-445 de 2016 generó un cambio institucional grande.[36]

La ANM se rige por los lienamientos del actuar de la administración y funge como orientador de la actividad minera, se aclara aquí, que la minería goza de un blindaje especial; siempre y cuando se ejerza dentro de los principios la propiedad estatal, sostenibilidad ambiental, generación del pago de regalías y compensaciones económicas y la consulta previa a las comunidades étnicas

[36] "La Corte constitucional nos ha cambiado las reglas": Agencia Nacional Minera. 13 de octubre de 2016. *Semana.com.* Recuperado: http://www.semana.com/nacion/articulo/agencia-nacional-minera-preocupada-por-fallo-que-avala-consultas/498992.

diferenciadas. Sin embargo, la Corte Constitucional por medio de la sentencia C-123 de 2014, tornó a la consulta popular en los municipios, como obligatoria en temas relacionados con la actividad minera, por ende, este se erige como otro principio rector.

Esta Agencia tiene un compromiso institucional, legal y constitucional con hacer que la minería respete la normatividad vigente, buscar que las regalías cumplan una función social y que el desarrollo de esta actividad sea ambientalmente viable.

Títulos mineros.

Para otorgar una licencia minera se debe surtir el trámite necesario. La definición de título minero se estableció en el artículo 16 del Decreto 2655 de 1988, Según Ortiz (2014, p 316), la Ley 685 de 2001, en adelante Código de Minas, no relaciona una enunciación sobre qué es un título minero, sino que en su artículo 14 se encuentra la enunciación de los mismos, es así que:

> "ARTÍCULO 14. TÍTULO MINERO. A partir de la vigencia de este Código, únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal, mediante el contrato de concesión minera, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional.
>
> Lo dispuesto en el presente artículo deja a salvo los derechos provenientes de las licencias de exploración, permisos o licencias de explotación, contratos de explotación y contratos celebrados sobre áreas de aporte, vigentes al entrar a regir este Código. Igualmente quedan a salvo las situaciones jurídicas individuales, subjetivas y concretas provenientes de títulos de propiedad privada de minas perfeccionadas antes de la vigencia del presente estatuto." (Subrayado fuera de texto)

Tal artículo referencia que, es el contrato de concesión minera la única forma para titular a un particular con los derechos de exploración y explotación, sin que esto signifique que pueda explotarse a disposición del titular sino hasta que cumpla con los requisitos para que sea una mina. Para la Ley 685 de 2001, en su artículo 45[37], corren a cuenta de particular las todos los gastos y riesgos involucrados con las actividades a desarrollar, indicando que se debe contar con un soporte financiero estable para la ejecución del contrato.

El Código de Minas, desde su vigencia, tiene al contrato de concesión como un título único, sin embargo, son las condiciones precontractuales las que tienen variaciones, por ende, pueden existir reservas legales especiales que lo afecten.

Sin embargo, en Colombia existen títulos mineros otorgados con antelación a la normatividad vigente y se consideran ajustados a derecho, bajo la vigilancia de la autoridad competente. Estos contratos se regulan acorde al Decreto 2655 de 1988 y el Código de Minas, así mismo, el Decreto 1275 de 1970, la Ley 38 de 1887, la Ley 20 de 1969 y la Ley 773 de 2002 contienen otras disposiciones mineras que son objeto de seguimiento y estudio por parte de los organismos competentes, cabe mencionar que los títulos emitidos en virtud de la Ley 1382 de 2010 y la Ley 1450 de 2011 requieren una mayor disertación, esto con respeto a la sentencia C-366 de 2011, en lo pertinente.

En un comienzo, una licencia de exploración no concede el aprovechamiento del recurso mineral, sino que, para que un proyecto minero se transforme en una explotación deben surtirse otros trámites necesarios. Se debe contar con una la licencia ambiental que evidencie que el proyecto es sostenible, respetando la normatividad establecida por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales,

[37] Ley 685 de 2001, artículo 45.

seguidamente, se requiere la aprobación del Plan de Trabajo y Obras –en adelante PTO-, de suerte tal, que el proceso para obtener una de estas titulaciones puede tardar incluso varios años hasta que se cumpla con el adecuado cumplimiento de los requisitos.

El Convenio 169 de la OIT desarrolla la consulta previa a las comunidades étnicas, para el caso en concreto, los indígenas Penca buscan la aplicación de este mecanismo de protección de derechos colectivos. Acorde con la normatividad, esta debe efectuarse siempre y cuando existan afectaciones directas a estos sujetos, por lo tanto, durante la etapa exploratoria no se requiere contar con este trámite dado que no se comprueba una real afectación a su identidad cultural. Sin embargo, no es menester de la ANM el correr con este requisito sino del Ministerio del Interior.

