

CONSULTA PREVIA

COLOMBIA

Por Diana María Ocampo y
Juan Sebastian Agudelo
Con el apoyo del Instituto de Ciencia
Política Hernán Echavarría Olózaga

PHOTOGRAPH BY SEB AGUDELO



AMERICAS QUARTERLY



■ ÍNDICE

2	Objetivo de la consulta previa y su evolución
4	Marco legal y reglamentos de la consulta previa
9	Instituciones estatales encargadas de implementación y sistema de consulta previa
10	Jurisprudencia
13	Estudios de caso
13	Caso La Toma
16	Indígenas U'was-Exploración petrolera bloque Samoré
18	Creación Parque Nacional Natural Yaigogé Apaporis
19	Conclusiones y recomendaciones
22	Referencias

I. OBJETIVO DE LA CONSULTA PREVIA Y SU EVOLUCIÓN

Si bien las industrias extractivas pueden ser asociadas a grandes beneficios macroeconómicos para las economías nacionales, en especial, por sus contribuciones en divisas, inversión extranjera directa, exportaciones, ingresos públicos y empleo¹, también cabe recalcar que los mencionados beneficios dependen en gran medida de la integración de este sector en el resto de la economía local. En la realidad Latinoamericana y específicamente Colombiana, las industrias extractivas han llegado a ser denominadas como enclaves económicos, es decir: como una forma de organización productiva donde la vinculación entre un centro productor y los servicios urbanos resultan estrechos, al estar geográficamente aislados; constituyen una red separada del resto de la economía nacional y de la sociedad global². Como consecuencia de lo anterior, los índices económicos resaltan las disparidades en la realidad económica general del país vis-à-vis la de las industrias extractivas, por ejemplo, mientras en el año 2011 el Producto Interno Bruto (PIB) crecía al 5,9% solo la industria minera lo hacía al 14,3% (DANE, 2012).

Adicionalmente, la propia naturaleza en la que se desarrollan las operaciones del sector de las industrias extractivas permite que frecuentemente estas logren incursionar en espacios donde su presencia puede causar o contribuir a impactos específicos relacionados con los derechos humanos. Esto a causa de que, debido a factores operacionales, las actividades de extracción tienden a realizarse en lugares remotos no intervenidos previamente o inclusive donde existe presencia de comunidades tribales³.

Como lo ha expresado el Consejo Internacional de Minería y Metales (2012), las compañías mineras requieren de acceso a tierras y fuentes hídricas que suelen constituir las bases del vivir cotidiano de comunidades locales⁴. Ante esta coyuntura, las operaciones de estas industrias presentan el potencial de incrementar la vulnerabilidad de comunidades locales y consecuentemente impactar de manera negativa los derechos al uso de la tierra, que se consideran fundamentales para las dinámicas culturales, sociales y ambientales de dichas comunidades.

Teniendo en cuenta lo anterior, se deben resaltar los avances en materia de protección de derechos humanos por parte de las empresas vinculadas a este sector. Buenas prácticas y nuevos lineamientos han surgido para remediar históricas falencias en su relación con comunidades vulnerables. La política operativa 4.10 del Banco Mundial es un ejemplo de ello⁵. Por otra parte, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha refrendado los Principios Rectores sobre las Empresas y Derechos Humanos, los cuales resaltan la responsabilidad de estas y propenden por evitar que sus actividades provoquen consecuencias negativas sobre los derechos humanos, además, imponen enfrentar las consecuencias que se produzcan (Artículo 13).

Sin embargo, pese a que a las empresas se les delega la responsabilidad de respetar los derechos humanos, el deber supremo de velar por la protección integral de los derechos humanos recae sobre el Estado. Es el Estado en virtud de sus obligaciones internacionales, y en especial, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y otros tratados temáticos ratificados hasta la fecha, quien tiene la obligación de incorporar en su sistema nacional medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar las violaciones que puedan surgir al respecto.

En Colombia, como en otros países, existe una ambivalencia entre las imperativas

de protección de los derechos humanos y la búsqueda del desarrollo dentro de la lógica de la economía de mercado. Desde la formulación del Plan Nacional para el Desarrollo Minero: visión al año 2019 (2006), Colombia ha asumido una posición más activa frente a la actividad minera, que pretende expandirse y, a su vez, convertirse en una de las más importantes del continente; el Gobierno busca “concretar una estrategia competitiva para ganar en el mercado internacional de las inversiones mineras.” Para esta finalidad las políticas públicas en materia minera se caracterizan por: a) facilitar la actividad, b) promover el desarrollo sostenible, y c) fiscalizar el aprovechamiento.



En Colombia, como en otros países, existe una ambivalencia entre las imperativas de protección de los derechos humanos y la búsqueda del desarrollo dentro de la lógica de la economía de mercado.



Con todo, también en Colombia, las industrias extractivas, consideradas como parte esencial de la “locomotora económica,” tienden a ocupar espacios remotos y en numerosas ocasiones llegan a traslaparse con territorios ancestrales de grupos étnicos, en general, con alto grado de vulnerabilidad en términos sociales y de acceso a servicios básicos. Para las comunidades las afectaciones en casi todos los casos resultan significativas. Por lo tanto, en marco del reconocimiento de los derechos a su autonomía y específicamente a participar de las decisiones que les afectan directamente, es necesario adelantar procesos de consulta previa, que cumplan los estándares básicos desarrollados en torno al mecanismo.

Es así como en el presente estudio se abordará la consulta previa en el contexto colombiano principalmente desde una perspectiva legal, jurisprudencial e institucional, para luego pasar a revisar algunos casos específicos relacionados con la industria de recursos extractivos.

II. MARCO LEGAL Y REGLAMENTOS DE LA CONSULTA PREVIA

NORMAS

El marco jurídico en lo referente a la consulta previa en Colombia tiene un legado bastante abundante, en especial desde la emisión de la nueva Constitución de 1991 y la subsecuente ratificación en 1991 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Sin embargo, a falta de detalles en el procedimiento para efectuar la consulta previa por parte del mencionado Convenio, ha correspondido a la normativa doméstica establecer dichas pautas. Sin embargo, no existe como tal una ley que regule en detalle la consulta previa. Por lo tanto, una variada y dispersa cantidad de normas, decretos, e inclusive directivas presidenciales sirven como guía para su aplicación y comprensión. A continuación se expondrán los instrumentos jurídicos más relevantes:

a) Constitución Política de Colombia de 1991

Cataloga como base de los principios fundamentales de la Nación el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural (art. 7). Aparte de esto, y pertinente al proceso de descentralización administrativa y territorial llevada a cabo por la Carta, el Capítulo IV de la Constitución reconoce como entidades territoriales los resguardos (entidades territoriales indígenas) los cuales son de “propiedad colectiva y no enajenable” (art. 329), y estarán “gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades” (art. 330).

Sumado al reconocimiento de las entidades territoriales indígenas, fue mediante artículo 55 transitorio de la Carta que se brindó el definitivo reconocimiento a las comunidades negras, al ordenar la expedición de una ley que les reconociera la propiedad colectiva de los territorios que ancestralmente han venido ocupando y explotando, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción. Fue así como dos (2) años más tarde la Ley 70 de 93, fundamentada, entre otras, en “la participación de las comunidades negras y sus organizaciones sin detrimento de su autonomía, en las decisiones que las afectan y en las de toda la Nación en pie de igualdad, de conformidad con la ley”⁶ hizo posible la obtención de derechos de propiedad colectiva para las comunidades afrocolombianas. En concordancia con el artículo 63 de la Constitución, los territorios colectivos recibieron las categorías de inalienables, imprescriptibles e inembargables (fuera del mercado).

Por otro lado, respecto de la explotación de los recursos naturales y métodos de participación dentro de los territorios reconocidos legalmente a las comunidades indígenas, que por vía de interpretación se ha hecho extensivo a

■ ■
A falta de detalles en el procedimiento para efectuar la consulta previa por parte del mencionado Convenio, ha correspondido a la normativa doméstica establecer dichas pautas.
■ ■

los demás grupos étnicos y que constituye un referente obligatorio en materia del reconocimiento al derecho de consulta previa, el párrafo del artículo 330 de la Carta dispuso:

“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.”

A la luz de lo dispuesto en los artículos 152 y 153 de la Constitución para normar los asuntos relacionados con la consulta previa, por involucrar mecanismos de participación ciudadana y derechos fundamentales, es preciso que el Congreso expida una ley estatutaria, que impondría su aprobación en una misma legislatura por la mayoría absoluta de los miembros y la revisión de su constitucionalidad por la Corte Constitucional previa su entrada en vigencia.

b) Convenio 169 (Organización Internacional del Trabajo—OIT)

En términos generales, los principios básicos del Convenio 169 establecen medidas especiales para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medioambiente de los pueblos indígenas y tribales. De esta manera, y como lo ha corroborado la OIT, el “espíritu de la consulta y la participación constituye la piedra angular del Convenio 169”⁷. De manera progresiva en relación con otros países, Colombia fue uno de los tres primeros países en ratificar la mencionada convención (después de Noruega y México), mediante la Ley 21 de 1991.

Además, los tratados internacionales ratificados por Colombia sobre derechos humanos tienen la misma jerarquía que la Constitución⁸. Nótese, por ejemplo, que según la Sentencia SU-383/2003 de la Corte Constitucional se reitera que “...el Convenio 169 de la OIT, y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa conforma con la Carta Política bloque de constitucionalidad en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 del ordenamiento constitucional...” en tanto el Convenio es el instrumento de mayor reconocimiento contra las discriminaciones que sufren los pueblos indígenas y tribales.

c) Ley 99 de 1993 (Decreto 1320 de 1998)

Creó el Ministerio del Medio Ambiente y el Sistema Nacional Ambiental, consagra la consulta previa como parte de los requisitos establecidos para la obtención de la licencia ambiental, y por tal, como requisito tanto para la explotación de recursos naturales como para otros proyectos de desarrollo. Más específicamente, el artículo 76 estableció que las decisiones de explotación de recursos naturales se tomarán previa consulta con los representantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes afectadas, sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de estas comunidades.

A su vez, el Decreto 1320 de 1998, reglamentario de la mencionada ley, sobre consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio dispuso que esta “tiene por objeto analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio...”⁹ y confirió al Ministerio del Interior la responsabilidad de identificar y certificar la presencia de las comunidades susceptibles de ser afectadas por el proyecto planteado y al Instituto Colombiano para la reforma Agraria—INCORA (ahora Instituto Colombiano de Desarrollo Rural—Incode) certificar la existencia de los territorios legalmente constituidos¹⁰.

El proceso de certificación de comunidades indígenas o negras se realiza por la Dirección de Consulta Previa en coordinación con el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) y el Incode los cuales, según artículo 3 (párrafo 3) del Decreto 1320 de 1998, deben elaborar una “cartografía georreferenciada a escala apropiada respecto de las áreas donde existan comunidades indígenas o negras”.

Para este propósito, el artículo 5 previó que el “responsable del proyecto, obra o

■ ■
El artículo 10 del mismo Decreto afirma que los estudios ambientales deben contener “los posibles impactos sociales, económicos y culturales que sufrirán las comunidades indígenas y/o negras.”

actividad que deba realizar consulta previa, elaborará los estudios ambientales con la participación de los representantes de la comunidades indígenas o negras.” Así mismo, el responsable del proyecto deberá acreditar “con la presentación de los estudios ambientales, la forma y procedimiento en que vinculó a los representantes de las comunidades indígenas y negras en la elaboración de los mismos” y se aclara que estos deberán ser los representantes legales o autoridades tradicionales (indígenas) o los miembros de la Junta del Consejo Comunitario o los líderes reconocidos por la comunidad de base (comunidades negras).

En lo referente al componente socio-económico y cultural, el artículo 10 del mismo Decreto afirma que los estudios ambientales deben contener “los posibles impactos sociales, económicos y culturales que sufrirán las comunidades indígenas y/o negras estudiadas, con la realización del proyecto, obra o actividad” y las “medidas que se adoptarán para prevenir,

■ ■
corregir, mitigar, controlar o compensar los impactos que hayan de ocasionarse”.

Cabe mencionar que la emisión de este Decreto reglamentario ha generado un grado de confusión importante, por cuanto a juicio de la Corte Constitucional el Gobierno omitió realizar la consulta previa necesaria para proferir un Decreto que en forma directa afecta a los grupos étnicos. A raíz de lo anterior la Corte sugirió revisar su inaplicación, acudiendo a la excepción de inconstitucionalidad¹¹. Sin embargo, por razones de jurisdicción, al ser un decreto reglamentario expedido por el ejecutivo, el Tribunal Constitucional se declaró inhibido para declarar su inexequibilidad. En consecuencia, la norma sigue vigente y es objeto de constante aplicación por el Gobierno Nacional y de crítica internacional.

d) Ley 685 de 2001

Conocida también como el Código de Minas, tiene como objetivo fomentar la exploración técnica y la explotación de los recursos mineros de propiedad estatal y privada. Según la Constitución (artículo 332) y el Código de Minas “los minerales de cualquier clase y ubicación, yacientes 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”¹². En lo referente a grupos étnicos, el Código reconoce tanto los territorios indígenas (artículo 123) como los de las comunidades negras (artículo 130), y por lo tanto, en su artículo 122 dispuso que “toda propuesta de particulares para explorar y explotar minerales dentro de las zonas mineras indígenas será resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades...” (negrilla fuera del texto). Con todo, el contenido de este último artículo, es desconocido posteriormente por el mismo Código, que se limita a exigir licencia ambiental y por lo tanto, consulta previa, únicamente para el periodo de explotación.

Dicho código estableció además (artículos 122 y 131) que las autoridades señalarían y delimitarían zonas mineras indígenas y de comunidades negras, así como un derecho de prelación a favor de estos grupos étnicos (artículos 124 y 133), para que la autoridad minera les otorgue a dichas comunidades, de manera preferencial, concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en sus zonas mineras. Con todo, el concepto de territorio incorporado para la constitución de las zonas mineras indígenas y de comunidades negras difiere en alcance; para los primeros se mencionan tanto los

territorios titulados, como aquellos que constituyen su hábitat (artículo 123), mientras que para los segundos se limita a los territorios legalmente constituidos (artículo 131).

En términos normativos y según el Código de Minas, en Colombia únicamente se podrá probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal mediante un contrato de concesión minera o Título Minero (con validez hasta por un máximo de treinta años), el cual debe ser debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional¹³. El periodo de exploración debe ser realizado dentro de los tres (3) años siguientes al otorgamiento del Título Minero¹⁴. Y como resultado de los estudios y trabajos de exploración, el concesionario deberá presentar un Programa de Trabajos y Obras de Explotación para aprobación de las autoridades¹⁵, y simultáneamente, un Estudio de Impacto Ambiental que demuestre la factibilidad ambiental de dicho programa. Con base en este estudio la autoridad ambiental competente decidirá si otorga la licencia ambiental para la construcción, montaje y explotación objeto del contrato de concesión minera¹⁶.

A la luz del artículo 15-2 del Convenio 169, el cual indica que la consulta debe realizarse “antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras” lo anterior resulta cuestionable. En esta dirección se ha pronunciado la Corte Constitucional, al analizar el Capítulo XIV sobre grupos étnicos del Código Minero al inferir que “antes de empezar la exploración y explotación de un proyecto minero que se encuentre en territorio de las comunidades étnicas minoritarias, se debe desarrollar la consulta previa”¹⁷. Por su parte, la autoridad minera considera que un Título Minero constituye una mera expectativa, incapaz de generar por sí misma una afectación directa a las comunidades.

e) Decreto 2613 de 2013

Por el cual se adopta el “Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la Consulta Previa como mecanismo de coordinación entre las entidades públicas,” pretende facilitar el enlace de responsabilidades correspondientes y compartir criterios de información actualizada que sirvan para el desarrollo de la consulta previa (art 1) en los casos de proyectos prioritarios o que considere pertinentes el gerente de Proyectos de Interés Nacional y Estratégicos (PINES).

Para tal efecto, se expanden las competencias de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior la cual “ejercerá la competencia exclusiva de certificación de presencia de comunidades étnicas para efectos de celebración de consultas previas... y además podrá solicitar a cualquier autoridad pública información necesaria para la expedición de la certificación de presencia...” (art 4). Las entidades encargadas de suministrar la información para la identificación de presencia de comunidades serán principalmente el INCODER y las autoridades municipales o distritales (art 7).

Una vez certificada la presencia de comunidades étnicas y antes de contactarlas, se incentiva a la Dirección de Consulta Previa para realizar una “reunión de coordinación” entre las distintas entidades públicas con el fin de determinar el plan de trabajo y de optimizar recursos para la realización de la consulta (art 9). En cuanto a las convocatorias, se establece que la Dirección de Consulta Previa es la autoridad encargada de realizarlas y de garantizar la participación de todos los sujetos involucrados (art 10).

El Artículo 11 involucra a la autoridad ambiental competente, la cual “deberá participar en aquellas reuniones del proceso de consulta en que se prevea la identificación de impactos y medidas de manejo de aquellos proyectos para los que se deba expedir licencia ambiental.”

DIRECTIVAS PRESIDENCIALES

a) 01 de 2010

Este acto administrativo a través del cual el Presidente de la República dio instrucciones a sus funcionarios para abordar los procesos de consulta previa ratificó el carácter fundamental y obligatorio del derecho y consideró que “los Grupos Étnicos, en ejercicio

de este derecho fundamental, no pueden vetar el desarrollo de proyectos”. De una manera más amplia, la Directiva Presidencial generó ciertas instrucciones para las entidades del sector central y descentralizado en los aspectos relacionados con la aplicación de la Ley 21 de 1991, planteó algunas acciones que requieren consulta previa y previó mecanismos para el desarrollo de la misma.

Determinó, por ejemplo, que en primera instancia y hasta tanto se determine la competencia de los entes territoriales, será el Ministerio del Interior y de Justicia el único organismo competente para coordinar la realización de los procesos de consulta previa (Punto 1). Según el Punto 2, en lo relacionado con las acciones que requieren la garantía del derecho a la consulta previa, consideró que la “consulta procede antes de la ejecución o puesta en marcha de cualquier proyecto que pueda afectar a los Grupos Étnicos Nacionales,” y relacionó las medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a los Grupos Étnicos y los programas de prospección o explotación de los recursos naturales en sus territorios, como ejemplos de ellas.

b) 10 de 2013

Se describen 5 etapas como mecanismos esenciales para la ejecución de la consulta previa, además se presentan pasos específicos para su ejecución e instituciones responsables. En términos generales, los objetivos de cada etapa son:

1) Certificación de Presencia

A partir de la información suministrada por el solicitante, la Dirección de Consulta Previa (DCP) debe certificar o no la presencia de comunidades en el área de influencia del proyecto, obra o actividad (POA), según los registros que se encuentren en la base de datos de la DCP y/o los resultados de una visita de verificación en campo cuando no haya certeza. La decisión tendrá recursos, es decir, podrá ser cuestionada por los interesados.

2) Coordinación y Preparación

La DCP identificará a las entidades públicas que tienen competencias relacionadas con el POA que se consultará, y las convocará a una reunión para conocer sus puntos de vista. El objeto de esta etapa es coordinar y diseñar estrategias para facilitar el proceso de consulta además de identificar si el proceso requiere de un consentimiento previo, libre e informado, según los lineamientos de la Corte Constitucional que se resumen en: a. Cuando la intervención implique el traslado o desplazamiento de las comunidades, b. Cuando la intervención esté relacionada con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas, y c. Cuando la intervención represente un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve poner en riesgo la existencia de la misma.

3) Preconsulta

Se realizará un diálogo previo con los representantes de las comunidades involucradas, con el propósito de definir la ruta metodológica que seguirá el ejecutor del POA y los términos en que será realizada la consulta, según las especificaciones culturales de cada una de las comunidades. Se deben vincular la Procuraduría y la Defensoría del Pueblo y se debe presentar a las comunidades el marco jurídico de la consulta previa y socializar el POA.

4) Consulta Previa

Sirve para protocolizar los acuerdos en reuniones oficiales, según los plazos y fechas acordados.

5) Seguimiento de Acuerdos

La DCP deberá liderar la conformación del Comité de Seguimiento y hacer requerimientos periódicos al responsable del POA al igual que a las comunidades para verificar que se estén cumpliendo los acuerdos.

III. INSTITUCIONES ESTATALES ENCARGADAS DE IMPLEMENTACIÓN Y SISTEMA DE CONSULTA PREVIA

Ministerio del Interior: Responsable del acompañamiento de los procesos de consulta previa, principalmente a título de coordinador y organizadora, a través de la Dirección de Consulta Previa.

Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible o corporaciones autónomas regionales: Dependiendo de la envergadura del proyecto, son los responsables del proceso de licenciamiento ambiental.

Agencia Nacional de Minería: Responsable de las concesiones mineras, pero que en la práctica no desarrolla un papel fundamental en estos procesos, dado que ha trasladado a las empresas concesionarias y otras autoridades la carga de adelantar y/o evaluar los procesos de consulta previa para la exploración y explotación minera. Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER). Encargado de constituir, ampliar y sanear (titular) los resguardos indígenas y los títulos colectivos de las comunidades negras.

Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC): Encargada de producir el mapa oficial y la cartográfica básica de Colombia y encargado del catastro nacional de la propiedad inmueble.

Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo: Organismos de control que tienen por mandato constitucional propender por el respeto de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

IV. JURISPRUDENCIA

La Corte Constitucional, como intérprete autorizado de la Constitución, y a su vez como máximo garante de los derechos fundamentales en Colombia, ha fungido como una constante productora de sentencias protectoras y garantistas de la salvaguarda de los derechos de los pueblos indígenas, afrodescendientes, raizales, palenqueros y rom¹⁸ y el reconocimiento de sus derechos de participación¹⁹.

Por la falta de una ley estatutaria que regulara la consulta previa y la indudable existencia de vacíos importantes —procedimientos, pasos, el momento de realizar la consulta, tiempos, actores, costos, los proyectos que deben consultarse, entre otros— la Corte ha suplido por medio de un conjunto de reglas jurisprudenciales algunos de ellos. Además de las intervenciones de la Corte anteriormente mencionadas en el capítulo anterior, a continuación se expondrán brevemente los pronunciamientos más importantes relacionados con comunidades étnicas, la consulta previa y los procesos extractivos de la industria:

a) Tutela y Sujetos de derechos

La acción de Tutela es un mecanismo de protección de los derechos constitucionales fundamentales de los habitantes del territorio establecido en el artículo 86 de la Constitución así:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.”

Así las cosas, mediante sentencia T-380 de 1993 la Corte Constitucional estableció un precedente importante al declarar respecto a las comunidades indígenas que “los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados”. Para la Corte, no se puede hablar de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga “personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados.” Con fundamento en esta interpretación y en desarrollo de su competencia como corporación de cierre en materia de tutela, la Corte Constitucional ha ordenado tutelar los derechos fundamentales de grupos étnicos.

b) Propiedad Colectiva:

Mediante sentencia T-188 de 1993 se consideró el rango fundamental del derecho de propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios, por ser un elemento indispensable para su supervivencia, debido al carácter especial de la relación que las comunidades indígenas guardan con los territorios que ocupan “no solo por ser estos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes”. Además, a juicio de la Corte:

“Sin este derecho los anteriores (derechos a la identidad cultural y a la autonomía) son sólo reconocimientos formales. El grupo étnico requiere para sobrevivir del territorio en el cual está asentado, para desarrollar su cultura....”

c) Consulta Previa como derecho fundamental:

Aludiendo tanto a la Constitución como al Convenio 169 y a los medios de participación ciudadana allí plasmados, la sentencia SU-039 de 1997 entendió la consulta previa como un derecho fundamental. Según la Corte, la participación de las comunidades indígenas —por medio de la consulta previa— en las decisiones que pueden afectarles en lo relacionado con la explotación de recursos naturales “adquiere la connotación de un 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 para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social.”

d) Consulta de medidas legislativas:

La Corte Constitucional declaró inexecutable la Ley 1021 de 2006 – Ley General Forestal, la Ley 1152 de 2007 – Estatuto de Desarrollo Rural y la Ley 1382 – reforma al Código de Minas por omisión y/o defectos sustanciales en los procesos de consulta previa con las comunidades indígenas y tribales para la formación de las leyes. La regla fue sentada mediante la sentencia C-030 de 2008, según la cual “resulta obligatoria la consulta cuando las medidas que se adopten sean susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos”, excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas, comprendidas en el ámbito del Convenio 169 de la OIT, que sí interfieran esos intereses.

e) Consentimiento previo, libre e informado:

Reiterando jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Saramaka vs Surinam) y citando el estudio realizado por el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas la Corte aclara mediante sentencia T-769 de 2009 consideró que:

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

f) Aspectos procedimentales:

Mediante la sentencia T-129 de 2011 la Corte Constitucional desarrolló una serie de parámetros que a su juicio posibilitan la satisfacción de aquel derecho. Tales lineamientos son los siguientes:

“[...] (ii) No se admiten posturas adversariales o de confrontación [...]. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias.

(iii) No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales [...], es decir, asimilarla [...] a meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines.

(iv) Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos.

(v) Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial [...].

(vi) Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso pre-consultivo y/o post consultivo (...) la participación ha de entenderse no sólo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.

(vii) Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas.

(viii) Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las

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

En todo caso, en el evento en que se exploren las alternativas menos lesivas para las comunidades étnicas y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine [...].

(ix) Es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica [...].

(x) Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos

de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.

(xi) Es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación [...]"

■ ■
“Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa.”
■ ■

g) Consulta Previa a la explotación minera:

La sentencia T-1045A de 2010 aclaró que el deber de consulta cobra relevancia “antes de realizarse cualquier exploración o explotación de minería o de otros recursos naturales, que se encuentren en las tierras de dichas comunidades” (subrayado propio). Este punto es de vital importancia debido a que la realización de la consulta previa a los procesos de exploración, sugeriría nuevos requerimientos para la aprobación del Título Minero.

V. ESTUDIOS DE CASO

1. CASO LA TOMA (CORREGIMIENTO LA TOMA, MUNICIPIO DE SUÁREZ, CAUCA)

El territorio que hoy corresponde al corregimiento de La Toma se encuentra ubicado en los ríos Cauca y Ovejas en el municipio de Suárez, departamento del Cauca (sur-occidente de Colombia). A pesar de no contar con registros exactos sobre el proceso de población de la zona, se estima que los primeros habitantes llegaron a la región entre finales del siglo XVI y comienzos del siglo XVII bajo un contexto colonial, es decir, por la llegada de africanos esclavizados para trabajar en las minas de aluvión de los ríos Cauca y Ovejas²⁰. Según estudios realizados por el observatorio Étnico de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá (2013) “la vida cotidiana de la gente negra que llegó a estos lugares estuvo ligada al trabajo en las minas, la adecuación de los terrenos, la construcción de canales para conducir el agua necesaria para lavar el oro, el levantamiento de las viviendas y el cuidado de algunos animales y cultivos”.

Con la abolición de la esclavitud en 1852 y a lo largo del siglo XX se dio un incremento de la producción agrícola en la región, que llegó a competir con la extracción de oro como principal actividad económica. La transición del esclavismo a la libertad ocurrió paulatinamente en un periodo en el cual estas poblaciones seguían trabajando tierras ajenas, sin disposición de la propiedad sobre la tierra, bajo la figura del terraje. Sin embargo, la producción de oro se mantuvo y fue la base para la acumulación de capital suficiente para la eventual compra de tierras, las cuales, fueron intervenidas mediante la siembra de café y cultivos asociados. A su vez, la siembra de café hizo que las mejoras introducidas por estas poblaciones negras fueran demasiado costosas para los antiguos propietarios, lo cual precipitó que los últimos prefirieran vender las tierras antes que pagarlas²¹.

La construcción hidroeléctrica e inundación del embalse la Salvajina en cercanías de La Toma a partir de 1985 generó un importante giro en la geografía económica de la región. La represa, construida con el propósito de generar energía eléctrica y controlar las inundaciones del río Cauca por la Corporación Regional del Valle del Cauca, inundó un número importante de fincas agro-mineras pertenecientes a las poblaciones afrocolombianas y generó un cambio notorio en las prácticas socioeconómicas y culturales tradicionales, sin un previo reconocimiento económico o compensación para dichas comunidades. Según Vélez, Rátiva y Varela (2012)²², el desecamiento progresivo de los antiguos humedales que desde la colonia habían frenado la expansión de las haciendas permitió la apertura de nuevos terrenos propicios para la agricultura y la expansión urbana. Lo anterior contribuyendo, inter alia, a: i) impulsar el desarrollo agroindustrial y monocultivo de caña; ii) restringir la economía pesquera que se beneficiaba del río; iii) imposibilitar el balsaje a través del río como medio de recreación y transporte.

Las décadas de 1990 y 2000 entonces significaron cambios trascendentales en la región. La avanzada del “modelo extractivista minero-energético y del modelo agro-industrial, causó una vasta marginación de las sociedades campesinas afrodescendientes en el acceso a tierras y a bienes y servicios ambientales antes disponibles” (Vélez et al., 2012). Estos procesos de empobrecimiento y marginación, han propiciado simultáneamente un fortalecimiento de las organizaciones sociales de la región, que han reforzado sus históricas exigencias de acceso a la tierra y de presencia del Estado, con los razonamientos

sobre sus derechos étnicos a la luz de la Constitución Política y el Convenio 169 de la OIT (ibid.).

El Consejo Comunitario del Corregimiento La Toma fue fundado en el año 1994, pero aún no ha obtenido el reconocimiento legal a la adjudicación de las tierras que ocupa, en tanto ocupan terrenos con antecedente de propiedad privada y no baldíos riveranos que pertenezcan a la cuenca del Pacífico, adjudicables por el INCODER. A la fecha se encuentran adelantando el trámite de constitución de título colectivo ante el INCODER teniendo en cuenta especialmente la cesión de los terrenos de propiedad privada de los miembros de la comunidad.

El presente caso se centra en el otorgamiento del Título Minero BFC-021, en marzo de 2006 (válido desde junio 27 de 2007 hasta junio 26 de 2017) por la autoridad minera colombiana (INGEOMINAS) a favor del Señor Héctor Jesús Sarria, que le permitía la explotación minera de un yacimiento de oro en 99 hectáreas ubicadas dentro de los territorios ancestrales de esta comunidad afrocolombiana, en la desembocadura de la quebrada La Turbina, en el río Cauca²³.

■ ■

Para decidir la Corte consideró que el “derecho de consulta es susceptible de la tutela constitucional, por cuya vía las comunidades étnicas aludidas pueden obtener que no se hagan efectivas medidas que no hayan sido consultadas.”

■ ■

Como parte del trámite para obtener la licencia ambiental exigida para realizar la explotación minera, el titular de la concesión solicitó en mayo 19 de 2006 al Ministerio del Interior la certificación de presencia de comunidades étnicas dentro del área de influencia del proyecto. Como respuesta a lo anterior, la Dirección de Etnias (institución encargada de certificar presencia de comunidades étnicas en esa época) certificó que no se registraban comunidades indígenas en el municipio de Suárez, pero que efectivamente de acuerdo a la información de las autoridades locales se registraban comunidades negras y por ende, se debía respetar el derecho a la consulta previa de estas comunidades.

Casi tres años más tarde, el señor Sarria solicitó de nuevo al Ministerio del Interior en tres ocasiones diferentes (febrero 3-marzo 30 y abril 14 de 2009) que certificara la presencia de comunidades negras e indígenas en área del título minero y requirió que en caso afirmativo se adjuntara la documentación necesaria para probar y demostrar el modo, tiempo y lugar en que fue constituida dicha comunidad.

Paralelamente, en abril de 2009, conocedor de las intervenciones existentes en la zona a él titulada por la comunidad negra del corregimiento de La Toma, el señor Sarria solicitó a Ingeominas un amparo administrativo para que fueran suspendidas todas las actividades mineras en el área.

Según informó el Ministerio del Interior, debido a las múltiples solicitudes del señor Sarria, se realizó una visita de verificación al área de influencia (10 y 11 de junio, 2009) la cual reportó que debido a la complejidad de identificar grupos étnicos por las características técnicas y ambientales del proyecto, correspondía a la autoridad ambiental determinar el área de influencia. No obstante, el Ministerio del Interior puntualmente recomendó al señor Sarria realizar la consulta previa con la comunidad existente del Corregimiento de la Toma, debido a que el Ministerio de Medio Ambiente se disponía a consultarles el Plan de manejo ambiental de la represa La Salvajina.

El 9 de julio de 2009, la Coordinadora del Grupo de Consulta Previa de ese Ministerio certificó que “no se registra la presencia de comunidades indígenas dentro del área de influencia del proyecto” pero “se registra la presencia de comunidades negras ‘Consejo Comunitario Afrodescendiente del Corregimiento de La Toma’”. A tal efecto, mediante comunicación radicada ante el Ministerio del Interior el 21 de julio de 2009, el señor Sarria informó que siendo titular de la licencia BFC-021 solicitaba la apertura del proceso de consulta previa.

De acuerdo a la información provista por la comunidad²⁴, el 6 de agosto de 2009 el señor Sarria realizó con la comunidad negra del corregimiento de La Toma una reunión en la que manifestó que los locales no eran una amenaza para su título minero, pero sí otra persona que realizaba extracciones mineras más industrializadas. Por lo mismo, puso como condición su retirada para proceder a negociar con la comunidad, pero una vez dicho requerimiento fue cumplido, tampoco se prestó para negociar.

Ese mismo mes (21 de agosto de 2009), el señor Sarria manifestó ante el Ministerio del Interior que “según la visita de verificación efectuada se concluyó que no había presencia de comunidades étnicas en el área del proyecto minero... y que por lo tanto no está(ba) obligado a agotar el trámite de Consulta Previa”. De igual manera, informó que desistía de la solicitud de apertura del trámite de Consulta Previa.

En todo caso, y en contrariedad con las certificaciones y recomendaciones expuestas por el Ministerio del Interior, la Corporación Autónoma Regional del Cauca (CRC) otorgó licencia ambiental al señor Sarria el 21 septiembre de 2009 dando así autorización para la explotación minera.

Paradójicamente, ese mismo día la comunidad afirma haber recibido amenazas de los grupos paramilitares, mediante fax enviado a la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia - CUT, sede Valle. En ella “se declaraban los líderes objetivo militar por ser colaboradores de la guerrilla y oponerse a la entrada de las multinacionales mineras en la zona, que sí generaban desarrollo - Águilas Negras”²⁵.

El 9 de octubre de 2009 Ingeominas ordenó al Alcalde de Suárez el desalojo de los mineros que realizaban actividades en el área titulada al señor Sarria y el 14 del mismo mes el Comandante de la Policía del departamento le pidió a este mismo que indicara la fecha y la hora exacta en que se realizaría el desalojo a los perturbadores, sin embargo, por presiones de la comunidad y de los organismos de control la autoridad municipal no adelantó la diligencia.

Como respuesta a lo anterior, el señor Sarria interpuso una acción de cumplimiento contra el Alcalde de Suárez, para que se le obligara a cumplir lo dispuesto en la decisión de amparo administrativo. El Juzgado 1º Administrativo del Circuito de Popayán el 15 de marzo de 2010 desató favorablemente el litigio y ordenó al Alcalde realizar el desalojo sin más dilaciones.

El 30 de abril de 2010 el Alcalde del municipio expidió una resolución a través de la cual dispuso suspender inmediatamente las actividades de explotación que se venían adelantando en la mina concedida al señor Sarria. En ese sentido, ordenó el desalojo de todas las personas que no tuvieran permiso para ejercer allí la actividad minera. Con todo, en esa fecha la Defensoría del Pueblo, en el marco de sus competencias constitucionales y como garante de los derechos humanos, a través de un documento ordenó la suspensión de la diligencia en pro del reconocimiento del derecho preferente y fundamental al territorio de la comunidad negra de La Toma.

En mayo de 2010, el Consejo Comunitario de La Toma, de la mano de la Defensoría del Pueblo y con la coadyuvancia del Observatorio de Discriminación Racial, instauró una acción constitucional en contra de la Alcaldía del municipio de Suárez (Cauca), los Ministerios del Interior y de Justicia, de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, de Minas y Energía e Ingeominas. Para la solicitud, los miembros de la comunidad negra liderados por Yair Ortiz Larrahondo y Francia Elena Márquez argumentaron que el título minero expedido a favor del señor Sarria fue otorgado por los entes del Estado (Ingeominas) sin adelantar el proceso de consulta previa, en un territorio que

tradicionalmente les pertenece y que habían venido explotando en forma artesanal desde 1635.

En primera y segunda instancia la solicitud fue denegada por considerar improcedente la tutela en el caso expuesto.

En julio de 2010 la autoridad ambiental regional (Corporación Autónoma Regional del Cauca), motu proprio, ordenó suspender los efectos jurídicos de la licencia ambiental otorgada al señor Sarria hasta cuando se subsanara el deber legal de consulta previa.

En sede de revisión la Corte Constitucional con fundamento en el deber de protección del Estado a la Identidad e Integridad Étnica, cultural, social y económica de las Comunidades Afrodescendientes y el Derecho a la Consulta Previa ordenó la realización de la consulta previa y la suspensión inmediata de las actividades de explotación minera. Cabe resaltar que a la fecha no se ha iniciado ningún tipo de consulta previa relativo a este caso y que los títulos mineros se encuentran suspendidos.

Para decidir la Corte consideró que el “derecho de consulta es susceptible de la tutela constitucional, por cuya vía las comunidades étnicas aludidas pueden obtener que no se hagan efectivas medidas que no hayan sido previa y debidamente consultadas, y que se disponga la adecuada realización de las consultas que sean necesarias.”

Adicionalmente, de las órdenes impartidas por la Corte en este caso se puede colegir que i) antes de empezar la exploración y explotación de un proyecto minero que se encuentre en territorio de las comunidades étnicas minoritarias, se debe desarrollar la consulta previa respectiva con las comunidades que pueden ser o llegar a ser afectadas por dicho proyecto; ii) para poder iniciar los trabajos y obras mineras deberá estar aprobado el estudio y expedida la licencia ambiental respectiva; iii) la autoridad minera deberá tener en cuenta y decidir sobre el derecho de prelación que les atañe a esas comunidades étnicas, de acuerdo con la ley.

En La Toma existen varias propuestas de contrato de concesión minera de compañías multinacionales como AngloGold Ashanti, Angloamerican y Mineras Four Points. Por su parte, las comunidades negras también han solicitado el reconocimiento de una zona minera de comunidades negras.

La autoridad minera, en atención a la sentencia de la Corte Constitucional, a través de la Resolución vsc de 26 de abril de 2013 ordenó la suspensión del trámite minero de las propuestas de contrato dentro del corregimiento de La Toma hasta tanto se surtiera un trámite de consulta previa.

A la fecha dicho proceso no ha iniciado y no se tiene noticia de acercamiento alguno entre el interesado y la comunidad negra. Por otro lado, la comunidad ha solicitado a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas adelantar el procedimiento establecido en la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras en su territorio para acceder a la reparación establecida en el marco de la justicia transicional.

2. INDÍGENAS U'WAS—EXPLORACIÓN PETROLERA BLOQUE SAMORÉ

Los pueblos U'wa, se estima, comprenden una población superior a las 7.000 personas. Están tradicionalmente asentados en el noreste colombiano, principalmente en la región Andina de los departamentos de Arauca, Boyacá, Casanare, Santander y Norte de Santander. Los U'wa se han visto afectados por la presencia de grupos armados ilegales en su territorio, así como por exploraciones mineras. Según reportes de ACNUR (UNHCR) en Colombia, entre 1998 y 2008, trece (13) integrantes de la comunidad fueron asesinados y del total de las personas desplazadas forzosamente en la región entre 2003 y 2008, 781 eran miembros de esta comunidad indígena²⁶.

Los territorios U'wa originalmente estaban constituidos por dos resguardos²⁷ y una reserva con un área total de 99.887 hectáreas, las cuales fueron unificadas y ampliadas por el Incora (ahora INCODER) para así formar un resguardo de 225.275 hectáreas. A pesar de lo anterior, las comunidades indígenas aseguran que áreas de alta importancia territorial y ancestral aún no forman parte de su resguardo. Parte de estas se encuentran dentro de

unos prospectos exploratorios de proyectos de hidrocarburos, ubicados en la región del Sarare²⁸.

La región del Sarare es una región de alto potencial para la explotación de hidrocarburos. En 1992 la empresa Sociedad Occidental de Colombia inició acciones para realizar actividades de exploración y explotación petrolera en un bloque denominado Samoré, con una extensión aproximada de 208.934 hectáreas. Los trabajos tuvieron como antecedente la concesión que hiciera Ecopetrol, es decir, la empresa Colombiana de Petróleos.

Los días 10 y 11 de enero de 1995, con participación de representantes de los Ministerios de Ambiente, Ministerio de Minas y Energía, Ecopetrol y la Occidental Inc., se sostuvo una reunión con algunos miembros de la comunidad indígena U'wa, en el marco de la consulta previa para desarrollar la exploración del Bloque Samoré. Con base en ella el Ministerio de Ambiente procedió a otorgar la Licencia Ambiental para autorizar la explotación minera.



La comunidad indígena U'wa se ha opuesto y sigue oponiéndose a la intervención minera del área, debido a los riesgos que ella significa para su supervivencia.



La Defensoría del Pueblo demandó mediante acción de tutela la actuación administrativa (licencia ambiental) por considerar: i) que la mencionada reunión no fue válida para efectos de garantizar el derecho a la participación de la comunidad indígena, ii) que el fruto de la primera reunión fue acordar una segunda reunión para el mes de febrero dentro del proceso de consulta, sin embargo, cuando eventualmente esta reunión se desarrolló ya habían transcurrido tres (3) semanas de haberse expedido la licencia, iii) que la licencia ambiental se otorgó sin la participación de la comunidad en el Estudio de Impacto Ambiental.

En revisión de la acción de tutela, mediante sentencia SU-039 de 1997 la Corte estimó que el procedimiento para la expedición de la licencia ambiental se cumplió de manera irregular, dándole plena razón a los solicitantes. Para la Corte Constitucional, lo anterior constituyó el desconocimiento del derecho fundamental de la comunidad U'wa, puesto que "Dicha consulta debe ser previa a la expedición de ésta (licencia ambiental) y, por consiguiente, actuaciones

posteriores a su otorgamiento, destinadas a suplir la carencia de la misma, carecen de valor y significación". En consecuencia, ordenó a las autoridades realizar la consulta previa en cumplimiento de algunos parámetros que allí unificó.

La comunidad indígena U'wa se ha opuesto y sigue oponiéndose a la intervención minera del área, debido a los riesgos que ella significa para su supervivencia como grupo étnico y por los potenciales cambios culturales, económicos y cosmogónicos. Además, apela que el petróleo es la sangre de la tierra y que por lo mismo no puede ser removida. Esta posición ha sido tan determinante que incluso los U'wa han amenazado con un suicidio colectivo en caso de que sus áreas sean explotadas, y hasta la fecha la comunidad no ha accedido a dialogar sobre el proyecto.

Lo anterior, se ha constituido en un poder de contra peso, debido la notoria participación de múltiples ONG nacionales e internacionales que se han solidarizado con el pueblo U'wa y lo han llevado a convertirse en un ícono de la lucha indígena contra el Estado y las grandes empresas.

En 2002 la Occidental de Colombia renunció a la exploración del área, sin embargo, actualmente Ecopetrol tiene presencia en la zona a través de otros proyectos de explotación de yacimientos de gas natural hallados en la zona, denominados Gibraltar 1, 2 y 3.

3. CREACIÓN PARQUE NACIONAL NATURAL YAIGOGÉ APAPORIS—TÍTULO MINERO COSSIGO RESOURCES.

En 2008, luego de una negativa de las comunidades a la protección legal de su territorio bajo figuras de conservación a iniciativa del Gobierno, las comunidades indígenas asentadas en el Resguardo Yaigogé Apaporis (Amazonas y Vaupés) y representadas por la Asociación de Comunidades Indígenas del Yaigogé Apaporis (ACIYA) solicitaron a Parques Nacionales Naturales la constitución de un Parque Nacional Natural en su territorio, con el propósito de protegerlo de la avanzada de empresas multinacionales mineras sobre el sector conocido como el Cinturón de oro del Taraira y específicamente sobre la Serranía de la Libertad, que constituye para todas las culturas del Grupo Cultural del Vaupés un sitio sagrado ligado al origen de la vida y específicamente el lugar donde se realiza el ritual del Yuruparí, que significa la iniciación de la vida adulta para los hombres de las tribus.

El Ministerio de Ambiente, Parques Nacionales Naturales y el Ministerio del Interior realizaron la consulta previa a las 19 comunidades de los pueblos Macuna, Tanimuca, Letuama, Barazano, Yauna, Cabillari y Yujup Macu, asentadas dentro del resguardo y recibieron especial apoyo de la ACIYA. Después de un recorrido por más de un mes por todo el territorio, despejando las dudas especialmente sobre la propiedad de la tierra en cabeza del resguardo y los acuerdos que se requerían para un manejo conjunto del territorio, en la reunión de protocolización de la consulta previa, realizada en la Comunidad Centro Providencia los días 24 y 25 de julio de 2009, las autoridades tradicionales manifestaron estar de acuerdo con la constitución del Parque en su territorio ancestral.

A través de la Resolución 2079 de 27 de octubre de 2009 el Ministerio del Medio Ambiente declaró el área como Parque Nacional Natural, teniendo en cuenta el proceso de consulta previa descrito. Sin embargo, dos días después, en forma inconsulta, la autoridad minera (Ingeominas) concedió a Cossigo Resources, empresa de origen canadiense, un título para la explotación minera de la Serranía de la Libertad, que el Gobierno aún no ha revocado y sobre el cual la empresa insiste.

Al interior del resguardo se ha creado una disidencia que ha llevado el caso a los tribunales. Específicamente existe un sector de nativos que no está de acuerdo con la declaratoria del Parque y que está de acuerdo con la explotación minera de la zona, representado por la recientemente fundada Asociación de Capitanes Indígenas de Taraira-Vaupés (ACITAVA). Este sector argumenta que sus comunidades no participaron en la consulta previa y que la aprobación del Parque Nacional condiciona a las comunidades en la realización de actividades tradicionales²⁹.

Para la ACIYA la cual representaba a todas las comunidades del área (hasta la formación de la ACITAVA) la posición de la ACITAVA es considerada como una traición a la tradición por dejar sin protección el territorio tradicional y porque desconoce los rituales generadores de consenso dentro de su tradición y específicamente el acuerdo de delegar la decisión de la constitución del Parque en las autoridades tradicionales³⁰. Para la ACIYA, es claro que bajo su tradición y costumbre todos habían defendido el territorio juntos y habían acordado reunidos decirle no a la minería, inclusive en reuniones con los que ahora están tratando de abrirle paso a esta por lugares sagrados.

La solicitud de tutela fue negada en primera y segunda instancia por considerar que el proceso de consulta se adelantó en forma correcta, garantista y apropiada y se encuentra actualmente en proceso de revisión ante la Corte Constitucional³¹.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La falta de una Ley Estatutaria de Consulta Previa continúa siendo un obstáculo para su ejecución eficaz, por tanto no existe un marco legal coherente y conciso que brinde seguridad jurídica sobre aspectos en discusión como el área de influencia de los proyectos, los momentos en los que se debe realizar la consulta, las formas de compensación o de participación de las comunidades en los beneficios económicos de los proyectos, la determinación de los impactos culturales, entre otros. Aunque las Directivas Presidenciales han tratado de llenar algunos vacíos de procedimiento, estas no serán suficientes para garantizar la seguridad jurídica necesaria.

La ausencia de regulación normativa de la Consulta Previa en Colombia ha conllevado a que este mecanismo sea desarrollado y reglamentado a nivel jurisprudencial, a través de precedentes vinculantes dados por la corporación de cierre en el área constitucional, que han aportado elementos de suma importancia para la implementación del derecho. Sin embargo, el que los casos se hayan puesto en conocimiento de diferentes tribunales, también ha dado pie a una falta de unidad de criterio en la aplicación de los conceptos y alcances del derecho.

La institucionalidad está desprovista de capacidad operativa. Es evidente su debilidad y la falta de comunicación entre entidades gubernamentales, esto es claro a partir de los tres casos de estudio y las entrevistas realizadas durante la realización de este trabajo. Por ejemplo, se han otorgado títulos mineros en áreas de Parques Nacionales (Apaporis), se ha certificado equivocadamente la no presencia de comunidades en las áreas de los proyectos, se han expedido licencias ambientales sin adelantar el proceso de consulta previa (La Toma), etc. Esto presupone la necesidad inequívoca de fortalecer la institucionalidad relacionada con los procesos de consulta previa y garantizar la comunicación entre ellas. Es clave el fortalecimiento de la Dirección de Consulta Previa (Ministerio del Interior), la cual necesita desesperadamente de capital humano y material para realizar un trabajo acorde con las necesidades y exigencias del país.

El proceso de Certificación de Presencia de comunidades étnicas depende en gran parte de la digitalización de los medios cartográficos y la socialización de la información allí contenida entre las instituciones. Por lo tanto, es necesario recolectar y actualizar de manera efectiva la información geográfica sobre asentamientos étnicos e invertir en estudios etnográficos sólidos para entender mejor sus áreas de influencia, así como tener previamente identificados los actores de los procesos.

La protocolización de la consulta previa en el marco jurídico colombiano de cierta manera ha quedado limitada a la participación de las comunidades con ocasión del proceso de licenciamiento ambiental, pero por lo mismo, los impactos sociales y culturales se han relegado ante la relevancia de los impactos ambientales per sé. Además, existen dificultades para determinar los primeros y se adolece de una institucionalidad que vele por su protección.

La visión transaccional y económica de las negociaciones ha corrompido los fundamentos básicos de la consulta previa. Tanto las comunidades como las empresas han entendido que por medio de ‘transacciones’ se puede llegar a ‘concertaciones’. Lo anterior constituye una amenaza para la integridad de los procesos de consulta, de las comunidades y está poniendo en riesgo la perpetuidad de la figura misma.

Los costos del proceso de consulta y de los acuerdos que se protocolicen con las

comunidades deben cubrirse por un fondo común que constituya el Estado, que se cargue a los proyectos en proporción a su valor.

Asimismo, es necesario construir instrumentos que permitan a las comunidades participar de los beneficios directos e indirectos que reporten las actividades económicas de explotación de recursos, pues a la fecha no existen antecedentes de este tipo en Colombia.

También se precisan mecanismos de control para los procesos de consulta previa, al igual que procedimientos certeros sobre los costos de contratación de estudios, asesores, contratistas, etc., que aseguren la comprensión plena de los impactos por parte de la comunidad y superen las asimetrías en el manejo de la información.

Por virtud del actual Código de Minas, el proceso de otorgamiento de títulos mineros está desprovisto de contexto con la realidad en el terreno. Es necesario resolver la contradicción normativa advertida en el Código de Minas, respecto a la exigencia de consulta previa para cualquier intervención, al paso que se autoriza la exploración sin haber obtenido el licenciamiento ambiental, que a su vez exige dicha consulta. El caso de la Toma resulta ser un precedente de gran importancia, a través de la cual la Corte Constitucional asumió una postura a favor de exigir la consulta antes del otorgamiento del título minero.

Debido a la naturaleza de las industrias extractivas, las cuales tienden a generar un alto impacto ambiental, social, cultural y económico, resulta imperativo que las empresas de este sector se adhieran, como mínimo, a los protocolos de buenas prácticas que ya rigen a nivel internacional como la Política Operativa 4.10 del Banco Mundial y los Principios Rectores sobre las Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Lo anterior garantizaría no solo un mejor actuar con responsabilidad social y respeto por los derechos humanos, sino también una garantía a sus inversiones.

La violencia y presencia de actores armados al margen de la ley predomina en los espacios marginados donde tienden a llevarse los procesos de consulta previa en el sector minero. Esto es una variable importante a nivel nacional, por ejemplo, dos los casos seleccionados, se han visto afectados por la violencia, los homicidios y/o la intimidación. Por lo tanto, es fundamental contar con la activa intervención estatal en todos los pasos de la consulta previa para garantizar los derechos fundamentales de las comunidades étnicas, además de su libre participación en los procesos de consulta.

La pugna entre el derecho al desarrollo de la Nación y el derecho a la participación e integridad étnica por los proyectos que afectan las comunidades continúan representando un dilema para la institucionalidad, en consecuencia, es necesario entrar en consonancia con el Convenio 169 de la OIT e involucrar por completo a las comunidades étnicas en la socialización de los proyectos desde su concepción, pues un diálogo concienzudo permite una toma de decisiones informada y una verdadera autodeterminación de los pueblos.

■ REFERENCIAS

- 1 ICMM. (2012). "Mining's contribution to sustainable development." Disponible: <http://www.icmm.com/the-role-of-mining-in-national-economies>
- 2 Zapata, F. (1977). "Enclaves y sistemas de relaciones industriales en America Latina" Revista Mexicana de Sociologia, Vol. 39 (2): 719-731.
- 3 ICMM. (2012). "Human rights, social development and the mining industry." Disponible en: <http://www.icmm.com/human-rights-social-development-and-the-mining-and-metals-industry>
- 4 *ibid.*
- 5 Política Operacional 4.10 sobre pueblos indígenas, para mas información ver: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/EXTPOLICIES/EXTOPMANUAL/0,,contentMDK:20553653~menuPK:4564185~pagePK:64709096~piPK:64709108~theSitePK:502184,00.html>
- 6 Artículo 3 (3), Ley 70 de 1993.
- 7 OIT, Convenio No. 169, N.D.[en línea] disponible en: <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang-es/index.htm>
- 8 Constitución Política de Colombia, artículo 93.
- 9 Artículo 1, Decreto 1320 de 1998.
- 10 Artículo 3, Dectreto 1320 de 1998.
- 11 En Sentencia T-652/98 la Corte Constitucional ordenó al Ministerio del Interior y del Medio Ambiente la inaplicación del mencionado Decreto por cuanto su aplicación "resultaría a todas luces contrario a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991".
- 12 Artículo 5, Ley 685 de 2001.
- 13 Artículo 14, Ley 685 de 2001.
- 14 Artículo 71, Ley 685 de 2001.
- 15 Artículo 84, Ley 685 de 2001.
- 16 Artículo 205, Ley 685 de 2001.
- 17 Corte Constitucional, Sentencia T-1045A/10.
- 18 Todos los grupos étnicos existentes y reconocidos en Colombia. Los raizales son los habitantes de las islas de San Andrés y Providencia, los palenqueros son comunidades de esclavos cimarrones asentadas en la Costa Caribe, y los ROM son descendientes de la comunidad gitana.
- 19 Para un recuento exhaustivo de sentencias relacionadas a la consulta previa, ver Ministerio del Interior y Justicia, La Consulta Previa a Grupos Étnicos en Colombia: Compendio de Legislación, Jurisprudencia y Documentos de Estudio (Bogotá, 2009).

- 20 Observatorio de Territorios Étnicos. (2013). “La Toma: historias del territorio, Resistencia y autonomía en la cuenca del alto Cauca”. Pontificia Universidad Javeriana: Bogotá.
- 21 Ibid.
- 22 Vélez, Rativa y Varela. (2012) “Cartografía social como metodología participativa y colaborativa de investigación en el territorio afrodescendiente de la cuenca alta del río Cauca”. Cuadernos de Geografía-Revista Colombiana de Geografía. Vol. 21 (2).
- 23 La mayor parte de la información fáctica sobre los procesos que a continuación se narran, se extrajo del texto de la sentencia T-1045A de 2010, expedida por la Corte Constitucional y del texto “La Disputa por los Recursos Naturales en los Territorios Afrocolombianos”, Observatorio de Discriminación Racial, Universidad de Los Andes, Procesos de Comunidades Negras, Dejusticia, 2011.
- 24 Reunión realizada para la producción de este documento el 21 de octubre de 2013 con líderes del Consejo Comunitario de La Toma, en una sede comunitaria.
- 25 Información obtenida en la reunión con los líderes del Consejo Comunitario de La Toma, previamente mencionada.
- 26 ACNUR, (2011). “Comunidades Indígenas”. Disponible online: <http://www.acnur.org/t3/pueblos-indigenas/pueblos-indigenas-en-colombia/>
- 27 Área legalmente reconocida como propiedades de una comunidad indígena.
- 28 Burgos Gonzales, A. C. (2006). “Petróleo e indígenas en Colombia: Una Mirada desde la seguridad humana,” Desafíos (15): 384-418.
- 29 Territorio Indígena y gobernanza. “Apaporis: Un territorio donde los indígenas eligen la figura de Area Protegida. [online]. Disponible: http://www.territorioindigenaygobernanza.com/col_14.html
- 30 Anexo 4. Escrito ACIYA. Corte Constitucional 2011. Respuesta a tutela de Benigno Perilla.
- 31 Ibid.