Si bien el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional replantea las reglas y sostiene que debe surtirse la consulta previa en asuntos mineros, incluso en la cesión de derechos de particulares[38], en la presente situación no se da acreditación suficiente que permita esgrimir una afectación real, en el sentido de, no existir una adjudicación territorial al cabildo.

Ahora sí, a la comunidad étnica Winú se le realizó la consulta previa y se llegó a un acuerdo que permitió proceder con la explotación, siguiendo los lineamientos de la Corte Constitucional, esta se surtió bajo los términos de la sentencia T-660 de 2015, providencia en la que se enuncia:

> "(…) Como ya se resaltó a lo largo de esta providencia, la consulta previa es obligatoria cuando:
>
> (i) se adoptan medidas susceptibles de afectar pueblos indígenas y tribales en su calidad de tales, y también,

[38] Caso Marmato, Corte Constitucional, sentencia SU-133 de 2017.

(ii) cuando se trata de una afectación específica y directa, no de cualquier tipo."

Además, la misma sentencia refiere que:

> "En el presente asunto debe dejarse presente que en este caso no se probó la ocurrencia de una afectación directa. Así, al no haberse evidenciado un perjuicio a la preservación e identidad de las comunidades actoras, no es factible, en esta oportunidad, recurrir al mecanismo de la consulta previa para proteger los derechos de los accionantes. No obstante, ello no implica que otras de las comunidades asentadas en los territorios atravesados por las vías férreas, o las mismas accionadas puedan probar en el futuro la existencia de una afectación directa por la actividad de las accionadas, caso en el cual podrían reclamar el derecho a la consulta previa." (Subrayado fuera de texto)

Es necesario poner de presente que, es requisito previo a la construcción y montaje de la explotación contar con la consulta previa, por ende, al solventarse esto con la realizada a los Winú, se considera que es factible proceder a la ejecución de la explotación, ya que la ANLA corroboró la misma antes de otorgar la licencia ambiental.

Esto no desconoce los derechos de otras comunidades, dado que se puede surtir la consulta previa a futuro, cuando se encuentren afectaciones tangibles, que merezcan un pronunciamiento de fondo para decidir salvaguardas constitucionales.

Frente a esto, no es competencia de la autoridad minera determinar que tierras se enmarcan dentro de la construcción e identidad cultural de los indígenas, sino que, debe respetar las salvaguardas de sujetos colectivos ya consolidados, puesto que,

otorgar derechos sale de la esfera de dominio de la entidad estatal, es así que respetuosa de los ordenamientos jurídicos vigentes debe apartarse de las pretensiones de los Penca.

5.4 MINISTERIO DEL INTERIOR (Dirección Consulta Previa).

Acorde al Decreto 2893 de 2011 por el cual se modifican los objetivos, la estructura orgánica y funciones del Ministerio del Interior, nos corresponde formular, adoptar, dirigir, coordinar y ejecutar la política pública en materia de consulta previa.

Por lo anterior, a través del artículo 5º se dispuso conformar dentro de la estructura del Ministerio una Dirección de Consulta Previa que debe encargarse además de la certificación de la existencia de presencia de comunidades étnicas nacionales, de garantizar el cumplimiento de la normatividad desarrollada para el caso, es decir, responder por la efectiva realización de los procedimientos orientados a su práctica aplicación.

Dado lo anterior, ante el surgimiento de una eventual vulneración del derecho a la Consulta Previa le corresponde a esta entidad salvaguardar los derechos colectivos invocados por los accionantes, dado que el fin último es la defensa de la identidad cultural de la intervención de un poder hegemónico, por ende, una posterior consulta popular no podrá desconocer los posibles acuerdos que se logren, donde una minoría vulnerable establecería su reivindicación, sino que la consulta al pueblo de Camino del Pez integrará este aspecto multicultural a su propia construcción y empoderamiento social, así ello implique la suspensión de los efectos jurídicos de la licencia ambiental.

6. BIBLIOGRAFÍA.

I. Leyes, Códigos y Decretos:

- Constitución Política de Colombia.
- Decreto 1275 de 1970.
- Decreto 1320 de 1998.
- Decreto 1397 de agosto 8 de 1996.
- Decreto 2163 de 2013.
- Decreto 2655 de 1988.
- Decreto 2820 de 2010 (Derogado por el artículo 53 del Decreto Nacional 2041 de 2014).
- Decreto 2893 de 2011.
- Directiva Presidencial 1 de 2010.
- Directiva Presidencial 10 de 2013.
- Ley 1382 de 2010.
- Ley 1450 de 2011.
- Ley 20 de 1969.
- Ley 21 de 1991.
- Ley 38 de 1887.
- Ley 685 de 2001 "Código de Minas".
- Ley 70 de 1993: "Ley de Comunidades Negras".
- Ley 773 de 2002.
- Ley 99 de 1993: "Código de Recursos Naturales Renovables".
- Ley 1530 de 2012 "sistema general de regalías"

II. Libros:

- Gloria Amparo Rodríguez, *Breve Reseña De Los Derechos Y De La Legislación Sobre Comunidades Étnicas En Colombia,* [internet]. [citado el 29 jun. 2017]; disponible vía internet: http://www.urosario.edu.co/urosario_files/3a/3a3ccef9-bcde-4c21-bfcf-35cae97d5c48.pdf.
- Ortiz, A, (2014), *Manual de Derecho Minero.* Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

III. Normas Internacionales:

- Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).
- Declaración Americana de derechos de los Pueblos indígenas (2016).
- Declaración Universal de los derechos de los pueblos indígenas (2007).

IV. Páginas web:

- Derecho Justo: Centro de Estudios Jurídicos. *10 Preguntas sobre la Consulta Previa.* At 1- 10. http://www.derechojusto.org/administrador/documentacion/53e800cd820b0_Consulta%20Previa%20en%20Colombia%20%2010%20preguntas%20y%20. respuestas.pdf.
- Diccionario jurídico, disponible en http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/inicio-enciclopedia-diccionario-juridico.html.
- Naciones unidas, Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas [internet]. [citado el 29 jun. 2017]; disponible en https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/declaracion-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas.html.

- Página educativa, Colombia aprende, [internet]. [citado el 29 jun. 2017]; disponible en http://aprende.colombiaaprende.edu.co/.

V. Revistas y artículos:

- Entrevista Silvana Habib "*La Corte constitucional nos ha cambiado las reglas: Agencia Nacional Minera*" Semana Online. Recuperado de: http://www.semana.com/nacion/articulo/agencia-nacional-minera-preocupada-por-fallo-que-avala-consultas/498992.
- Gustavo Quintero Navas. *Consulta Previa a las Comunidades Indígenas Afrodescendientes y los pueblos tribales en Colombia: Un papel Garantista del Juez Constitucional.* Diritto & Questioni Pubbliche. 12/2012. At 413.
- Jorge Antonio Ortiz Quiroga. *La identidad cultural de los pueblos indígenas en el marco de la protección de los derechos humanos y los procesos de democratización en Colombia.* Derecho del Estado Nueva Serie. Número 30 de 2013. [internet]. [citado el 29 jun. 2017]. Disponible vía internet http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3524.
- María Isabel Rivero. CIDH celebra aprobación de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, No. 082/16 OEA Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (22 de junio, 2016), vía Internet. [citado el 29 jun. 2017]; disponible en http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2016/082.asp.
- Mónica E. Rivera Bayón. Apuntes De Derecho Internacional: ¿Qué Son El "Soft Law" Y El "Hard Law"? [internet]. [citado el 29 jun. 2017]; disponible en https://pangeaupr.org/2016/03/18/apuntes-de-derecho-internacional-que-son-el-soft-law-y-el-hard-law/.
- Naciones Unidas, Folleto informativo Nº 9/Rev.2, Nueva York y Ginebra, 2013.

- Rodrigo Uprinmy, Arbitrajes Peligrosos. El Espectador 14 de junio 2017.
- Susan Abad. *Falta de Voluntad Política para aplicar consulta.* Nainformeespecial. Junio/2011. At 8.

VI. Sentencias:

- Corte Constitucional, (M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). Sentencia T-384A/14 del 17 de Junio de 2014.
- Corte Constitucional, (M.P. Alberto Rojas Ríos). Sentencia C- 123 de 2014.
- Corte Constitucional, (M.P. Antonio Barrera Carbonell). Sentencia SU-039 de febrero 3, 1997.
- Corte Constitucional, (M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz). Sentencia SU-510 de septiembre 18 1998.
- Corte Constitucional, (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) sentencia T- 660 de 2015.
- Corte Constitucional, (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio). Sentencia T-445 del 2016.
- Corte Constitucional, (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). Sentencia C- 366 de 2011.
- Corte Constitucional, (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). Sentencia T- 704 de diciembre 13 2016.
- Corte Constitucional, (M.P. María Victoria Calle Correa). Sentencia T-693 de agosto 28 de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos**.** Sentencia de 27 de junio de 2012. *Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua.