



**EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y SU CARÁCTER
VINCULANTE EN LA OTORGACIÓN DE LICENCIAS AMBIENTALES EN
COLOMBIA CON FUNDAMENTO EN UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y
NORMATIVO**

LINA PAOLA VERA DUARTE

**UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE CUNDINAMARCA
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA DE DERECHO
BOGOTÁ D.C.
2020**



**EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y SU CARÁCTER
VINCULANTE EN LA OTORGACIÓN DE LICENCIAS AMBIENTALES EN
COLOMBIA CON FUNDAMENTO EN UN ANALISIS JURISPRUDENCIAL Y
NORMATIVO**

**“REFERENCIA DEL CASO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS
AWÁ “LA CABAÑA” Y NUTABE DE OROBAJO”**

LINA PAOLA VERA DUARTE

TRABAJO DE GRADO

**DIRIGIDO POR: DRA. NANCY SOLANO DE JINETE
ABOGADA**

**UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE CUNDINAMARCA
FACULTAD DE DERECHO
BOGOTÁ D.C.
2020**

NOTA DE ACEPTACIÓN

**Directora de Monografía
Dra. NANCY SOLANO DE JINETE**

Jurado 1

Jurado 2

Fecha, 05 del mes de Mayo del 2020

AGRADECIMIENTOS

Agradezco principalmente a Dios, haberme concedido la bendición de poder estudiar esta carrera la cual anhele estudiar y ejercer desde mi niñez, así mismo le agradezco la sabiduría e inteligencia otorgada para cursarla.

Del mismo modo, agradezco a cada una de las personas que intervinieron como apoyos de conocimiento, consejo y corrección en cada uno de los avances de la presente investigación, resaltando en forma especial a mi asesora la docente Nancy Solano de Jinete por su apoyo incondicional y constatare en este camino por alcanzar ser una profesional, que significa para mí una realización personal anhelada en donde tendré como propósito siempre actuar conforme a los valores y principios que orientaron mi formación.

Las opiniones expresadas en el presente documento son de responsabilidad exclusiva de la autora y no comprometen de ninguna forma a la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca y/o a su Facultad de Derecho

RESUMEN

Este es un estudio que describe y analiza si la consulta previa en Colombia es un mecanismo eficaz de participación de las comunidades indígenas, junto otros derechos concomitantes a éste, con relación al proceso administrativo de otorgación de las licencias ambientales para la realización de obras, proyectos o actividades. Se utiliza el método de análisis documental y de estudios de casos. Se precisan las orientaciones y las líneas jurisprudenciales que ha fijado la Corte Constitucional, bajo la égida del Convenio 169 de la OIT y el derecho internacional de los derechos humanos, las obligaciones estatales de respetar y garantizar la diversidad étnica y cultural de la Nación así como de la contribución que presta este derecho para la efectividad de otros, en virtud del principio de interdependencia e indivisibilidad. Se observa y concluye referenciando algunos casos para reforzar el componente teórico y como una estrategia en esta investigación que, en el otorgamiento de las licencias ambientales, se obvió la consulta previa, constituyendo una violación flagrante de los derechos de los pueblos ancestrales. Por tal motivo, se convoca a los Ministerios respectivos a consolidar en su práctica administrativa dicha consulta, a fin de lograr un desarrollo integral, inclusivo y completo de la misma y hacer posible un verdadero fomento de prevención ambiental y protección medioambiental, evitando que se generen mayores impactos ambientales y se continúen vulnerando los derechos constitucionales de las comunidades indígenas.

Palabras claves: Consulta previa, Corte Constitucional, Convenio 169 OIT, licencias ambientales, comunidades indígenas.

ABSTRACT

This is a study that describes and analyzes whether prior consultation in Colombia is an effective mechanism for the participation of indigenous communities, along with other rights concomitant to it, in relation to the administrative process of approval of environmental licenses for the realization of works, projects or activities. The method of documentary analysis and case studies is used, the guidelines and jurisprudential lines established by the Constitutional Court are specified, under the aegis of the Convention 169 of OIT and International human rights, state obligations to respect and guarantee the Nation's ethnic and cultural diversity as well as of the contribution that this right lends to the effectiveness of other Rights. under the principle of interdependence and indivisibility, It is observed and concluded in the cases studied in this investigation that, in the granting of environmental licenses, prior consultation was obviated, constituting a flagrant violation of the rights of the ancestral peoples. For this reason, the Ministries are called to consolidate this prior consultation in their administrative practice, in order to achieve a comprehensive, inclusive and complete development of the same and make possible a true promotion of prevention and protection of the environment, avoiding the generation of threats to the environment and that the constitutional rights of indigenous communities continue to be violated.

Keywords: Prior consultation, Constitutional Court, Convention 169 of OIT, environmental licenses, indigenous communities.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	10
1. METODOLOGÍA	33
2. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA Y NORMATIVA DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA	37
3. EL DERECHO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS A LA CONSULTA PREVIA Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE	46
4. EL TRÁMITE ADMINISTRATIVO DE LICENCIAMIENTO AMBIENTAL EN COLOMBIA Y SU RELACIÓN CON LA CONSULTA PREVIA	54
5. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DE LA CONSULTA PREVIA COMO UN REQUISITO INDISPENSABLE PARA LA CONCESIÓN DE UNA LICENCIA AMBIENTAL CUANDO SE AFECTA A COMUNIDADES ÉTNICAS	64
6. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS EN LAS COMUNIDADES INDÍGENAS	90
7. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR AFECTACIÓN DIRECTA AL MEDIO AMBIENTE CAUSADA POR TERCEROS	95
8. COMUNIDADES INDÍGENAS AWÁ “LA CABAÑA” Y NUTABE DE OROBAJO AFECTADAS EN SUS DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y OTROS A CAUSA DE LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS QUE CONTABAN CON UNA LICENCIA AMBIENTAL APROBADA SIN SER CONSULTADOS PREVIAMENTE	110
8.1. Reseña del caso de la comunidad indígena Awá “la cabaña”	110
8.2. Reseña del caso de la comunidad indígena Nutabe de Orobajo	126
9. ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN ANTE LA DEFICIENCIA DE UN CARÁCTER VINCULANTE EFECTIVO DEL DERECHO DE CONSULTA PREVIA EN EL TRÁMITE DE LICENCIAMIENTO AMBIENTAL	144
10. CONCLUSIONES	163
REFERENCIAS	168

INTRODUCCIÓN

El Estado colombiano avanzó en el reconocimiento de los derechos de los grupos étnicos, a través de la promulgación de la Constitución Nacional de 1991, sin embargo, observando la realidad se hace necesario que, en la actualidad, el Estado colombiano también a su vez avance en las garantías que en materia ambiental sean necesarias para la protección y preservación del medio ambiente como en las garantías del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas.

Es por esto que la problemática a analizar busca determinar lo vinculante o eficaz que puede ser el derecho a la consulta previa, para la otorgación de licencias ambientales. Esto con el propósito de evidenciar que los resultados del proceso de consulta previa en la actualidad no están siendo vinculantes para la otorgación de las licencias ambientales y para la realización de obras, proyectos o actividades tendientes a menoscabar o afectar directamente los derechos constitucionalmente reconocidos de las comunidades indígenas.

Siendo pertinente entonces analizar, si el derecho a la consulta previa de estas comunidades resulta dirigido a minimizar los impactos y efectos negativos en el medio ambiente además que a preservar su cultura y hábitat respetando y salvaguardando su autonomía y derechos ancestrales.

Por cuanto, por medio de este derecho a la consulta previa, es posible adoptar iniciativas que promuevan una mayor protección del medio ambiente y así resguardar la vida de la comunidad en general.

Es de resaltar por ello, que la Corte Constitucional, Sala quinta de Revisión, en sentencia T-129 de 3 de marzo de 2011, M.P.: Jorge Iván Palacio, que resolvió la tutela incoada por resguardos indígenas del Chocó, contra el Ministerio de Transporte por la construcción de la carretera Unguía-Acandí, este máximo Tribunal concluye que, en ninguno de los casos sometidos a su revisión, la consulta previa ha sido llevada y cumplida con el rigor que merece (subrayado nuestro), puesto que se ha asimilado a un mero trámite de reuniones informales, por lo que se estima que la consulta se debe hacer no sólo de forma previa sino durante y después de la implementación de la obra o plan de desarrollo; así mismo, exhorta al Congreso para que regule y materialice el derecho fundamental a la consulta previa y consentimiento previo, libre e informado de los grupos étnicos que forman parte de la Nación.

Es así como en este caso y en muchos otros, la Corte Constitucional ha estimado la vulneración a las comunidades indígenas afectadas, principalmente el artículo 7.4. del Convenio 169 de la OIT que establece que “[l]os gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”.

Es así como surge la necesidad de avanzar en la defensa del derecho a un ambiente sano, por cuanto hace parte del entorno vital del hombre e indispensable para su supervivencia y la de las generaciones futuras, siendo posible presentarse el Estudio de Impacto Ambiental de los Proyectos, Obras o Actividades (POA), con unas medidas ambientales de solución alternativas para que con cada proyecto se busque verdaderamente mitigar con la misma comunidad los grandes daños al ecosistema y a la supervivencia de éstas.

Por lo que la jurisprudencia de las altas cortes considera que:

El deber de consultar a la población en general y a las comunidades diferenciadas como las indígenas, étnicas y afrocolombianos sobre los cambios o impactos que se generan con la construcción de obras y proyectos sobre los recursos naturales, se fortalece a partir de los principios y valores de la Constitución de 1991. Así pues, las autoridades deben realizar un monitoreo sobre estos proyectos en todo tiempo, y la licencia ambiental y el plan de manejo ambiental son herramientas esenciales de naturaleza preventiva que garantizan la protección y el buen manejo del ambiente y el control de otros impactos. (Subrayado fuera de texto original de la Sentencia T-462 del 2014, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

Logrando que se convierta el proceso de la consulta previa en un mecanismo vinculante e idóneo para reconocer y proteger el derecho al ambiente sano conjuntamente con la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, permitiendo que puedan existir otros requisitos que hagan vinculante la consulta previa para posteriormente otorgar licencias ambientales a dichos proyectos y que hasta que no se cumpla con el proceso de consulta previa establecido en el ordenamiento jurídico no se proceda a otorgar la respectiva licencia ambiental.

Según la jurisprudencia actual emanada de la Corte Constitucional, el acuerdo de consulta previa constituye un pacto plurilateral vinculante por mandato de la Constitución Política, en el cual las partes se obligan a concertar (i) la protección integral de los derechos fundamentales de la(s) comunidad(es) étnica(s) afectada(s), salvaguardando su estatus diferenciado, pese a (ii) la afectación causada por la puesta en marcha de una obra, proyecto o actividad estatal, bajo el entendido de minimizar las afectaciones directas. (Sentencia T-002 de 2017, M.P.: Alberto Rojas Ríos).

Es obligatorio por tanto por regla jurisprudencial definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso pre-consultivo y/o post consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es decir, la participación ha de entenderse no sólo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿La omisión del carácter vinculante del derecho de consulta previa en su verificación y exigencia en la praxis administrativa por parte las autoridades ambientales en el otorgamiento de las licencias ambientales, constituye una vulneración de los derechos de los pueblos indígenas y repercute negativamente en el impacto ambiental?

JUSTIFICACIÓN

La presente investigación tiene como finalidad determinar el carácter vinculante o efectividad de la consulta previa en la otorgación de licencias ambientales, que tiene que ver con la responsabilidad que tiene el Estado de velar por la preservación, protección y cuidado del medio ambiente, como de garantizar se respeten los derechos fundamentales de las comunidades indígenas en procura de su preservación, temas que en estos tiempos son de gran preocupación para el Estado colombiano y mucho más para las comunidades étnicas del país.

Se busca además analizar, la evolución e implicaciones en lo referente a la implementación y desarrollo normativo de las licencias en Colombia en un margen de tiempo propicio, considerando la relevancia científica y

humana del tema en contraste con los derechos humanos de la población en general como específicamente de los derechos de los pueblos indígenas.

Es así como se pretende identificar las omisiones y acciones que, en materia ambiental, se han tomado por el Estado; lográndose de esta manera determinar que puede pasar desde el punto de vista de riesgos o afectaciones en el medio ambiente, si resulta suficiente o no suficiente para la protección del derecho a un ambiente sano de estas comunidades y de la población colombiana en general las acciones que se presentan en la praxis por parte de las autoridades ambientales.

Por lo tanto, la investigación encuentra su asidero en la necesidad de conocer los efectos vinculantes positivos o quizá los aspectos negativos que pueda tener la aplicación del derecho de consulta previa frente al procedimiento administrativo para la otorgación de licencias ambientales, adicionalmente se examinara si una nueva Ley que regule la materia resultara vinculante y exigible para las partes interesadas o si la misma regulación propenderá por la preservación de los derechos de las comunidades indígenas y del medio ambiente sano, a fin de que no se lleguen a afectar directamente a las minorías étnicas.

De esta forma, la investigación se justifica en el sentido de su relevancia humana y científica actual, por cuanto busca propiciar factores que busquen la preservación del medio ambiente como fuente de vida digna para la población colombiana, fomentándose desde la academia a través de una investigación la preservación del medio ambiente en cabeza del Estado a través de la inclusión efectiva de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas como de su participación por medio de la consulta previa mediante serios controles administrativos que eviten el menoscabo de

estos derechos, aportando de esta manera a la sociedad en un tema que en un futuro cercano resultara ser la preocupación de los colombianos y particularmente de las poblaciones afectadas.

De ahí que, como señala German Sánchez Pérez:

Son diversos los factores que causan el deterioro ambiental, entre los que destacan: el libre acceso a la mayoría de los recursos naturales, falta de mecanismos que permitan cobrar por el daño que causan muchas actividades productivas, falta de incentivos que conduzcan al sector producto a internalizar los costos ambientales derivados de la producción y el consumo.(2002, p. 83)

De ahí que resulte oportuno que por medio del derecho se pueda convertir el proceso de consulta previa en un verdadero fomento de prevención ambiental y protección medioambiental y conjuntamente determinar iniciativas que promuevan una mayor inclusión de los derechos de las comunidades indígenas como la responsabilidad ambiental por parte del Estado en cabeza de las autoridades ambientales, como de las grandes industrias que llevaran a cabo dichos proyectos, y de la colectividad misma.

Es por las anteriores razones, que la investigación trata un tema de actualidad y de interés para la sociedad, en momentos en los que se cuestiona, a qué se debe la vulneración de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, el deterioro y la contaminación ambiental como de qué manera el Estado actúa para menguar los efectos negativos que se ocasionan en el ambiente a través de las obras de extracción y aquellas tendientes a generar afectación directa a las comunidades indígenas como al medio ambiente.

1. OBJETIVOS

1.1 OBJETIVO GENERAL

Determinar el carácter vinculante de la consulta previa para la salvaguarda de los derechos de las comunidades indígenas en el otorgamiento de licencias ambientales en Colombia

1.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Describir el carácter vinculante de los derechos de las comunidades indígenas en relación con los actos administrativos proferidos por las autoridades ambientales frente a la exigencia y control de los procesos de consulta previa que se hagan en comunidades que se vean afectadas directamente en sus derechos por un proyecto, obra o actividad de cualquier orden.

Identificar los propósitos que en materia ambiental se persiguen con la garantía de protección de los derechos de las comunidades indígenas, través de un análisis jurisprudencial de los años 2014 -2019.

Analizar como las licencias ambientales pueden facilitar la eficacia de los derechos de las comunidades indígenas en Colombia, a través de la referenciación de casos.

2. MARCOS DE REFERENCIA

2.1 MARCO HISTÓRICO

La consulta previa como derecho fue legalmente vinculante en Colombia a raíz de la expedición de la carta política de 1991, también posterior a esto por la ley 21 de 1991 con la cual se ratifica el convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en Colombia.

El desarrollo normativo y la implementación de las licencias ambientales en Colombia remontan según su finalidad a 1974 con la expedición del Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente Decreto 2811 en observancia de la declaración de Estocolmo, lo cual se consolidó más ampliamente por medio de Constitución Nacional de 1991, reconociendo el derecho al medio ambiente sano como el deber de preservarlo tanto por el Estado como por los particulares, imponiendo de esta forma el Estado a través de su poder soberano, límites al uso o explotación de recursos naturales lo cual ha reglamentado por medio de Ley o decretos.

Históricamente en el país, se ha venido con el tiempo consolidando y reivindicando el derecho a la inclusión de las minorías étnicas colombianas, por medio de políticas estatales que reconocen que Colombia es un estado multicultural y pluralista, dándose de esta manera un paso determinante para los pueblos indígenas.

La incorporación en los últimos años de normas internas y convenios internacionales, la doctrina y jurisprudencia sobre sus derechos ha sido de

gran relevancia para el reconocimiento y valor tanto del derecho a la consulta previa como a gozar de un ambiente sano dentro de un estado ecológico.

2.2 MARCO JURÍDICO

En Colombia las comunidades afrocolombianas, indígenas y raizales han luchado duramente desde décadas atrás, porque el Estado colombiano les garantice sus derechos y propicie su inclusión en las decisiones gubernamentales que se tomen en el estado social de derecho, en palabras simples poder participar en los temas concernientes a su comunidad y que de alguna manera los pudiera afectar.

Constitucionalmente existen expresamente garantías que forman un conglomerado de deberes y derechos del estado como de las comunidades que hacen parte del proceso de consulta previa como lo señala los siguientes artículos: Art. 1- Colombia es un Estado social de derecho, es democrática, participativa y pluralista y tiene prevalencia el interés general. Art. 2- Son fines esenciales del Estado; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan Art. 7- Protección de la diversidad étnica, Art. 8- Obliga al Estado y a las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación. Art. 10 – Establece que las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son oficiales en sus territorios. Art. 13 - El Estado debe proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica se encuentren en circunstancia de debilidad. Art. 70 - La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. Art. 40-2, Permite diversas formas de participación democrática. Art. 329, Establece los mecanismos para la conformación de las entidades territoriales indígenas, su forma de administración y las características de los resguardos: propiedad colectiva y no enajenable.

Luego de estos preceptos constitucionales es relevante mencionar el Convenio 169 de la OIT que propone el inicio de la lucha por los derechos de las comunidades indígenas, previo a la constitución política de 1991 que los reconoce y señala en su articulado:

El Artículo 6: estipula que los gobiernos deberán: “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” lo cual incide en la lucha de estas comunidades por una vida digna e inclusión por los órganos del estado así mismo que la reivindicación del derecho a la igualdad.

El Artículo 6 (2) del Convenio también dispone que “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.” Permitiendo establecer canales de comunicación con la finalidad de llegar a un acuerdo con la población afectada ofreciendo claridad en que estos acuerdos deberán llevarse a cabo sin el detrimento de los derechos fundamentales de esta como la vida, supervivencia y a un medio ambiente sano.

Jurisprudencialmente es dable reconocer el avance que la Corte Constitucional en Colombia ha venido realizando sobre el derecho a la consulta previa, de estas comunidades convirtiéndose en la voz de pueblos y grupos étnicos, que en el pasado estuvieron marginados y olvidados, pero que hoy aun después de reconocerles sus derechos en el ordenamiento jurídico claman porque se dé una efectiva protección y responsabilidad por parte de las entidades estatales.

Es por esto, que el derecho a la consulta previa es de carácter fundamental, de obligatorio cumplimiento y esencial para el mantenimiento de la cohesión social de los pueblos indígenas y las comunidades afro descendientes. (Corte Constitucional Sentencias SU-383 de 2003)

La Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-331 de 2000 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Que trata el tema de “Ordenamiento Territorial y protección ambiental.” Otorga una complementación que no debe hacer falta cuando se impulsa un proyecto de ley sobre consulta previa en Colombia y que además es la preocupación actual lo cual es el derecho al medio ambiente sano y como es vinculante con el estado social de derecho con el siguiente párrafo:

“Mientras por una parte se reconoce el medio ambiente sano como un derecho del cual son titulares todas las personas -quienes a su vez están legitimadas para participan en las decisiones que puedan afectarlo y deben colaborar en su conservación-, por la otra se le impone al Estado los deberes correlativos de: 1) proteger su diversidad e integridad, 2) salvaguardar las riquezas naturales de la Nación, 3) conservar las áreas de especial importancia ecológica, 4) fomentar la educación ambiental, 5) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para así garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, 6) prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, 7) imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente y 8) cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas de frontera.”

Por otra parte en Colombia, se describe que la competencia normativa de garantizar la eficacia o desarrollo del proceso de consulta previa está a cargo del Ministerio del Interior, quien tiene como funciones a cargo del estado liderar y coordinar el proceso de consulta previa, a su vez tiene como misión proteger la diversidad étnica y cultural de determinadas comunidades.

Dentro del proceso de consulta previa le corresponde a este ministerio asesorar y dirigir, así como coordinar con las direcciones de asuntos indígenas, la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas del Gobierno Nacional en materia de consulta previa y determinar su procedencia y oportunidad.

Adicionalmente, de conformidad con el Decreto 2893 del 11 de agosto de 2011 y 2613 de 2013 por el cual se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la consulta previa, este ministerio debe realizar las visitas de verificación en las áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, a fin de determinar la presencia de grupos étnicos, cuando así se requiera o exista duda sobre el territorio, además debe hacer seguimiento del cumplimiento de los compromisos asumidos entre las partes que intervinieron y si así lo considera confeccionar recomendaciones para que se cumpla con los objetivos que rodea la consulta previa.

En la actualidad manifiesta ese ministerio se ha podido avanzar en estrategias que aseguren se pueda consolidar el proceso de consulta previa pues según su fuente de información, tardan 45 días hábiles cuando se requiere verificación en terreno y 15 días hábiles cuando no se requiere este procedimiento, más un equipo de trabajo conformado por tres grupos que se encargan de la certificación, gestión y soporte jurídico de la consulta previa.

Por otro lado, las autoridades ambientales participan en la protocolización, notándose para la problemática a tratar la ausencia especialmente de las comunidades desde el mismo instante en que se solicita la licencia ambiental respectiva, por lo que la protección por parte del Ministerio del Interior se queda corta.

Esto se debe a que las autoridades ambientales incluyen dentro de sus formularios el acápite de marcación en cuanto a establecer por el interesado del proyecto obra o actividad, sí o no existe presencia de comunidades indígenas donde deba agotarse el proceso de consulta previa, cabe señalar, sin existir un control interno por parte de esas entidades públicas que pueda corroborar lo manifestado por el interesado en la solicitud de licenciamiento ambiental y en caso de existir afectación directa de las comunidades indígenas tienden a justificar su actuar por limitación en la competencia.

2.4 MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

En la comprensión de los criterios sobre la importancia del alcance que en materia ambiental y el derecho fundamental a la consulta previa abordo, las leyes o decretos que han reglamentado estos asuntos tan trascendentales en Colombia, siendo entonces menester para tal fin, hacer un estudio de fuentes, sobre las connotaciones de algunos autores que se han dedicado a investigar el tema de la consulta previa y el medio ambiente sano.

Para dar inicio al sustento histórico es importante conocer que la consulta previa aparece por primera vez en un instrumento de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (Ministerio del Interior y de Justicia, 2009, p. 12). Y el 7 de junio de 1989, la OIT aprobó el Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales de Países Independientes estableciendo la relación entre el estado y las comunidades triviales e indígenas, para la promoción y garantías de los derechos humanos entre estos la protección y defensa del medio ambiente.

Este convenio aunque no ofrece un concepto claro de la consulta previa, da inicio para que se empiece el debate sobre el derecho a la consulta previa libre e informada en distintos estadios de Latinoamérica, entre estos Colombia, donde Claudia Janneth Vela Perdomo en su investigación sobre la consulta previa para la explotación de recursos naturales en territorios de los pueblos indígenas en el marco del convenio 169 de la OIT, define la consulta previa:

como un instrumento o mecanismo que permite a los pueblos indígenas participar ante los poderes Estatales, en la toma de decisiones que les afecten en forma directa, y de esta manera, delimitar sus prioridades y tomar partido en la definición de sus políticas y directrices, lo cual asegura además, que sus otros derechos sean respetados, que sus intereses sean tenidos en cuenta como válidos, y que se propenda por la preservación de su integridad étnica, social, económica y cultural, pues esto asegura su subsistencia como grupo social. (2011, p. 29)

Es así como las comunidades afrocolombianas, raizales e indígenas en el Estado colombiano en la actualidad tienen derecho a una protección especial, a raíz de esto es válido comprender que el Estado estaría en la obligación de garantizar que sea efectiva la consulta previa, así como de propender por la supervivencia misma de los pueblos y las comunidades que habitan en la actualidad el territorio colombiano.

Es por esto que debe ser relevante también para el Estado Colombiano propender por una protección especial amplia, integrando ambos derechos como el de consulta previa libre e informada y el medio ambiente sano, de estas comunidades que luchan por ser partícipes en toda medida que las pueda afectar.

Si bien es cierto, las zonas ambientales donde habitan estas comunidades durante la historia misma del país, son y han sido apetecidas

por las grandes industrias por sus innumerables riquezas naturales, de tal forma que se ha dado origen al debate sobre el derecho a la consulta previa de estas comunidades, con el cumplimiento de los convenios internacionales, buscando que ellas participen efectivamente y aprueben o no cualquier proyecto de explotación en su territorio que generaría afectaciones directas principalmente en su medio ambiente de manera irreversible.

Que estas comunidades tengan participación en un proceso de consulta previa, sobre lo favorable o desfavorable, la preservación y supervivencia de sus pueblos, es un avance histórico que permite vislumbrar mejores mecanismos en un futuro cercano, claro está, si el estado responde a sus verdaderos intereses como es obtener garantías constitucionales sobre aquellos derechos que se ven afectados por el procedimiento administrativo de otorgamiento de licencias ambientales, entre estos el derecho a la consulta previa y un medio ambiente sano.

Estamos en un momento en el cual la sociedad, el gobierno y en este caso el congreso debe auspiciar o propiciar las garantías plenas de supervivencia para estas comunidades, para que de esta forma también la paz y el desarrollo se pueda hacer realidad en territorios víctimas del abandono estatal.

A sabiendas de que los efectos ambientales ocasionados en los territorios indígenas son nefastos tras la realización de obras proyectos y actividades en los territorios indígenas, el Estado continúa sin la reglamentación de la consulta previa, es por esto que aun en la actualidad no se dimensiona sobre el daño ambiental que está acarreando no solo para los pueblos indígenas sino en general para todos los colombianos que nos beneficiamos del mismo, a causa de la aprobación de licencias ambientales que desconocen derechos fundamentales de estas comunidades.

Estas comunidades debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales han luchado incansablemente por la preservación y cuidado del medio ambiente, de ahí que se note la importancia de que estos territorios continúen en sus manos en virtud de su derecho a la propiedad junto con sus saberes de la naturaleza.

De tal manera, que es compromiso del Estado por medio de sus entidades competentes, promover fortalecer y proteger los derechos de todas las comunidades indígenas de Colombia, entre estos el medio ambiente como derecho fundamental.

La consulta previa por lo tanto en Colombia, adquiere la connotación de derecho fundamental e ingresa en el ordenamiento jurídico prevalente, siendo un instrumento principal para preservar la integridad étnica, social, económica, cultural y medio ambiental de las comunidades indígenas.

El carácter vinculante de la consulta previa en la jurisdicción colombiana.

En primer lugar para entender las formas que adopta el derecho para exigir un comportamiento determinado por parte de la sociedad, hace necesario referirse alguna de las fuentes del derecho como lo son la norma jurídica y la jurisprudencia, para determinar cuál de estas tiene mayor injerencia vinculante para garantizar la aplicabilidad del derecho a la consulta previa y al medio ambiente sano de las comunidades étnicas, es decir sea de obligatoria observancia con carácter impositivo para el Estado colombiano y conglomerado de la población, generando como consecuencia la materialización del derecho a la consulta previa acompañado de una verdadera protección ambiental.

La jurisprudencia, por lo tanto considerada por algunos tratadistas como fuente indirecta del derecho y por otros como fuente del derecho de gran importancia para la materialización de derechos ciertos e indiscutibles de la sociedad.

Para Clemente de Diego (como se citó en Schiele, 2017) no consiste simplemente en el conocimiento teórico y en la combinación abstracta de las reglas y principios del Derecho, sino también, y sobre todo, "en el arte bien difícil de aplicar el derecho al hecho, es decir, de poner la ley en acción... " (2017, p. 182).

La jurisprudencia actual ha venido desarrollando y fijando su acción con distintas reglas a tenerse en cuenta, con el propósito de garantizar plenamente este derecho fundamental de la consulta previa, determinando los alcances y la manera como se ha interpretado el convenio 169 de la OIT, contribuyendo en la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

Es por esta razón, que resulta imperante conocer el carácter vinculante que la jurisprudencia nacional le imprime por medio de sus fallos al derecho de consulta previa y a tener en cuenta por los demás jueces en la administración de justicia, como así lo reconoce Carolina Schiele.

Así, en la medida que se reconozca obligatoriedad al actuar judicial, las sentencias vinculan en primer lugar al mismo tribunal que dictó la sentencia y sin duda a los tribunales inferiores de justicia en las decisiones futuras que deben tomar en los casos idénticos o similares que se les presenten. Ello trae como consecuencia un desarrollo judicial del derecho y una creación normativa que vincularía más allá del caso concreto, finalmente con carácter de generalidad y abstracción. (Schiele, 2017, p. 184)

Es por esto que para lograr determinar si la consulta previa es un acto jurídico vinculante en los actos expedidos por la administración pública o

autoridades ambientales en su hacer propio, se debe tener como base o presupuestos, la jurisprudencia constitucional y el ordenamiento jurídico colombiano como está conformado.

Siendo importante pues, reseñar la jurisprudencia de las altas cortes, ya que de este compendio analizado por varios magistrados, consideró se constituye el modo para que resulte eficaz el derecho de la consulta previa y medio ambiente sano en el licenciamiento ambiental.

La Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión, en Sentencia T-359 de 12 de junio de 2015, en el caso de una acción de tutela, en la que se solicitó el amparo del derecho fundamental a la consulta previa, que se consideraba vulnerado por Ecopetrol S.A., Petrominerales Colombia Ltd., la Autoridad Nacional de Licencias ambientales –ANLA- y el Ministerio del Interior, en tanto dichas autoridades autorizaron el inicio de operaciones de dos pozos de extracción de petróleo, sin que se hubiera realizado consulta previa con la comunidad accionante.

Y acorde esta sala con la comunidad afectada sobre la contaminación en el río Orito como resultado de la actividad de explotación petrolera en la batería conocida como “El 70” y siendo evidente a simple vista, estaba siendo contaminado el afluente de agua de manera indiscriminada, sin que Ecopetrol o Petrominerales Ltd., explicaran qué acciones inmediatas que han adoptado al respecto.

También ha dicho esta sala que una extensa parte de las zonas terrestres de mayor valor para la conservación del medio ambiente son territorios indígenas. El vínculo entre los pueblos indígenas y su territorio está basado en el respeto fundamental que en su cosmovisión tienen hacia los

ecosistemas de los que dependen, cuestión que comporta un factor clave para mantener el equilibrio ecológico que demanda la humanidad.

Resulta pues la explotación petrolífera en los pozos objeto de controversia se lleva a cabo en jurisdicción del municipio de Orito (Putumayo), en una zona amazónica de gran biodiversidad, en la que las comunidades indígenas Siona, Kofán y Awá han estado ancestralmente asentadas en territorios selváticos, por lo que su subsistencia depende de los ríos San Juan y Orito.

Precisando que en armonía con las disposiciones de la Constitución Política, el Convenio 169 de la OIT que garantiza la participación efectiva de las comunidades indígenas en las decisiones de los asuntos que puedan afectar su existencia o su *modus vivendi*. El Artículo 6º del Convenio 169 de la OIT establece la obligación de los Estados de consultarle a los pueblos indígenas y tribales las medidas que puedan afectarlos.

Efectivamente se afecta el derecho a la participación de dicha comunidad y, en consecuencia, se desconoce una de las garantías que el ordenamiento constitucional reconoce a su especificidad étnica y cultural, cuando su carácter diverso en estos aspectos no es tenido en cuenta al momento de determinar, en qué forma la explotación de los Pozos O-196 y O-197 puede afectar a los habitantes de las veredas vecinas al sitio conocido como “El 70”.

Teniendo en cuenta que para determinar lo anterior el planteamiento jurídico que hizo esta sala consistió en determinar si la reactivación de las operaciones de extracción y explotación petrolera en dicha comunidad, afecta sus derechos fundamentales al medio ambiente y su modo de vida

que está ligado al territorio, sus usos y costumbres basados en la diversidad étnica y cultural.

Es por esta razón que puede concluirse que la sala en reiterada jurisprudencia se ha decantado por una postura antropocéntrica, biocéntrica y ecocéntrica, en la que respecto al aprovechamiento de recursos naturales, prevalece su protección en relación con la explotación indiscriminada.

Para esta corporación la protección del medio ambiente constituye, simultáneamente, un principio y un fin dentro de la estructura del Estado Social de Derecho, cuestión que la jurisprudencia de esta Corporación ha denominado “Constitución Ecológica” y que está conformada por el conjunto de disposiciones que fijan los presupuestos a partir de las cuales deben regularse las relaciones del ser humano con la naturaleza.

Siendo pertinente destacar de este caso que Ecopetrol solicitó a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA- autorización para realizar la actividad de perforación en los Pozos O-196 y O-197, la cual fue concedida en tanto constituyen “Cambios Menores”, es decir, actividades que no modifican el impacto sobre el entorno, ni que implican uso adicional de recursos naturales.

También en la Sentencia de Unificación 039 de 1997, al resolver una acción de tutela interpuesta con ocasión de los trabajos de exploración petrolífera que Ecopetrol y Occidental de Colombia Inc. realizaron en territorio de la comunidad indígena U’wa, la Corte se pronunció en el sentido de que la consulta previa es un derecho fundamental autónomo, orientado a preservar la integridad de los pueblos indígenas y la diversidad étnica y cultural de la Nación:

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de **derecho fundamental**, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental, sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades. (Subrayado y negrilla fuera de texto original de la sentencia).

Sin embargo, pese a ser considerado un derecho fundamental, en el contenido de algunas normas o procedimientos se observan falencias, que puede pensarse afectan la exigencia del derecho de consulta previa, tal como lo considera Salinas criticando un decreto normativo del Ministerio de Minas señalándolo así:

El artículo 205 de la Ley 685 (Código de Minas) reza:

Licencia ambiental. Con base en el Estudio de Impacto Ambiental la autoridad competente otorgará o no la Licencia Ambiental para la construcción, el montaje, la explotación objeto del contrato y el beneficio y para las labores adicionales de exploración durante la etapa de explotación. Dicha autoridad podrá fundamentar

su decisión en el concepto que al Estudio de Impacto Ambiental hubiere dado un auditor externo en la forma prevista en el artículo 216 de este Código. (Salinas Alvarado, 2011).

MARCO CONCEPTUAL

Los fundamentos doctrinales, jurisprudenciales y normativos de la consulta previa como del licenciamiento ambiental en Colombia han sido diversos, reiterativos y complementarios, razón por la cual no son temas dispersos, por el contrario son temas de auge en la actualidad, que se buscan relacionar mediante la presente investigación con la finalidad de establecer el carácter vinculante de un derecho fundamental en el marco constitucional vigente, a la luz de un procedimiento administrativo creado para mitigar impactos en el medio ambiente, siendo entonces pertinente observar las conclusiones que de dicha relación se desprenden para que por último se resuelva el problema jurídico expuesto en la investigación.

Por lo tanto, el fundamento de la investigación consiste en dar conocer con base al planteamiento del problema

En primer lugar, el derecho a la consulta previa encuentra directamente su sentido jurídico en el carácter democrático, participativo y pluralista de la Constitución Política en la cual también se halla el punto de conexión y dependencia que debiera existir claramente entre la licencia ambiental que se otorga para la explotación de los recursos naturales artículo 330 de la Constitución Política, según el cual la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de su integridad cultural, social y económica, para cuyo logro el gobierno “propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”, con la advertencia de que la alusión de esta última disposición a la consulta previa en asuntos relacionados con la explotación de recursos naturales, no puede

entenderse, según la jurisprudencia, como “la negación del derecho de estos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles, debido a que la consulta opera como una modalidad de participación de amplio espectro, orientada a salvaguardar la integridad cultural, social y económica de las culturas indígenas que aunque no se relacionen específicamente ambos temas en la actualidad, mediante su relación es posible conocer una de las causas que afectan el derecho de las comunidades indígenas.

1. METODOLOGÍA

El hombre está inmerso en el proceso de investigar a partir de la percepción de su realidad, hasta arribar al método que permita abarcar el componente social, cultural y científico, no olvidando la experiencia de la humanidad; con el fin de construir propuestas que posibiliten el beneficio de la sociedad. Razón por la cual el método de esta investigación es de tipo descriptivo y cualitativo, teniendo como referente el estudio de casos, como una estrategia importante para fundamentar la parte teórica del derecho de consulta previa y analizar un poco más el tema de la investigación de acuerdo a la fuente de información y de forma reflexiva como resultado final del ejercicio.

Para el desarrollo de la monografía, se efectuó un análisis crítico, evaluando e interpretando el criterio formalista, contenido en el ordenamiento jurídico, así como la posición jurisprudencial sobre el derecho fundamental a la consulta previa en relación con el procedimiento administrativo de la licencia ambiental y de conformidad con organismos internacionales como la Organización Internacional del Trabajo, entre otros instrumentos.

De acuerdo a lo anterior, la presente investigación se desarrolla como un estudio de tipo cualitativo con el propósito de examinar la forma en que se protege y da aplicación en la sociedad colombiana al derecho de la consulta previa, según las disposiciones del ordenamiento jurídico y la manera en que intrínsecamente se relaciona con la protección constitucional del derecho al medio ambiente sano de estas comunidades que gozan de protección especial.

Se desarrolla, también la investigación por medio de capítulos, incluyendo un capítulo destinado a referenciar el estudio de dos casos, añadiendo un análisis crítico a contextos reales de los cuales tuvo conocimiento la Corte Constitucional y que actualmente forman parte del precedente jurisprudencial que involucra el planteamiento propuesto en la investigación.

De ahí que, como señala Orlando Mella:

El método cualitativo parte desde un acontecimiento real acerca del cual se quiere hacer un concepto. Se está ante algo que se quiere saber que es. El punto de partida son las observaciones que se han hecho y se hacen acerca, del acontecimiento inmerso en la realidad, la meta es reunir y ordenar todas esas observaciones en algo comprensible. (1998, p. 5)

Para lograr de forma satisfactoria con los objetivos planteados en esta investigación, el enfoque metodológico se orienta en los siguientes elementos: i) el estudio de ciertos parámetros descriptivos y explicativos de la doctrina jurídica relacionada con el tema de la consulta previa y el aspecto de licenciamiento ambiental en Colombia, complementados con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y demás tratados internacionales referentes a la protección del derecho de consulta previa y a un ambiente sano, ii) el análisis jurídico dentro del derecho sobre el proceso de la consulta previa como un mecanismo vinculante e idóneo para reconocer y proteger el derecho al ambiente sano conjuntamente con la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.

La investigación también tendrá una perspectiva descriptiva la cual según Orlando Mella “genera una contribución importante del detalle

descriptivo es mapear un contexto, para poder entender la interpretación que hace un sujeto acerca de lo que está sucediendo” (1998, p.9)

Los pasos para irrumpir en el problema de investigación, estarán encaminadas a describir y comprender el carácter vinculante de los procesos de consultas previas con el otorgamiento de licencias ambientales en Colombia desde el análisis de los distintos enfoques teóricos sobre la fundamentación de los derechos humanos concretamente sobre el derecho fundamental de la consulta previa.

Se analiza, en esta investigación diferentes tipos de fuentes, teniendo como fuente primaria la constitución política de Colombia de 1991, la jurisprudencia emanada de la corte constitucional colombiana que ha venido desarrollando el tema de la consulta previa e intervenido por la protección y preservación del medio ambiente, para de esta manera lograr analizar el carácter vinculante de este derecho fundamental en el momento de la aprobación de licencias ambientales.

Como fuentes secundarias se consultaron documentos de derecho constitucional colombiano de la consulta previa como un proceso libre e informado, junto con artículos sobre la importancia del goce de un ambiente sano, y otros documentos que servirán para obtener mayor profundidad en el análisis del problema de investigación.

Durante la investigación se reflexionara en torno a la importancia del derecho a la consulta previa como a su vez de proteger y preservar el medio ambiente, mediante el uso del derecho desde una teoría crítica y constructivista capaz de desarrollar argumentos jurídicos que respalden el respeto por la dignidad humana, en virtud del principio de diversidad étnica y cultural del país.

Aunando en lo anterior, el método investigativo también conjugó elementos inductivos y de análisis de la información recolectada, debido a que en la búsqueda de la información se tendrá en cuenta solo lo relativamente pertinente para la solución del problema planteado, tal como lo sugiere Sampieri “explorar el contexto que se seleccionó inicialmente”(2014)

En el mismo sentido, esta monografía busca identificar las responsabilidades y competencias del estado, frente al quebrantamiento del derecho a la consulta previa como a su vez del daño ambiental producido en aquellos territorios de especial protección constitucional, donde habitan las comunidades indígenas.

Para determinar según a Janice (como se citó en Mella, 1998) el cual propone [cuatro procesos cognitivos que aparecen como inherentes a todo método cualitativo: comprensión, sintonización, teorización y recontextualización] que serán útiles para desarrollar los objetivos propuestos en la investigación.

La discusión teórica y crítica, se direccionara hacia una efectiva participación de estas comunidades indígenas, dentro del contexto jurídico que comprenderá al estado garante en su obligación de mitigar al máximo posible las afectaciones o daños al medio ambiente por causa del desarrollo de proyectos, obras o actividades sin quebrantar el derecho de consulta previa.

2. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA Y NORMATIVA DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA

La consulta previa, es un derecho fundamental incorporado al ordenamiento normativo y jurídico de Colombia, como un diálogo intercultural el cual busca garantizar la participación de las comunidades indígenas en general, en la constante toma de decisiones legislativas y administrativas que puedan afectarles en forma directa, este derecho es de gran relevancia pues al no ser garantizado oportunamente puede trasgredir otros derechos concomitantes como el medio ambiente, autonomía, dignidad, vida, salud y demás que puedan verse afectados en cada caso en particular.

La consulta previa, como derecho fundamental fue legalmente adherido y vinculante en Colombia a raíz de la expedición de la constitución política de 1991, específicamente en su primer artículo por relacionarse con el carácter pluralista y participativo del Estado Social de Derecho.

posteriormente los artículos 7, 8, 9 que hacen referencia a la autodeterminación, diversidad étnica y cultural que ha caracterizado a la nación, desde tiempos remotos, asimismo este derecho se concentra en otros artículos de igual importancia como el artículo 40, 70, 171, 176 246, 286, y 330 los cuales refieren al derecho de participación y de propiedad colectiva de las comunidades indígenas y triviales, como a la exigencia de proceder la efectividad de este derecho de consulta previa, en tratándose de la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, también posterior pero no lejano a este avance en la constituyente de 1991, el gobierno nacional expide la ley 21 de 1991 con la cual se ratifica el convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y triviales, haciendo uso del bloque de constitucionalidad.

En síntesis, el derecho a la consulta previa, normativamente brinda un amplio aspecto de participación orientado en salvaguardar la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas que habitan el territorio Colombiano. Pues es la garantía de que puedan contar con un espacio previo y efectivo para pronunciarse y hacer manifiesta sus opiniones sobre todos aquellos proyectos, obras o actividades, o medidas legales o administrativas, que consigan alterar sus formas de vida, e incidir en su propio proceso de desarrollo o de cualquier manera, afectar su cultura, costumbres, y demás que hagan parte de su integridad étnica.

En el mismo sentido, es válido precisar que el derecho a la consulta previa no solo se fundamenta por la Ley 21 de 1991 en ratificación a la convención 169 de 1989 especialmente su artículo 6, la cual es proferida por la OIT, organismo de rango internacional, sino también la consulta previa en Colombia se incluye su exigencia por medio de la Ley 99 de 1993, dicha Ley es importante para el tema de interés en la presente investigación, ya que indica en su artículo 76: “La explotación de los recursos naturales renovables deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y negras tradicionales, de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y de conformidad con el Artículo 330 de la Constitución Nacional.”

El Decreto 1320 de 1998, a su vez reglamenta en materia de consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio, en su artículo 5 al imponer su participación en su rol de comunidades indígenas y negras en lo concerniente a la elaboración de los estudios ambientales en determinado proyecto, obra o actividad, como paso a seguir este Decreto en su artículo 4 dispone: Cuando los estudios ambientales determinen que de las actividades proyectadas se derivan impactos económicos, sociales o culturales sobre las

comunidades indígenas o negras de deberá desarrollar la consulta previa con estas comunidades afectadas en los términos dispuestos en este mismo Decreto en compañía del Ministerio del Interior y de Autoridad Ambiental previo a decidir sobre el particular en el acto que otorgue o niegue la licencia ambiental.

Este derecho, también ha sido apoyado para su aplicación en Colombia por medio de instrumentos internacionales, que han sido vinculados por medio de los más altos órganos jurisdiccionales, es así como el Consejo de Estado, en sentencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil, de fecha treinta (30) de agosto de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00057-00(2290), (M.P: Álvaro Namén Vargas), señaló:

(...) a la luz del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos⁷, como dentro de la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁸, se tiene establecido que el derecho de las comunidades étnicas a la consulta previa se apoya también en la **Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas del 13 de septiembre de 2007**, en la que se consagran, entre otros, los derechos de los pueblos indígenas a (i) la libre autodeterminación (artículo 3); la autonomía o autogobierno en lo relacionado con sus asuntos internos (artículo 4); la conservación de sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales (artículo 5); a no ser sometidos a una asimilación forzada y a que se adopten medidas preventivas del despojo de sus tierras o recursos (artículo 8); a no ser trasladados de sus tierras sin su consentimiento previo, libre e informado (artículo 10); a la práctica de su cultura, lo que incluye el derecho a preservar sus lugares arqueológicos, históricos y religiosos (artículos 11 y 12); a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas sociales y económicos y de salud y vivienda que les conciernan (artículo 23); a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han ocupado, utilizado o adquirido (artículo 26); y a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras (artículo 29). (Negrilla fuera de texto original)

Continuando, con la explicación sobre la fundamentación jurídica de la consulta previa, es pertinente indicar que la Corte Constitucional, en sentencias T-236 de 2017, (M.P.: Aquiles Arrieta Gómez) T-462A de 2014, (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Luis Ernesto Vargas Silva) y la sentencia T-213 de 2016 (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Alberto Rojas Ríos; Luis Ernesto Vargas Silva.) Reiteró que el derecho a la consulta previa es desarrollo mismo del derecho a la autodeterminación de los pueblos y a la participación con el siguiente fragmento:

La consulta previa se desprende del derecho a la libre determinación de los pueblos contenida en el artículo 7 CP.^[9] Esta figura está definida como el derecho fundamental que tienen las comunidades indígenas, tribales y afrocolombianas a ser consultadas sobre cualquier decisión que pueda afectarlas directamente. Está estrechamente relacionada con el derecho a la participación y mediante el ejercicio de este derecho, las comunidades étnicas tienen la oportunidad de “expresar su opinión, sobre la forma, el momento y la razón de medidas decididas o ya aplicadas que inciden o incidirán directamente en sus vidas.

La consulta previa, por lo tanto se fundamenta en que los particulares y el Estado sean inclusivos con las comunidades indígenas, procurando el respeto por sus tradiciones, usos y costumbres a través de una participación adecuada, con un enfoque diferencial y de adecuación cultural, que permita a las comunidades indígenas aportar sus conocimientos y conocer las afectaciones y formas de mitigación de los conflictos sociambientales, que surgen con ocasión a la ejecución de un proyecto obra o actividad (POA).

La Corte Constitucional por medio de la sentencia de unificación SU-123 del quince 15 de noviembre de dos mil dieciocho 2018, (M.P.: Alberto Rojas Ríos Y Rodrigo Uprimny Yopez), reitera parte de lo mencionado en que se fundamenta el derecho a la consulta previa y porque este derecho adquiere la connotación de un derecho fundamental al precisar lo siguiente:

(...) El derecho fundamental a la consulta previa se funda en la defensa de los pueblos indígenas y tribales y en la eliminación de las exclusiones históricas que han padecido. Establece un modelo de gobernanza, en el que la participación es un presupuesto indispensable para garantizar los demás derechos e intereses de las comunidades, como ocurre con la integridad cultural, la libre determinación, el territorio y el uso de los recursos naturales etc., por lo cual tiene un carácter irrenunciable e implica obligaciones tanto al Estado como a los particulares. Este derecho implica que las comunidades indígenas y tribales deban ser consultadas sobre cualquier decisión que las afecte directamente, de manera que puedan manifestar su opinión sobre la forma y las razones en las que se cimienta o en las que se fundó una determinada medida, pues esta incide o incidirá claramente en sus vidas.

5.2. La consulta previa se desprende de que Colombia se constituye como una república democrática, participativa y pluralista (C.P. art. 1), que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural como un valor constitucional (C.P. arts. 7 y 70) y que las comunidades étnicas gozan de plenos derechos constitucionales fundamentales. Además la Constitución reconoce la autodeterminación de los pueblos indígenas en sus territorios (CP art. 330), por lo cual Colombia es un Estado multicultural y multiétnico, y la consulta previa es un instrumento y un derecho fundamental para amparar esos principios constitucionales. Por eso esta Corte ha establecido que "la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que puedan afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad (...) 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**.(Subrayado y negrilla fuera del texto original de la sentencia).

Es pertinente aquí, expresar que la supervivencia económica, social y cultural de los pueblos indígenas está en riesgo por el impacto ambiental operante en los territorios a causa de proyectos, obras o actividades, de tal forma que es totalmente justificable sean hechos partícipes en la elaboración de los estudios ambientales con los gestores de cada proyecto.

El derecho a la consulta previa, en lo que concierne al trámite administrativo de licenciamiento ambiental, también encuentra aplicación en el artículo 17 del Decreto 2820 de 2010, donde se instituye que la participación de las comunidades, deberá consistir en informar a las comunidades el alcance del proyecto, con énfasis en los impactos y las medidas de manejo propuestas y valorar e incorporar en el Estudio de Impacto Ambiental, cuando se consideren pertinentes, los aportes recibidos durante este proceso.

Lo cual significa, necesariamente que las comunidades indígenas y negras tradicionales deben ser consultadas cuando exista afectación directa en su integridad cultural, social y económica, pudiendo ser el caso en cuanto a las decisiones que se tomen administrativamente por Autoridad Ambiental en lo referente a la explotación de los recursos naturales renovables.

La fundamentación de este derecho, según lo describe Rodríguez (2011, p. 3), se basa en “un derecho humano fundamental de los Pueblos Indígenas frente a las actividades extractivas de todo tipo, y la adopción de políticas y normatividad que puedan afectarles directamente.”

Como se ha indicado, el derecho a la consulta previa en Colombia, está amparado por otros instrumentos internacionales, los cuales son vinculantes para ampliar la definición y principios que rodean este derecho al momento de estudiar y analizar alguna controversia, entre los posibles instrumentos en los que se ha basado la Corte Constitucional encontramos, el Pacto Internacional sobre los Derechos, Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (CADH), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los

Pueblos Indígenas aprobada por la Resolución 61/295 y la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial junto con la Recomendación General N° 23 de 1997 relativa a los derechos de los pueblos indígenas.

Con base a este compendio de normas nacionales, tratados y reglamentos internacionales se ha esgrimido en lo que respecta al carácter vinculante que reviste a la consulta previa como derecho fundamental en el desarrollo de procedimientos administrativos, el siguiente fragmento:

El derecho a la participación que se concreta en la consulta previa se define proporcionalmente respecto de los niveles de afectación de una medida sobre el entorno de una comunidad étnica. **Cuando la afectación es muy grave, la consulta debería tener un alcance vinculante para el desarrollo de la medida por parte de la administración**, so pena de estar sujeta a control judicial de constitucionalidad. Una afectación de menor grado, o la existencia de importantes intereses constitucionales contrapuestos, puede conllevar un deber menos intenso de participación. (Negrilla fuera de texto original de la Sentencia T-236 de 2017)

En conclusión jurisprudencialmente, se ha precisado que el derecho a la consulta previa de comunidades étnicas en relación con los actividades o medidas que pueden afectarlos directamente tiene una doble condición: (i) como deber de los Estados, cuya inobservancia afecta la legitimidad y validez de las decisiones o acciones que afecten a las comunidades étnicas; y (ii) como derecho de las comunidades étnicas, en su condición de grupos humanos sobre los cuales recae una protección constitucional y convencional reforzada.

La corte constitucional a su vez explica las características que definen a una comunidad indígena a quienes se atribuyen ser titulares del derecho a la consulta previa, ya que se tratara en la presente investigación de

generalizar a todos los grupos étnicos de esa manera, de acuerdo con este precepto:

Sintetizando los pronunciamientos hechos en el ámbito internacional de los derechos humanos, la doctrina y la jurisprudencia constitucional, se puede concluir que una comunidad es susceptible de ser tenida como indígena cuando: (i) satisface el aspecto subjetivo de auto reconocimiento como comunidad étnica y culturalmente diversa, y además (ii) presenta algunas de las siguientes características más o menos objetivas: a) el linaje ancestral, esto es, el hecho de descender de habitantes de la América precolombina, b) la conexión con un territorio, entendido este como el ámbito cultural en el que desarrolla su vida la comunidad y no solo con un espacio geográfico predeterminado, como es el caso de los indígenas urbanos, o c) la presencia de instituciones, costumbres y comportamientos colectivos distintivos y específicos. En todo caso debe tenerse en cuenta que no se trata de una lista taxativa, sino de criterios meramente enunciativos que sirven para recaudar información suficiente, sobre el grupo cuyo carácter de comunidad indígena se busca establecer. (Corte Constitucional, sala de revisión, sentencia T-425 de 2 de julio 2014, (M.P: Andrés Mutis Vanegas))

Por otra parte, se revela que la importancia del nombramiento de los artículos que hacen parte de la constitución política de Colombia o que llamamos constitución nacional, que refieren al derecho de consulta previa, deriva de la supremacía que tiene la constitución colombiana definida como la norma de normas o fundamento normativo principal, queriendo decir que este compendio de normas y su contenido tienen un carácter vinculante o de obligatorio cumplimiento en todas las ordenes y demás actos legislativos o administrativos expedidos por el gobierno, donde no se podrá contrariar en su letra o espíritu.

El problema, en Colombia consiste en que estos preceptos constitucionales puedan ser verdaderamente aplicados en su letra y espíritu, dentro de una estructura de estado social de derecho, pues a raíz de esta problemática general surgen otras específicas como la planteada en la presente investigación por la cual se precisa observar los detalles que han

impedido se cumpla a cabalidad el respeto y garantías por los derechos de las comunidades indígenas o tribales.

En definitiva, el ordenamiento normativo existente en Colombia y los instrumentos internacionales que han desarrollado muy bien este derecho a la consulta previa perteneciente a las comunidades indígenas, hacen posible darle alcance en su contenido del derecho fundamental.

3. EL DERECHO DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS A LA CONSULTA PREVIA Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE EN COLOMBIA

Muchos de los conflictos relacionados con la explotación de los recursos naturales en Colombia tiene que ver con la no aplicación y efectividad del proceso de Consulta Previa dentro de las comunidades indígenas parte primordial en un estado social de derecho, que en la actualidad se omite dejando en un estado de vulneración el respeto y garantía de derechos de las comunidades indígenas.

Colombia considerada, república democrática, participativa y pluralista, que aprueba la diversidad étnica y cultural de las comunidades étnicas, consagra en la Constitución Nacional que las comunidades étnicas gozan de plenos derechos fundamentales entre estos la consulta previa que se incorpora vía bloque de constitucionalidad y el derecho a un medio ambiente sano.

Es por esto que resulta pertinente lo dicho en el informe ejecutivo el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú respecto a los conflictos que se generan en un estado como en el caso de Colombia frente de los derechos de los pueblos indígenas y tribales como del medio ambiente.

En la opinión de María Galvis:

Estos conflictos sacan a la luz las tensiones existentes entre los diversos actores involucrados y enfrentan dos maneras de entender el desarrollo: la de los Estados, que alientan la inversión privada, como expresión de su deber de promover el desarrollo de conformidad con las correspondientes normas constitucionales, y la de los pueblos indígenas y su derecho a usar y gozar de sus tierras, protegiéndolas y

gestionándolas de acuerdo con su propia cosmovisión y bajo la protección constitucional. (Subrayado fuera texto original). (Galvis, 2011, p. 3)

De ahí que resulte de vital importancia encaminar estos conflictos a una solución armonizadora por parte del estado protector de los derechos de los pueblos indígenas y del medio ambiente de lo cual se puede aducir que parte de esta solución es la garantía y efectividad del proceso de consulta previa del cual gozan los pueblos indígenas en Colombia y el cual está consagrado con amplitud dentro del ordenamiento jurídico interno y extendido por convencionalidad a tratados y normas internacionales que los protegen.

de tal forma que no se vean directamente afectados los destinatarios de dichos derechos aquí discutidos por tanto la acción del garante en este caso del gobierno colombiano debe estar encaminada a la protección y garantía de estos derechos y esto se logra con la aplicación, observación y control de todas las entidades del orden Nacional y territorial del estado sobre quienes recae la función administrativa, vigilancia o licenciamiento ambiental que involucre de forma directa o pueda afectar a las comunidades indígenas o triviales.

De tal sentido que no se justifique en razón de la competencia originalmente otorgada por el estado la no observancia y vulneración de derechos fundamentales como lo son el de consulta previa y medio ambiente.

Este deber de protección por parte del Estado colombiano se extiende por el marco normativo internacional vigente como anteriormente se mencionó para recalcar que ha sido extenso y amplio el desarrollo de los

derechos a la consulta previa e intrínsecamente con este el del medio ambiente.

Este marco normativo internacional, establece regulaciones sobre el derecho a la consulta previa y al consentimiento previo, libre e informado, que los Estados, por decisión soberana, se obligaron a acatar al ratificar tratados internacionales y aceptar la competencia de órganos de supervisión internacional, de tal suerte que tienen el deber de poner en práctica dichas regulaciones antes de otorgar concesiones para la realización de proyectos extractivos o de infraestructura.

Y es que el hecho de estar frente a la necesidad de cuidar y preservar el medio ambiente en la actualidad en todo el mundo, puede hacer pensar que por ello, de 10 años para atrás llama el interés ampliar el radio de protección y garantía de estos derechos fundamentales aquí en discusión.

Esta fuente, es de gran relevancia para la investigación porque trata parte del presupuesto de la problemática planteada en la investigación, por tal razón procedo con su análisis.

La consulta previa de las comunidades indígenas y triviales es aquiescente con la protección al medio ambiente y por ello se relacionan un derecho del otro puesto que permiten el desarrollo y guarda de las comunidades indígenas y a su vez esta relación permite proteger su identidad e integridad étnica, cultural, social y económica y sus derechos a la participación, la autodeterminación y al territorio como un todo necesario, específicamente frente a proyectos de exploración y explotación de recursos naturales.

La Corte Constitucional, asimila esta relación existente entre el derecho de consulta previa y medio ambiente concomitante con el concepto de justicia ambiental en la sentencia T-021 de 28 de enero 2019, (M.P: Alberto Rojas Ríos), de acuerdo con el siguiente tenor:

La justicia ambiental: metodología de aplicación a los conflictos de distribución en cargas y beneficios ecosistémicos

56. La jurisprudencia constitucional ha utilizado la metodología de la justicia ambiental para estudiar los casos que se relacionan con los siguientes asuntos: i) la gestión de los ecosistemas; ii) la administración de las acciones humanas que impactan el ambiente; iii) la distribución de las cargas ambientales derivadas de los principios de protección a los ecosistema; iv) la repartición de los costos negativos que causan las actividades productivas de las personas así como comunidades; y **iv) el acceso a los recursos y servicios naturales**. Se trata de una herramienta que permite resolver problemas de distribución inequitativa de cargas y beneficios ambientales entre los diferentes grupos sociales. Por regla general, la solución de esos inconvenientes se encuentra en profundizar la participación de colectividades afectadas con esa situación de inequidad, entre ellos, las colectividades étnicas diversas. En efecto, el derecho a la consulta previa es entendido como una garantía de justicia ambiental para los pueblos indígenas o tribales. (Negrilla fuera de texto original)

57. En los conflictos ambientales en los cuales quedan inmersos los pueblos indígenas y afrodescendientes existe un imperativo de vincular a la justicia ambiental. Ello sucede, porque, de acuerdo con la Opinión Consultiva OC-23/17, tales comunidades que padecen con mayor fuerza el deterioro del ecosistema. Los indígenas tienen una vulnerabilidad especial a la degradación ambiental por su relación espiritual y cultural con sus territorios y por la dependencia económica con los recursos naturales. Se trata de un impacto diferenciado que puede tener ese sector de la población, de manera que ese factor debe ser determinante a la hora de identificar una afectación directa. (Negrilla y subrayado fuera de texto original)

Por ello separar estos dos derechos en la problemática planteada en la investigación no es posible ya que el uno complementa el otro para el

desarrollo de las comunidades indígenas y triviales y preservación del ecosistema mismo del que hacemos parte todos.

(...) En segundo lugar, la justicia ambiental requiere de una justicia participativa. Ello significa que en las decisiones ambientales se exige la intervención activa y significativa de las personas que resultan afectadas por la ejecución de determinada actividad o política de protección ambiental. Tal elemento incluye la apertura de espacios para comunidad con el fin de que ésta intervenga en: i) las decisiones del proyecto, programa o medida; ii) la planeación; y iii) la evaluación de impactos, al igual que la forma de mitigarlos, compensarlos y prevenirlos. En este aspecto, la idea es que coexista el conocimiento técnico con el saber nativo sobre los asuntos locales. (Sentencia T-021 de 2019)

En materia ambiental a partir de la Constitución de 1991, el tema ambiental alcanza su máxima jerarquía jurídica. En ésta se consagraron aproximadamente 50 disposiciones que se relacionan directa o indirectamente con el tema ambiental. Lo más sobresaliente de la Constitución de 1991, respecto al tema ambiental, es que señala deberes ambientales del Estado y los particulares [...] no obstante acompañado este aspecto jurídico con el avance internacional en materia ambiental. (Henaó, 2002, p.92)

Luego de esto la relación entre el derecho a la consulta previa y medio ambiente, debe ampliarse si se quiere, con el propósito de buscar una solución a las dificultades que el proceso de consulta previa en su realización ha presentado convirtiéndolo en obsoleto, si lo que se busca es garantizar la participación de las comunidades indígenas, por lo tanto se hace visible que el resultado de la omisión de este proceso consultivo genera no solamente la vulneración del derecho de consulta previa de estas comunidades sino además concomitantemente la vulneración del derecho a un ambiente sano.

Dejando con ello en peligro la existencia misma de la comunidades. Esto porque a las políticas de Gobierno desde un principio en Colombia no les ha interesado sino mantener un modelo económico estable y resultado de

ese interés es el abandono y falta de control del estado frente a las comunidades indígenas y daños ambientales.

Lo expresa Julieth Hillon Vega en su artículo sobre la consulta previa en la solución de conflictos socio-ambientales de la siguiente manera:

Por un lado, los Ministerios de Minas y Energía y de Medio Ambiente, el Consejo de Estado y las empresas mineras y de hidrocarburos, veían la CP como un trámite dentro de la expedición de licencias y permisos de explotación de recursos naturales. Es decir, un problema sectorial que no comprendía temas como la autonomía de los grupos étnicos, el derecho al territorio o el medio ambiente. Por otro, la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior (DGAI) y las oficinas delegadas para asuntos étnicos de la Defensoría del Pueblo y de la Procuraduría General de la Nación, la divisaban como un instrumento de participación de los pueblos indígenas y tribales. (Hillon, 2014, p. 91)

(...) La definición actual de la CP (e incluso del CLPI) contiene grandes limitaciones conceptuales como espacio de gestión y contención de conflictos socioambientales que dejan en entredicho su capacidad de convertirse en una herramienta de diálogo entre diferentes en campos desiguales de poder. Centremos nuestro análisis en tres elementos que cobran gran relevancia frente a conflictos socioambientales: el enfrentamiento de estos instrumentos con las directrices de desarrollo predominantes en el ámbito global y local y las consecuencias que este genera, su construcción a partir de lo étnico y los discursos sobre los sujetos legitimados para proteger ciertos bienes jurídicos de carácter general. (Hillon Vega, 2014, p.99)

De tal forma que para esta Autora:

Debido a que un buen número de emprendimientos económicos y de infraestructura deben realizarse en espacios rurales o de frontera, reservas forestales o bosques naturales, varios de ellos habitados por poblaciones indígenas, afrocolombianas y campesinas, los grupos étnicos han utilizado los derechos de los que son titulares, entre ellos, la CP, para enfrentarse a esos otros intereses que representan las políticas de desarrollo imperantes. Esto ha convertido a la CP (es decir, su definición, alcance y puesta en marcha) en un

campo de pugna en el que se encuentran el proyecto neoliberal y multicultural (Vega, 2014, p. 88-89)

A modo de conclusión lamentablemente aunque este considerado en la Constitución política de Colombia los derechos de los pueblos indígenas y triviales y por anteriormente dicho no es garantía para estos mismos destinatarios de la ley, debido a que su respeto y eficacia de derechos se ven permeados por intereses político-económicos que no dimensionan la gravedad del daño causado al medio ambiente y la cultura colombiana por mantener una estabilidad económica acorde al modelo neoliberal que nos dejara con enormes consecuencias al medio ambiente y el agotamiento de recursos.

La consulta previa como mecanismo de protección para las comunidades indígenas en general o grupos étnicos en Colombia, nos lleva a replantear que estos grupos verdaderamente necesitan protección por parte del estado mismo con todo lo que encierra un estado pluralista y a su vez entender esta protección no solo como el reconocimiento que la constitución política de Colombia hace de ellos, sino que además debe estar integrada esta protección con garantías que busquen su supervivencia y permanencia de estas comunidades en el seno de un estado social de derecho.

Y como es válido integrar estas garantías, es entendiendo los demás derechos que rodean a estas comunidades y haciéndolos efectivos, que más allá de pretender ubicarlas en un plano de especial protección por el estado es dimensionar que el Derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas tiene implícito otros derechos, como gozar de un ambiente sano en el cual se puedan desarrollar libremente como comunidad a ser oídos y respetados en sus derechos, no lo que sería contrario hacer oídos y el estado auto decidir por la erradicación de estos grupos indígenas o el desplazamiento de estos mismos que en pocas palabras es lo que ocurre

con la aprobación de una licencia ambiental sin dimensionar el grado de afectación que puedan tener los grupos indígenas que necesariamente habitan en un ambiente con todos los recursos naturales que hacen posible su supervivencia y desarrollo como comunidad.

Estamos en un momento en el cual la sociedad, el gobierno y en este caso el congreso deben propiciar las garantías plenas de supervivencia para estas comunidades, para que de esta forma también la paz se pueda hacer realidad en territorios víctimas del abandono estatal.

A sabiendas de que los efectos ambientales son nefastos tras la realización de obras proyectos y actividades en los territorios indígenas, el estado continúa sin la reglamentación debida de la consulta previa, es por esto que aun en la actualidad no se dimensiona sobre el daño ambiental que está acarreado no solo para los pueblos indígenas sino en general para todos los colombianos.

Como concluye el autor Alexander Zeballosf Cuathin:

Todos estos instrumentos jurídicos, por lo menos formalmente, rescatan la importancia de la realización de la consulta previa y en la defensa de los derechos fundamentales colectivos, pero, sin embargo, no han sido suficientes por sí solos para lograrlo. En muchas ocasiones el poder político o económico se ha impuesto sobre el mismo derecho fundamental, y la consecuencia de este desbalance es la amenaza para la existencia de los pueblos indígenas. (Zeballosf, 2014, p. 71)

De esta manera es pertinente, el análisis aquí planteado para llegar a determinar si este derecho es vinculante para la aprobación de las licencias ambientales en Colombia o simplemente está siendo arandela en nuestro ordenamiento jurídico.

4. EL TRÁMITE ADMINISTRATIVO DE LICENCIAMIENTO AMBIENTAL EN COLOMBIA Y SU RELACIÓN CON LA CONSULTA PREVIA

En principio, debe considerarse que la relación que existe entre el derecho fundamental de la consulta previa y el licenciamiento ambiental se fundamenta, en que con esta decisión administrativa se puede llegar afectar la integridad y forma de vida de las comunidades étnicas que habitan un territorio donde se desarrollara un proyecto obra o actividad, que requiere previamente para su ejecución de la licencia ambiental.

A partir de esta relación, es importante definir brevemente los antecedentes y en que consiste el procedimiento administrativo de licenciamiento ambiental actualmente existente en Colombia, empezare por manifestar que la iniciativa de incorporar en el ordenamiento normativo de Colombia esta exigencia se atribuye al contenido del Decreto Ley 2811 de 1974 que corresponde al Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente, donde se acoge la obligación de evaluar los impactos ambientales, como el deber de obtener una licencia ambiental resultado del estudio de impacto ambiental, sin embargo desde su creación este Decreto no tuvo la reglamentación necesaria para su aplicación.

Se debe agregar, que es a través de la Ley 99 de 1993 donde se incorporó en Colombia los aspectos fundamentales del trámite de licencia ambiental en su título VIII a partir del artículo 49 al 62, recalando que la obligatoriedad de la licencia ambiental se consagra en su artículo 49, como una exigencia en lo concerniente a la ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad, que pueda producir

deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje.

Así mismo, esta Ley 99 de 1993 dispone; que la licencia ambiental consiste en la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad, sujeta a este requisito según sus artículos 50 y 51.

Destacó además, que esta Ley 99 de 1993 ha sido modificada en varias oportunidades en relación con la licencia ambiental; siendo la primera modificación realizada por medio del Decreto 1753 del 03 de agosto de 1994, posteriormente con el Decreto 2820 de 2010 y la última modificación instaurada por medio del Decreto 2041 de 15 de octubre de 2014, el cual se recopiló en el Decreto 1076 de 26 de mayo de 2015, que corresponde al decreto único del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible vigente actualmente.

Estas modificaciones que ha tenido la reglamentación de la licencia ambiental en Colombia, permiten entrever que se han acortado los tiempos y los controles sobre la misma, entre otros más requisitos. De ahí que, como señalan Juliette Sleman Chams y Carlos Javier Velásquez Muñoz:

Expertos y conocedores de la materia han advertido, de forma reiterada y sistemática, que las modificaciones han deformado el instrumento hasta convertirlo en mecanismo inocuo; se habla de flexibilización, descontrol, pérdida de fuerza, en últimas, de una herramienta de control por excepción. (2016, p. 490) [Estos autores también concuerdan en que la norma actualmente vigente de la licencia ambiental debe estar concatenada con el Decreto 1076 de 26 de mayo de 2015, que corresponde al decreto único del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible.]

Es así como, la legislación sobre la licencia ambiental lleva implícito la prerrogativa de existencia de un deterioro grave en el ambiente o la ocurrencia de modificaciones considerables sobre el paisaje, con la salvedad que el propósito de la misma licencia ambiental ante esta prerrogativa es buscar alternativas de prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales que hagan que la obra o actividad autorizada causen el menor daño posible o impacto.

En síntesis, el concepto, alcance y fin de las licencias ambientales se definen legal y constitucionalmente con el único objeto de menguar o controlar los factores adversos que se puedan presentar sobre el ambiente a causa de una obra, proyecto o actividad, al igual que de establecer una serie de obligaciones a cargo de quien deba implementar las alternativas, que como se mencionó anteriormente, están direccionadas de alguna forma a compensar el daño que se causa sobre el medio ambiente y comunidad.

En efecto, es bueno indicar que según la visión del Estado, su fin de reglamentar los distintos trámites existentes en materia ambiental es que se logre el manejo de los recursos naturales dentro del marco del principio de desarrollo sostenible, contrario a la visión que deja la realidad actual en cuanto a las licencias ambientales, las cuales se conceden buscando un desarrollo económico sin importar que se vulneren algunos derechos fundamentales como lo es el de consulta previa.

Resulta interesante, agregar que siempre que se requiera de la licencia ambiental para dar inicio a una obra proyecto o actividad (POA), es porque se generara un impacto negativo a los recursos naturales, de ahí la importancia de comprender a partir de aquí, que dicho impacto que se puede presentar sobre los recursos naturales, en algunas ocasiones podrá repercutir también en forma directa sobre pueblos indígenas que se

encuentren cerca o dentro del área de influencia del POA, es por esto que se justifica que este instrumento jurídico, denominado licencia ambiental vincule verdaderamente a los pueblos indígenas de ser el caso, durante su estudio o trámite de gestión, para que se evite de mejor forma en lo posible disminuir también las afectaciones que repercutirán sobre sus territorios.

Es aquí, donde también resulta pertinente mencionar la fundamentación jurídica y normativa del derecho al medio ambiente, considerando desde ya el vínculo existente de este derecho en la práctica con otros que le son concomitantes, al ser un derecho de interés social con el cual es posible se garanticen otros tantos derechos humanos.

El artículo 79 de la constitución nacional, lo preceptúa en que: “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.”, consagrado no como un derecho constitucional fundamental sino como un derecho y un interés constitucional de carácter colectivo, que puede vincularse con la violación de otro derecho constitucional de rango o naturaleza fundamental, como lo es la consulta previa según el tema de investigación.

Es así, que el gobierno nacional le asiste el deber de proteger la biodiversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines. Lo mencionado tiene de base el contenido de la norma constitucional.

El Estado, se atribuye también la planificación o la toma de decisiones en lo relativo al manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, tal como lo dispone el Artículo 80 de la constitución nacional. De

lo cual es posible entender la competencia que tiene el Estado para la regulación y práctica del trámite de licenciamiento ambiental así como de las demás obligaciones en cuanto a que se garantice el acatamiento de los del derecho a un medio ambiente sano y el de la consulta previa.

Así las cosas, concentrando la información relativa al concepto, objeto y finalidad de la licencia ambiental, es pertinente manifestar, que la licencia ambiental se encuentra definida jurisprudencialmente como:

(...) El acto administrativo de autorización que otorga a su titular el derecho de realizar una obra o actividad con efectos sobre el ambiente, de conformidad con las condiciones técnicas y jurídicas establecidas previamente por la autoridad competente. La licencia ambiental es esencialmente revocable. Para el efecto no se requiere del consentimiento expreso o escrito de su beneficiario, cuando no se estén cumpliendo las condiciones o exigencias establecidas en el acto de su expedición. (Sentencia C-746 de 2012, (M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez). Es decir, de manera similar a la Ley en vigencia.

Dicho esto, también es importante destacar como característica adjunta del procedimiento de licenciamiento ambiental, la participación ciudadana que con este procedimiento se permite, la cual puede hacerse efectiva con la aplicación del derecho a la consulta previa en el caso en que en la zona de influencia de una obra, actividad o proyecto exista presencia de asentamientos indígenas o afrocolombianos.

El derecho a la participación que se garantiza, por medio del trámite de licenciamiento ambiental es el punto de partida para identificar la relación existente entre la consulta previa y este procedimiento ambiental, pues es a través de la consulta previa, libre e informada que se garantiza este derecho.

Es así como, esta característica de la participación a través de la consulta previa se puede observar, en el contenido normativo del Decreto

Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible N° 1076 del 26 de Mayo de 2015, al incluir en la mayoría de procedimientos en materia ambiental, el deber de realizar la consulta previa en los casos que se requiera, debiendo dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, en materia de consulta previa con comunidades indígenas y negras tradicionales y a las disposiciones del Decreto 1320 de 1998 o al que lo sustituya o modifique.

Del contenido de este Decreto unificado de la reglamentación del sector ambiente, es notable evidenciar que dentro del trámite para la obtención de la licencia ambiental, este deber de participación por medio de la consulta se resume en un simple requisito documental, diferente a como se determina este deber de consulta ya sea para la declaratoria de áreas protegidas, para el permiso marco de recolección por parte de las instituciones nacionales de investigación científica, para la caza comercial, para los planes de ordenación y manejo de cuencas hidrográficas, para los planes de manejo ambiental de microcuencas o para el plan de manejo ambiental de acuíferos entre otros, en los cuales se instituye taxativamente la obligación de adelantar el mecanismo de consulta previa a las comunidades étnicas cuando a ello haya lugar.

En dichos procedimientos señalados, en algunos casos se exige aparte de la certificación expedida por el Ministerio del Interior sobre la presencia o no de comunidades étnicas en el área del POA, el acta de protocolización de la consulta previa cuando sea necesaria para la solicitud y obtención de la autorización o permiso legal para ejecutar el POA.

Es posible soportar lo comentado, citando la sección tercera, de este mismo compendio normativo en materia ambiental, específicamente su acápite de estudios ambientales, donde se facilita apreciar que para la

realización de los estudios ambientales, deberá existir la participación de las comunidades, tal como lo señala el Artículo 2.2.2.3.3.3, de donde se extrae el siguiente contenido:

Se deberá informar a las comunidades el alcance del proyecto, con énfasis en los impactos y las medidas de manejo propuestas y valorar e incorporar en el estudio de impacto ambiental, cuando se consideren pertinentes, los aportes recibidos durante este proceso.

En los casos en que se requiera, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, en materia de consulta previa con comunidades indígenas y negras tradicionales, de conformidad con lo dispuesto en las normas que regulen la materia.

Del mismo modo, insisto que en la sección sexta, que desarrolla el trámite a seguir para la obtención de la licencia ambiental en su artículo 2.2.2.3.6.2. de la solicitud de licencia ambiental y sus requisitos se observa únicamente respecto a la inclusión y participación de las comunidades étnicas y afrocolombianas, un requisito en su N° 7 basado en la exigencia documental del certificado del Ministerio del Interior sobre presencia o no de comunidades étnicas y de existencia de territorios colectivos en el área del proyecto de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones relacionadas con el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la Consulta Previa.

Aunando en esto, es posible comparar la inclusión del deber de consulta previa como un mero requisito documental con la inclusión de este mismo deber a través de un artículo dentro del procedimiento ambiental, un ejemplo de ello es el artículo 2.2.2.8.2.5. Del mismo decreto 1076 que se analiza, que dispone en relación de la consulta previa: “En el caso en el que las actividades de recolección requieran cumplir con la consulta previa a los

grupos étnicos, la Institución Nacional de Investigación será la única responsable de adelantarla conforme al trámite legal vigente. El cumplimiento de dicho requisito es obligatorio, previo al inicio de la ejecución de cada proyecto, y deberá ser reportado en los informes de que trata el presente artículo.”

A la par, es importante señalar que en lo concerniente a la solicitud de modificación a la licencia ambiental se encuentra en la misma compilación reglamentaria, el siguiente párrafo: “Párrafo 3°. Cuando la modificación consista en ampliación de áreas del proyecto inicialmente licenciado, se deberá aportar el certificado del Ministerio Interior sobre la presencia o no de comunidades étnicas y de existencia territorios colectivos de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2613 de 2013.” [Párrafo el cual garantiza por su interpretación, que si es necesario modificar el área que abarcara un POA, tendría igual que garantizarse la participación de las comunidades indígenas y afrocolombianas por medio de la realización de la consulta previa.]

En resumen, es de notar la variación que parece tener la exigencia legal de la realización de la consulta previa cuando a esta haya lugar en cada uno de los diferentes procedimientos ambientales.

Sin duda, cabe citar en este punto la apreciación de Juliette Sleman Chams y Carlos Javier Velásquez Muñoz cuando dicen: “La protección ambiental se sigue viendo como una talanquera de la “modernización” y el “desarrollo”, cada vez que hay que echar mano de algo que se puede limitar o suprimir, el ambiente es primera opción.” (2016, P. 506).

Agotado lo antepuesto, es posible concluir que el Decreto 2041 de 15 de octubre de 2014 que fue recogido en el Decreto 1076 de 2015, compilatorio de las normas ambientales, según el análisis fijado en la

temática situada en conocer el carácter vinculante o la incidencia del derecho fundamental a la consulta previa en el trámite de licenciamiento ambiental, efectivamente vincula en su contenido la exigencia para que se garantice de ser necesario el derecho a la consulta previa libre e informada, aunque por la realidad no parece ser suficiente.

Luego, se hace visible que el objetivo de la incorporación al ordenamiento jurídico de la licencia ambiental, es la protección de los derechos individuales y colectivos de la nación, lo cual es compatible con el siguiente precepto que se dispone jurisprudencialmente en relación a la licencia ambiental:

Con fundamento en la jurisprudencia constitucional, se concluye que la licencia ambiental: (i) es una autorización que otorga el Estado para la ejecución de obras o la realización de proyectos o actividades que puedan ocasionar un deterioro grave al ambiente o a los recursos naturales o introducir una alteración significativa al paisaje (Ley 99/93 art. 49); (ii) tiene como propósitos prevenir, mitigar, manejar, corregir y compensar los efectos ambientales que produzcan tales actividades; (iii) es de carácter obligatoria y previa, por lo que debe ser obtenida antes de la ejecución o realización de dichas obras, actividades o proyectos; (iv) opera como instrumento coordinador, planificador, preventivo, cautelar y de gestión, mediante el cual el Estado cumple diversos mandatos constitucionales, entre ellos proteger los recursos naturales y el medio ambiente, conservar áreas de especial importancia ecológica, prevenir y controlar el deterioro ambiental y realizar la función ecológica de la propiedad; (v) **es el resultado de un proceso administrativo reglado y complejo que permite la participación ciudadana, la cual puede calificarse con la aplicación del derecho a la consulta previa si en la zona de influencia de la obra, actividad o proyecto existen asentamientos indígenas o afrocolombianos;** (vi) tiene simultáneamente un carácter técnico y otro participativo, en donde se evalúan varios aspectos relacionados con los estudios de impacto ambiental y, en ocasiones, con los diagnósticos ambientales de alternativas, en un escenario a su vez técnico científico y sensible a los intereses de las poblaciones afectadas (Ley 99/93 arts. 56 y ss); y, finalmente, (vii) se concreta en la expedición de un acto administrativo de carácter especial, el cual puede ser modificado

unilateralmente por la administración e incluso revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito de su titular, cuando se advierta el incumplimiento de los términos que condicionan la autorización (Ley 99/93 art. 62). En estos casos funciona como garantía de intereses constitucionales protegidos por el principio de prevención y demás normas con carácter de orden público. (Negrilla y Subrayado fuera de texto original de la Corte Constitucional - Sentencia C-746 de 2012, (M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez))

Finalmente, es posible enfatizar que el trámite de licenciamiento ambiental es una medida administrativa susceptible de afectar directamente a los grupos étnicos o afrocolombianos que se encuentran en el territorio colombiano, por lo cual durante el proceso administrativo debe garantizarse las fases de participación de esas comunidades por medio del instrumento de la consulta previa, con el propósito de salvaguardar su existencia y demás derechos concomitantes a ellas. Adicionalmente, se precisa que el proceso de consulta previa con las comunidades según la normatividad vigente, debe adelantarse, bajo la coordinación del Ministerio del Interior y la Autoridad Ambiental competente junto con la participación del Ministerio Público.

5. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DE LA CONSULTA PREVIA COMO UN REQUISITO INDISPENSABLE PARA LA CONCESIÓN DE UNA LICENCIA AMBIENTAL CUANDO SE AFECTA A COMUNIDADES ÉTNICAS

Sea lo primero advertir que el precedente jurisprudencial en el ordenamiento jurídico colombiano, tiene carácter vinculante consistente en que debe ser estimado o tenido en cuenta por todos los jueces de la república, bajo el análisis del artículo 241 de la Constitución Política de 1991, donde se asigna a la Corte Constitucional la función de salvaguardar la carta constitucional de 1991 como norma de normas, motivo por el cual esta corporación como intérprete de la Constitución, o el Consejo de Estado máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, profieren decisiones que se entienden vinculantes tanto en su parte resolutive como en su ratio decidendi para resolver controversias similares que traten la materia sobre las cuales estas corporaciones han fijado reglas.

En este sentido, la Corte Constitucional ha decantado en reiteradas oportunidades el alcance irrenunciable que tiene el derecho fundamental de la consulta previa, aduciéndose por esta corporación que su desconocimiento acarrea según la doctrina, la vulneración de este derecho, siendo entonces pertinente citar y analizar las consideraciones que se han decantado jurisprudencialmente para determinar que la consulta previa resulta ser un requisito indispensable a garantizarse durante la concesión de licencias ambientales.

Para, Vallejo Trujillo, F. La Corte Constitucional colombiana ha elevado la consulta previa a rango fundamental, es decir, en Colombia la consulta previa es un derecho fundamental. No obstante, allí se otorgan licencias ambientales para el desarrollo de proyectos, obras o actividades (POA) al interior de territorios colectivos sin consultar a las comunidades tradicionales que los habitan. A esta conclusión llegó

la Contraloría General de la República, quien en su informe sobre el "Estado de los Recursos Naturales y el Ambiente 2010-2011", afirma que "buena parte de los territorios de grupos étnicos está afectado por títulos mineros otorgados y solicitados sin que se haya surtido ningún tipo de procedimiento para su conocimiento y autorización". (2016, p. 154)

Cabe destacar, esencialmente que durante la presente investigación se profirió por la Corte Constitucional sentencia de unificación **SU-123 del 15 de noviembre 2018** del (M.P.: Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yépez), en conocimiento de un expediente de tutela, fijando algunas reglas sobre (i) la naturaleza y fundamento normativo del derecho fundamental a la consulta previa; (ii) los principios que orientan la forma de realización de las consultas; (iii) la procedencia de la consulta previa y el concepto de afectación directa, y en especial las (iv) afectaciones referidas a la intervención en los territorios indígenas o por (v) impactos directos en la salud, el ambiente y la estructura social, espiritual y económica de los grupos étnicos; (vi) la relación entre consulta previa y justicia ambiental.

Lo que significa, que las reglas definidas por la Corte Constitucional en esta sentencia, sobre los temas indicados en relación al derecho fundamental a la consulta previa, son vinculantes para la definición de las controversias que en esa materia se vayan a discutir, así como de marco de acción para garantizar la consulta previa a los pueblos indígenas bajo la supervisión del Estado.

De este precedente jurisprudencial, conviene subrayar que la Corte analiza la procedencia y características de la consulta previa de los pueblos indígenas y afrocolombianas frente a proyectos de exploración y explotación de hidrocarburos, considerando que la consulta previa procede en estos proyectos, siempre y cuando se pueda determinar que exista afectación directa la cual incluye, un impacto en el territorio de la comunidad tradicional;

o en el ambiente, la salud o la estructura social, económica, así como en la cosmovisión cultural del grupo.

Sobre este aspecto, relativo a la afectación directa que se pueda presentar sobre los territorios indígenas o afrocolombianos, esta misma corte se pronunció en la misma sentencia SU-123 de 2018, M.P. M.P: Alberto Rojas Ríos Y Rodrigo Uprimny Yepes, considerando las siguientes características para su debida determinación:

9. Afectación directa basada en perturbación al ambiente, a la salud o a la estructura social, espiritual, cultural o económica de la colectividad

9.1. Como se explicó la afectación directa es determinante para establecer si procede o no la consulta previa. Además de la perturbación al territorio, se ha establecido que también se concreta si es existe evidencia razonable de que, con la medida, se perjudique i) la salud, así como el ambiente, representado en la inequidad frente a la distribución de cargas y beneficios ambientales; y ii) las estructuras sociales, espirituales, culturales y ocupacionales en un colectivo, que no pueden ser percibidos por estudios técnicos ambientales. (Subrayado fuera de texto original)

9.2. Sobre el primer tópico la Corte IDH y el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Observación General N° 24) han afirmado que **la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan de manera directa el goce de los derechos humanos. En el caso concreto de las comunidades étnicas, han manifestado que la relación entre el ambiente y la protección de algunas garantías, como los derechos de propiedad y de consulta previa permiten salvaguardar a las comunidades y garantizar la continuidad del estilo de vida de esos pueblos.** Adicionalmente, los grupos indígenas se ven afectados de manera desproporcionada porque se enfrentan a obstáculos especiales para acceder a los mecanismos de rendición de cuentas y reparación. (Negrilla y Subrayado fuera de texto original).

9.3. Entre otras, en las Sentencias T-129 de 2011, T-693 de 2011, T-359 de 2015, T-704 de 2016, T-730 de 2016, T-272 de 2017 y

T-733 de 2017, esta Corte ha considerado que **ocurre afectación directa de una comunidad indígena en el evento en que la explotación del proyecto apareja un impacto negativo ambiental, el cual causa un reparto inequitativo de los bienes y cargas de los nichos ecológicos.** Esto por cuanto se produce un desconocimiento de los artículos 79 y 13 Superiores, al lesionar los derechos a la salud, al goce del ambiente sano y a la igualdad, puesto que impide el “acceso equitativo a los bienes ambientales y un reparto igualmente equitativo de las cargas contaminantes, al igual que un mandato de especial protección para los grupos sociales discriminados o marginados”. Esa ruptura es la que obliga a que se produzca una retribución y compensación como resultado de los daños originados en las actividades lícitas que se desarrollan en ejercicio del interés general.

9.4. Ahora bien, en cuanto al segundo tópico, relacionado con la afectación directa por perturbaciones en la estructura social, espiritual, cultural o económica de los pueblos indígenas o tribales, en las Sentencias T-1045A de 2010 y SU-133 de 2017 **la Corte concluyó que era obligatorio proceder a la consulta previa, comoquiera que la suscripción de una concesión minera o la autorización de una cesión de derechos de explotación constituía una afectación directa, al poner en riesgo la supervivencia cultural y económica de las colectividades, dado que éstas derivaban su sustento de la minería, actividad que quedaba en incertidumbre por los actos mencionados.** (Negrilla fuera de texto original de la sentencia)

De comprender este concepto de afectación directa, es posible notar la importancia de que el derecho a la consulta previa sea vinculante dentro del procedimiento administrativo del licenciamiento ambiental, toda vez que su exigencia como lo ha manifestado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, deriva del fuerte impacto ambiental que se causa por un proyecto, obra o actividad (POA), lo que significa que ante la presencia de comunidades indígenas y afrocolombianas cerca de dicho POA, se generaría en ellas algún tipo de afectación directa y de lo cual es pertinente consultarles y hacerlas participes con el único propósito de prevenir y mitigar las afectaciones que se pudiesen causar sobre ellas a causa de la ejecución de un POA.

A continuación, se cita el cuadro explicativo y comparativo que la Corte Constitucional presento en la sentencia de unificación en comentario SU-123 de 2018, para dar mayor claridad en el concepto de afectación directa y su propósito que determina la procedencia de la efectividad de la consulta previa.

	Afectación directa	Área de influencia
Concepto	Identificación de medidas que impactan o amenazan los derechos e intereses de las comunidades indígenas desde el punto de vista territorial, cultural, social, espiritual o económico.	Instrumento solicitado en las licencias ambientales para identificar los impactos de los proyectos de exploración y explotación en el ambiente y la sociedad. (Decreto 1076 de 2015, ARTÍCULO 2.2.2.3.1.1).
Propósito	Identificar medidas que perturben a los indígenas en sus derechos, intereses y en sus ámbitos territorial, cultural, político, espiritual, ambiental y de salud, para celebrar Consulta Previa. Se identifica a través de un diálogo intercultural.	Fijar unos criterios técnicos para delimitar el área de los proyectos en relación con la valoración de los impactos sociales, ambientales y económicos de los mismos.
Fuente normativa	Convenio 169 OIT, PIDESC, PDCP, UNIDRIP, Constitución Política.	Consagración legal y reglamentaria.

(Cuadro original extraído de la sentencia SU-123 de 2018)

Esta corporación, de igual modo sintetizo los conceptos, principios y reglas analizando los pronunciamientos jurisprudenciales en Colombia proferidos hasta esa fecha y que estuviesen enfocados en el criterio de la exigibilidad de la consulta previa frente a una licencia ambiental, toda vez que por esta autorización se causan impactos ambientales que constituyen una afectación directa, buscando esta misma corporación que los pronunciamientos coincidieran plenamente con los criterios desarrollados por el derecho nacional e internacional frente al derecho fundamental de la consulta previa y su aplicación de la siguiente forma:

En relación con la naturaleza y finalidad del derecho a la consulta previa, deberá tenerse en cuenta:

- El objetivo de la consulta previa es intentar lograr en forma genuina y por un diálogo intercultural el consentimiento con las comunidades indígenas y tribales sobre las medidas que las afecten;
- El principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes;
- Por medio de la consulta se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados;
- La consulta debe ser un proceso intercultural de diálogo en el que el Estado debe entonces tomar las medidas necesarias para reducir las desigualdades fácticas de poder que puedan tener los pueblos étnicos;
- En este diálogo intercultural ni el pueblo tiene un derecho de veto ni el Estado un poder arbitrario de imposición de la medida prevista;

- Debe ser flexible, es decir, adaptarse a las necesidades de cada asunto;
- Debe ser informada, esto es dispensar a los pueblos indígenas y tribales la información suficiente para que ellos emitan su criterio;
- Debe respetar la diversidad étnica y cultural lo que permitirá encontrar mecanismos de satisfacción para ambas partes.
- El derecho a la consulta previa se encuentra vinculado a los imperativos de justicia ambiental, que busca un reparto equitativo y participativo de los costos y beneficios de los proyectos con impactos ambientales diferenciados.

En relación a la afectación directa y procedencia del derecho a la Consulta Previa:

- La consulta previa procede siempre que exista la posibilidad de afectación directa del grupo étnico entendida esta desde un concepto indeterminado o amplio.
- La afectación directa se determina cuando se perjudique i) la salud, así como el ambiente, representado en la inequidad frente a la distribución de cargas y beneficios ambientales; y ii) las estructuras sociales, espirituales, culturales y ocupacionales en un colectivo, que no pueden ser percibidos por estudios técnicos ambientales.
- La afectación directa por proyectos de exploración y explotación de recursos no renovable incluye: (i) el impacto en el territorio de la comunidad tradicional; o (ii) el impacto en el ambiente, la salud o la estructura social, económica, así como cultural del grupo.

- Una afectación intensa requiere del consentimiento previo, libre e informado y procede ante: i) el traslado o reubicación del pueblo indígena o tribal de su lugar de asentamiento; ii) medidas que implican un alto impacto social, cultural y ambiental que ponga en riesgo su subsistencia; o iii) las relacionadas con el almacenamiento y eliminación de materiales peligrosos –tóxicos- en sus tierras y territorios. En los demás casos procederá, por regla general, la consulta previa, salvo en el caso en el que se evidencia que no existe afectación directa de la comunidad, situación en la que se deberá aplicar el estándar básico de participación.

En relación con la aplicabilidad en el tiempo y operatividad de la consulta previa:

Según afirma la jurisprudencia y demás parámetros internacionales, debe existir una preconsulta, sin embargo esta no impide que la consulta previa opere en todas las fases del proyecto, obra o actividad (POA), es decir, que ante todo cambio sustancial en las condiciones del proyecto que implique la adopción de nuevas medidas o altere significativamente el sentido de las medidas ya aprobadas o tomadas, como la ampliación del área de influencia del POA y quizá la implicación de un uso mayor de los recursos naturales, daría lugar a renovar el deber de consulta previa.

En cuanto al requisito de la certificación sobre la presencia de comunidades indígenas y tribales en el área de influencia de un POA.

En cuanto a la validez de la certificación que expide el Ministerio del Interior sobre la no presencia de comunidades indígenas y tribales en el área

de influencia de un proyecto, esta sentencia de unificación, advierte **que esta no es válida para eximirse de la consulta previa cuando se sugiera o acredite una afectación directa a un pueblo étnico.**

Adicionalmente, la Corte Constitucional, traslada al operador administrativo en esta materia el Ministerio del Interior Dirección de Consulta Previa, quien tiene a cargo este trámite de la certificación, la responsabilidad por incumplimiento de las normas del Convenio 169 OIT. Así mismo la Corte considera por la interpretación dada que de quererse evitar posibles irregularidades en este trámite de los certificados sobre la presencia de las comunidades étnicas, debe incluirse un estudio particular y expreso sobre la posible afectación directa que pueda causar un determinado POA, a las comunidades étnicas, con independencia de la limitación del área de influencia, de acuerdo al concepto amplio de territorio.

En relación a los acuerdos pactados durante la realización de la consulta previa:

Estado y el agente económico tienen la obligación de materializar y cumplir lo pactado por medio de la consulta previa.

En relación con el territorio:

Con base a la jurisprudencia unificada SU-123 de 2018 la Corte Constitucional, ha considerado lo siguiente:

- El concepto de territorio de las comunidades étnicas trasciende el espacio físico (concepto geográfico de territorio) y se vincula a elementos culturales, ancestrales así como espirituales

(concepto amplio de territorio), de manera que no es posible equipararlo al concepto de propiedad del derecho civil.

- El concepto geográfico de territorio comprende el espacio reconocido legalmente bajo la figura del resguardo.
- El concepto amplio de territorio incluye las zonas que habitualmente ha ocupado la comunidad indígena, al igual que los lugares en donde tradicionalmente los mencionados sectores de la sociedad han desarrollado sus actividades sociales, económicas, espirituales o culturales.
- **La ausencia de reconocimiento oficial de una comunidad es insuficiente para que el Estado o un privado se niegue a consultar una medida con una comunidad étnica.**
- **Para determinar el alcance del concepto amplio de territorio las autoridades deberán** verificar la intensidad, permanencia efectiva o grado de exclusividad de las prácticas culturales, ancestrales, espirituales o económicas de la comunidad en el territorio amplio, a través de un diálogo con las autoridades indígenas.

Factor a tenerse en cuenta para determinar la vulneración del derecho a la consulta previa.

De conformidad con la jurisprudencia, se deberá analizar el grado de observancia de los parámetros de debida diligencia del Estado y las empresas, previstos en los instrumentos internacionales.

En caso de no llegarse a un acuerdo durante la consulta previa se deberá tener en cuenta las siguientes indicaciones:

En principio la Corte, declara que será el Estado, en caso de no obtenerse un acuerdo entre el agente económico y la comunidad indígena, el encargado de tomar una decisión respecto de aceptar o implementar algunas medidas de contingencia frente a un POA con incidencia en la comunidad, cumpliéndose lo siguiente:

- Esté desprovista de arbitrariedad y autoritarismo,
- Esté basada en criterios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad respecto del deber de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación;
- Tome en consideración, hasta donde sea posible, las posiciones expresadas por las partes, y en especial el pueblo étnico, durante la consulta;
- Respete los derechos sustantivos reconocidos en el Convenio 169 OIT; y prevea mecanismos eficaces, idóneos y eficientes para atenuar los efectos negativos de la medida o proyecto. [Garantizando los derechos fundamentales y la supervivencia de las comunidades étnicas](contenido tomado de la sentencia SU-123 de 2018)

En cuanto a determinar el remedio judicial correspondiente y valorar las actuaciones o posibles omisiones que se desarrollan en el marco de la consulta previa se deberá considerar:

- La posición y las propuestas de los actores,
- El comportamiento de la empresa y en particular si ésta tuvo o no la debida diligencia frente a los derechos del grupo étnico,
- Cuál es la mejor forma de garantizar los derechos fundamentales conexos de los miembros de los pueblos indígenas y de los demás habitantes de los respectivos territorios.
- La protección del interés general de la nación colombiana a la diversidad étnica y cultural;
- Los derechos de terceros que podrían verse afectados por la suspensión o, por el contrario, por la continuación del proyecto, y el interés general y las potestades inherentes al Estado colombiano. (contenido tomado de la sentencia SU-123 de 2018)

Sobre el caso de estudio que propicio, que la Corte como máximo órgano protector de la constitución nacional, fijara las anteriores reglas a seguir con el propósito de garantizar el respeto y acatamiento del derecho fundamental a la consulta previa en cuanto a las medidas administrativas que se deriven de los proyectos, obras o actividades (POA), se analizara en un capítulo posterior, no obstante es importante resaltar que en este caso como en otros que han llegado a estudio de la Corte Constitucional, se concluyó que la compañía gestora de un proyecto de explotación de hidrocarburos, no cumplió con los parámetros de debida diligencia que le correspondían, según los mandatos y contenidos esenciales del marco normativo de la consulta previa.

En el particular, se observó por la Corte, que la vulneración del derecho a la consulta previa y medio ambiente sano de la comunidad indígena afectada, se debió a fallas múltiples como el deber de debida diligencia en el reconocimiento, ya que la compañía conoció de la localización de la comunidad indígena y sin embargo no la reconoció, aunando en esto tampoco ayudo en este deber el ministerio del interior, al mismo tiempo se identifica que se faltó el deber de diligencia sobre las tierras, territorios y recursos naturales, en la medida que justifico la no identificación legal del territorio para no garantizar el derecho al territorio y a la consulta previa, así mismo se concluyó que el agente privado faltó gravemente a su deber de diligencia en consultar, al inicio del proyecto como cuando se presentaron modificaciones sustanciales al desarrollo del proyecto.

De esta manera, se establece lo recolectado por el precedente jurisprudencial, lo cual es de suma importancia con el fin de que sea observado y aplicado respecto a la efectividad del derecho a la consulta

previa en Colombia frente a las medidas administrativas que tienen que ver con el trámite de la licencia ambiental.

A su vez, la protección constitucional de la consulta previa reside en que efectivamente participen las comunidades indígenas en la adopción de actividades, obras o medidas de contingencia para reparar, recomponer, restaurar o recuperar la afectación al tejido cultural, social, económico o ambiental, según el daño que pueda sufrir la comunidad indígena o afrocolombiana cuando se ejecuten proyectos obras o actividades (POA), que requieren de una licencia ambiental.

Adicionalmente, es pertinente lo considerado en esta Sentencia de Unificación SU- 123 de 2018 en cuanto a los instrumentos internacionales que se deben observar para determinar una posible afectación a la consulta previa según este tenor que hace parte de la misma sentencia.

Para determinar la posible afectación de los mandatos de la consulta previa, la Corte considera necesario tomar en cuenta los parámetros (deberes) de debida diligencia del Estado y las empresas, previstos en la **Observación General número 24 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración de Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (Principios Ruggie)**, y los informes del Relator Especial para los derechos humanos y las libertades de los pueblos indígenas, a través de sus informes, **dado que constituyen criterios relevantes de interpretación normativa para valorar su actuación, en relación con el deber de desarrollar la consulta previa.** (Subrayado y Negrilla fuera de texto original de la sentencia)

Es así como, se debe resaltar entre estos instrumentos, los principios Ruggie, por como los considera Carmen Montesinos:

2. **Los Principios Ruggie deben ser la base sobre la que articular la consecución de un desarrollo sostenible a través de la actividad comercial.** En las asociaciones estratégicas que se establezcan entre

el sector empresarial y los Estados, los gobiernos deberían garantizar que sus socios comerciales asumen un compromiso demostrable con los mismos. Deberían aprovechar sus políticas, tanto las relacionadas con la implementación de la Agenda, como las vinculadas con el comercio y la promoción de las inversiones en general, para alentar las prácticas empresariales responsables. (Negrilla fuera de texto original). (Montesinos Padilla, C., 2018, p.184)

(...) los Principios Ruggie urgen a los Estados a preocuparse de los mecanismos generales de regulación y política necesarios para cumplir con su deber de proteger y realizar los derechos de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, así como de la articulación de mecanismos efectivos de reparación. Por su parte, recomiendan a las empresas tanto la asunción pública del compromiso de respetar los derechos, como la adopción de un procedimiento de diligencia debida que les permita prevenir, mitigar y remediar impactos negativos de su actividad. Esta distinción entre el deber de los Estados de proteger y la responsabilidad de las empresas de respetar ha sido ampliamente criticada, como también lo ha sido su naturaleza «meramente voluntaria». Sin embargo, y aunque sin obviar sus deficiencias, los Principios Rectores no solo han puesto de manifiesto que «es posible alcanzar un grado significativo de convergencia de normas, políticas y prácticas», sino que las funciones que vienen demostrando desempeñar hacen cada vez más difícil su encuadramiento en la taxonomía del soft law. (Negrilla fuera de texto original). (Montesinos Padilla, C., 2018, p. 188 – 189)

Por otra parte, existen otros pronunciamientos jurisprudenciales que surgieron de la vulneración del derecho fundamental a la consulta previa, donde la corte constitucional en su gran mayoría los revisa en acciones de tutela, que con la práctica ha resultado como el único mecanismo idóneo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental a la consulta previa.

Del mismo modo, cabe citar a Judith Cristina Santos Pérez, quien obtuvo la figura 17 de Nicho Citacional de la Línea Jurisprudencial, resultado de una investigación reciente y a fin a la presente, quien aplica los aspectos

(...) la licencia ambiental resulta ser el instrumento mediante el cual se puede guardar la integridad y forma de vida de las comunidades étnicas que habitan un territorio que va a ser afectado por un proyecto, y en consecuencia, el otorgar una licencia ambiental que no incluya la consulta previa cuando la actividad autorizada puede afectar a comunidades étnicas, constituye una fuente de vulneración de derechos fundamentales.

De la misma manera, esta corporación hace un recuento de su posición que se ha perfeccionado con el tiempo, trayendo a colación la sentencia SU-039 de 1997, donde se brinda claridad en que no puede tener el valor de consulta previa (...) la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices antes mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica.

Además, la Corte en esta sentencia T-236 de 2017 manifiesta que la lectura del desarrollo jurisprudencial del derecho fundamental a la consulta previa se debe hacer desde tres ópticas:

1. La verificación de la afectación directa como presupuesto para conceder el derecho a la consulta previa,
2. **La consulta previa como requisito indispensable en el marco de procesos de licenciamiento ambiental y,**
3. La aplicación de un juicio de ponderación para el amparo del derecho a la consulta previa.(numeración tomada de la sentencia T-236 de 2017)

Según la segunda óptica, en que se debe analizar el derecho fundamental a la consulta previa, esta sala argumenta su relevancia con el siguiente presupuesto:

La consulta previa es un requisito indispensable para la concesión de una licencia ambiental cuando se afecta a comunidades étnicas

4.4.1. De acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano, cualquier actividad que pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente requiere una licencia ambiental. Gran parte de los pronunciamientos de la Corte sobre el derecho a la consulta previa se han derivado de la expedición de licencias ambientales para proyectos que afectan a las comunidades étnicas. En este sentido, la Corte ha insistido en que la licencia ambiental resulta ser el instrumento mediante el cual se puede guardar la integridad y forma de vida de las comunidades étnicas que habitan un territorio que va a ser afectado por un proyecto, y **en consecuencia, el otorgar una licencia ambiental que no incluya la consulta previa cuando la actividad autorizada puede afectar a comunidades étnicas, constituye una fuente de vulneración de derechos fundamentales.** (Negrilla y Subrayado fuera de texto original)

La Corte, para llegar a tal presupuesto cita una serie de casos en los cuales se había otorgado la licencia ambiental sin haberse realizado previamente la consulta previa, donde la Corte reafirma que la omisión de la consulta previa para otorgar la licencia ambiental era precisamente la fuente de vulneración de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas y ordena en algunos casos la suspensión de obras hasta que no se hicieran los estudios de impacto ambiental de manera adecuada, tomando todas las precauciones necesarias para no causar perjuicios adicionales a la comunidad, el pago de una indemnización.

En estos casos, que cita como precedente jurisprudencial la Corte en sus consideraciones es pertinente referenciar algunos ilustrativos a la materia que se investiga:

1. La sentencia T-880 de 2006, [57] integrantes del Pueblo Indígena Motilón Barí interpusieron una acción de tutela porque el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Sostenible expidió una licencia ambiental para adelantar una obra de explotación petrolera sin consultarlos, debido a que el Ministerio del Interior expidió un certificado en el cual hacía constar que no existían comunidades

indígenas en el área del proyecto, desconociendo sus derechos a la diversidad cultural y participar de las decisiones que los afectan. En esa oportunidad, **la Corte ordenó suspender las actividades de explotación petrolera, hasta que culminara el proceso de consulta previa que debía adelantar el Ministerio del Interior y de Justicia**, con miras a dar cuenta de la presencia de Pueblos Indígenas en la zona de influencia. (Subrayado y Negrilla fuera de texto original de la sentencia T-236 de 2017)

2. La sentencia T-547 de 2010[59] se resolvió un asunto que se da en el marco de la construcción de un puerto multipropósito en la Guajira y que forma parte del territorio ancestral de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta. **En esa oportunidad las comunidades alegaban que se había concedido la licencia ambiental sin cumplir con un proceso de concertación con las comunidades**, (...) y que, luego de dos años de expedida la citada resolución, el proceso se dio por concluido ante la ausencia de las comunidades indígenas. En este caso la Corte ordenó la suspensión de las obras y la realización de la consulta orientada a establecer los impactos de la ejecución. (Negrilla fuera de texto original de la sentencia T-236 de 2017)

3. En la sentencia T-698 de 2011,[61] la administración municipal de Riosucio – Caldas, concedió una licencia ambiental, sin haber realizado la consulta previa, para la construcción de una estación base de telefonía celular en un predio que está ubicado en un territorio reconocido ancestralmente como jurisdicción del resguardo indígena Cañamomo-Lomaprieta. En esta oportunidad la Sala consideró que la construcción de una estación de comunicaciones podría afectar claramente el derecho al medio ambiente, a la salud y a la cosmovisión de la comunidad y decidió amparar el derecho a la consulta previa. (Subrayado fuera de texto original de la sentencia T-236 de 2017)

4. La sentencia T-462A de 2014[64] se decidió la acción de tutela interpuesta por las comunidades indígenas Honduras y Cerro Tijeras, Cauca, a quienes les fueron vulnerados sus derechos fundamentales a propósito de la construcción de la represa Salvajina, que funciona desde hace 25 años. Por lo que se ordenó la consulta previa para formular diagnósticos de impacto, identificar aquellas afectaciones que fueron imprevisibles a la hora de ejecutar la obra y establecer las medidas de compensación, corrección y mitigación más acordes con los intereses de las comunidades. (Subrayado fuera de texto original de la sentencia T-236 de 2017)

Además, de relacionar estos casos que evidencian la falta de una debida participación efectiva del derecho fundamental de la consulta previa, durante el trámite de licenciamiento ambiental y la posición jurisprudencial tomada por la Corte Constitucional frente al amparo constitucional de la consulta previa, es de parecer necesario también considerar la observancia del siguiente precepto jurisprudencial:

Un procedimiento apropiado es aquel que se basa en la realización de la consulta previa con un nivel de participación que está especialmente diseñado para la garantía de los derechos de los grupos excluidos. Esto es, aquel **que va más allá de la simple participación asociada a la intervención de las comunidades** en los organismos decisorios de carácter nacional o local y que hacen parte de la estructura general sobre la que está fundada la democracia representativa en Colombia. (Subrayado y negrilla fuera de texto original de la sentencia T-236 de 2017)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido algo semejante y relacionado con el artículo 21 de la CADH al disponer:

El Estado podría restringir el uso y goce del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales, siempre que las restricciones: (i) hayan sido previamente establecidas, (ii) sean necesarias, (iii) proporcionales, y (vi) tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. (Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs Paraguay, p. 144 -145)

La corte constitucional, como se refleja ha tenido que interferir directamente, conminando a la administración pública en este caso autoridades ambientales y Ministerio del interior con el propósito de conseguir el cumplimiento de este deber estatal de garantizar la efectividad de la consulta previa, observando que en la práctica real en cuanto la solicitud de licencia ambiental, no ha sido suficiente, atendiendo a que este derecho desde el contenido normativo de los procedimientos ambientales es visto como un requisito meramente administrativo sin observarse el objeto del

mismo que es alcanzar que las comunidades étnicas participen en la definición de los impactos que pueda causar un (POA), así como en las medidas de compensación y mitigación para que estas comunidades no soporten un tipo de afectación que pueda ser más gravosa para la conservación de sus territorios y cultura.

Es así como, en la sentencia reciente la **T-021 de 2019** la Corte Constitucional cita las sentencias más significativas como la **T-103 de 2018**, **SU-123 de 2018**, **SU- 217 de 2017**, **T-129 de 2011** y **C-389 de 2016**, entre otras donde la Corte precisó los principales parámetros normativos a tener en cuenta en forma de precedente jurisprudencial así:

el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas y afrodescendientes sobre medidas que las afecten (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.); (ii) el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta; (iii) por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados. Que la participación sea activa significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea efectiva, indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas; (iv) la consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales; no constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT. Finalmente, (iv) la consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes.

Existen otras fuentes jurisprudenciales, referentes a proyectos de desarrollo productivo del país, licencias ambientales en explotación de recursos no renovables o construcción de obras de infraestructura o represas como: proyectos portuarios (Sentencia T-547 de 2010); antenas de telecomunicaciones (Sentencia T-698 de 2011 y T-005 de 2016); infraestructura de servicios públicos (Sentencias T-969 de 2014 y T-197 de

2016), vías (Sentencias T-745 de 2010; T-129 de 2011; T-993 de 2012 y T-657 de 2013, y T-436 de 2016,)), de las que se tiene en común que se trata de acciones de tutela en revisión y la posición de la Corte Constitucional se mantiene en brindar el amparo del derecho a la consulta previa, pese al desconocimiento de este derecho durante el trámite administrativo.

La legislación y la jurisprudencia colombiana, también incorporan fundamental la participación de las comunidades étnicas y afrocolombianas, a partir de la elaboración de los estudios de impacto ambiental que son necesarios en algunos casos donde se genera mayor afectación a los recursos naturales previo a la concesión de la licencia ambiental, debido a que se toma como un instrumento para determinar desde un inicio, las posibles afectaciones que se causan con un proyecto, obra o actividad sobre un grupo étnico.

Dicho esto, es bueno dar conocer como la jurisprudencia así lo ha considerado desde hace más de una década de la siguiente forma:

ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL: Instrumento básico para la toma de decisiones con respecto a obras y actividades que afecten o puedan afectar significativamente el ambiente natural, creado y cultural. Debe contener la información sobre: La localización del proyecto y los elementos abióticos, bióticos y socioeconómicos que puedan sufrir deterioro por la respectiva obra o actividad, para cuya ejecución se pide la licencia; la evaluación de los impactos que puedan producirse y el diseño de los planes de prevención, mitigación, corrección y compensación de impactos y el plan de manejo ambiental de la obra o actividad (Corte Constitucional, Sentencia C- 649 de 1997).

Informado esto, es posible comprender que el objeto de un estudio de impacto ambiental es conocer, informar y evaluar los impactos generados en el ambiente, mediante un (POA) al igual que identificar el área donde pretende adelantarse y las características de diversidad entorno a esta área

ya sean físicas, bióticas o ecosistémicas a partir de lo cual se establezcan acciones necesarias para evitar, mitigar, corregir, compensar los impactos negativos detectados.

El Impacto Ambiental generado en las comunidades étnicas de Colombia por la aprobación de licencias ambientales de explotación de recursos naturales.

El impacto ambiental en una comunidad indígena se define jurisprudencialmente como el efecto negativo de una explotación que limita la capacidad de goce y defensa de las comunidades indígenas frente a los recursos naturales, la tierra entre otros que constituyen su medio de subsistencia como comunidad.

A causa de la aprobación de licencias ambientales, se insiste por los máximos órganos jurisdiccionales, en que el estudio de impacto ambiental es el instrumento básico para la toma de decisiones sobre los proyectos, obras o actividades que requieren licencia ambiental y se exigirá en todos los casos en que se requiera licencia ambiental de acuerdo con la ley y este reglamento.

En jurisprudencia del Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta M.P: Martha Teresa Briceño De Valencia, Radicación número: 44001-23-33-000-2016-00079-01, del trece (13) de octubre de dos mil dieciséis (2016), este máximo tribunal en la resolución de algunas impugnaciones impuestas a un fallo de tutela en segunda instancia, decide confirmar el amparo inicialmente ordenado sobre la comunidad “La Horqueta 2” la cual se demostró se afectaba directamente por la obra de desviación parcial del Arroyo Bruno, pues este es una fuente hídrica para la supervivencia de esta comunidad y de otras por lo que esta

sala considero además cual es el objetivo que persigue la realización efectiva de la consulta previa de la siguiente manera:

El objetivo principal de la consulta previa es establecer un diálogo con el respectivo grupo étnico, que favorezca la adopción de las medidas administrativas o legislativas y al mismo tiempo mantener incólume su integridad étnica y cultural.”

Es decir para el caso,

(...) un ejercicio de indagación que, mediante el uso de las metodologías y los recursos disponibles, se propusiera determinar los verdaderos valores, bajo las condiciones denunciadas, del impacto.

En este mismo fallo se reitera un pronunciamiento de la Corte Constitucional en Sentencia T-693 de 2011 sobre una acción de tutela que trato aspectos de la materia que se discute, en particular sobre el concepto de territorio de las comunidades indígenas a nivel jurídico, haciendo énfasis en esto:

EL TERRITORIO DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS ABARCA:

- Áreas tituladas, habitadas y explotadas por una comunidad
- Áreas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades culturales y económicas, en su relación espiritual con la tierra.

Lo anterior, acorde con el precedente jurisprudencial, se reitera tiene que ver con evitar se limite el concepto jurídico de territorio de las

comunidades indígenas en trasgresión a sus derechos fundamentales entre estos el de consulta previa.

Pudiendo extraerse de esta misma cita que para lograr la protección efectiva de los derechos de las comunidades indígenas en Colombia, es forzoso que el Estado a través de sus entidades competentes, tenga en cuenta este concepto jurídico de territorio de las comunidades, en los procesos de delimitación territorial, exploración y explotación de recursos naturales en territorios indígenas.

De este análisis se busca determinar que las entidades adscritas al estado con funciones basadas en la protección y no violación de los derechos de las comunidades indígenas reconozcan este concepto amplio del territorio indígena y adopten con base a este, medidas tendientes a desarrollar y garantizar las formas de vida de las comunidades indígenas que puedan ser afectadas por un proyecto obra o actividad.

Es importante señalar que esta sala del Consejo de Estado puso de relieve el problema hallado y que motivo la realización de esta investigación pues preciso en el caso presentado que existe:

Descoordinación institucional de las entidades llamadas a hacer parte del proceso del otorgamiento de licencias y de la respectiva verificación de la existencia o no de parcialidades indígenas cuyos intereses llegaran a resultar lesionados por aquellas, pues, justificadas en sus competencias legales, tales entidades fragmentan un proceso que por antonomasia debería ser compacto, y generan vacíos metodológicos y prácticos en las labores de campo de su competencia, que resultan en espacios idóneos para la violación de los derechos de las comunidades precisamente llamadas a ser protegidas por ellas. (Negrilla y Subrayado fuera de texto original de la sentencia del Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta M.P: Martha Teresa

Briceño De Valencia, Radicación número: 44001-23-33-000-2016-00079-01)

En breve, los distintos pronunciamientos jurisprudenciales han reiterado la obligación de vincular a las comunidades étnicas que se encuentren en la zona de influencia del proyecto para la realización del estudio de impacto ambiental dentro del trámite de licenciamiento ambiental, aun cuando estas comunidades no cuenten con las certificaciones de reconocimiento exigidas y que este proceso de consulta se puede aplicar en las distintas fases de determinado proyecto, obra o actividad, cuando excepcionalmente diere lugar, pues la principal regla es que su realización sea de forma previa, libre e informada.

Es importante también indicar que casi la totalidad de los fallos que sirven de precedente jurisprudencial, son el resultado de la acción de tutela definida por la Corte Constitucional como un mecanismo procedente e idóneo para solicitar la protección del derecho a la consulta previa en la expedición de una decisión administrativa como resulta ser la aprobación de la licencia ambiental.

Señala la sentencia de la Corte Constitucional T-021 de 2019, M.P. Alberto Rojas Ríos:

La protección que ofrecen las acciones contenciosas al derecho de la consulta previa es insuficiente, porque “estudiar la legalidad de un acto administrativo no implica que se adopten modos de resarcimiento que serían propios del juez de amparo de derecho, rol que obedece a su función protectora de los derechos fundamentales”

Especialmente quienes integran esta corporación coinciden en considerar que el medio de control de nulidad o nulidad y

restablecimiento del derecho no se puede pensar son mecanismos judiciales idóneos para proteger el derecho de la consulta previa de las comunidades indígenas. Este mecanismo se acompaña en ocasiones de la solicitud de una medida cautelar de suspensión provisional del acto administrativo que impartió aprobación a la licencia ambiental.

En definitiva, el acatamiento al precedente constitucional actual, es un requisito indispensable para alcanzar la plena eficacia del derecho a la consulta previa en el procedimiento del licenciamiento ambiental, pues de esta manera se garantizan también otros derechos como: la integridad cultural, la libre determinación, el territorio, la salud, la autonomía el uso de los recursos naturales, etc.

6. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS EN LAS COMUNIDADES INDIGENAS

El Derecho a la consulta previa y al medio ambiente son derechos fundamentales como tal que se encuentran incorporados en la Constitución Nacional, por lo tanto son bienes jurídicamente tutelados y susceptibles de ser protegidos por el Estado como de su preservación.

El Estado Colombiano, en el marco del derecho internacional vigente es responsable del cumplimiento de algunas obligaciones y/o deberes en relación con los derechos humanos tales como el deber de respetar, el deber de proteger y el deber de cumplir, orientados estos en el cumplimiento de los fines del Estado.

Antes de examinar la responsabilidad del Estado en la toma de decisiones administrativas se debe precisar que, **el deber de respetar en el marco del licenciamiento ambiental:** ha consistido con base a la doctrina en la abstención por parte del estado de interferir en el disfrute de los derechos de la población, lo cual impide que el Estado o sus entidades adscritas al mismo por descentralización, emitan actos administrativos que generen vulneración de los derechos de un individuo o de un grupo de personas.

Este deber de respetar del Estado, analizado a la luz de la expedición de licencias ambientales por parte de una entidad adscrita al estado resulta en algunos casos menoscabando el disfrute de los derechos de las comunidades indígenas de Colombia.

Este menoscabo generado por la aprobación de licencias ambientales, ha hecho que las comunidades indígenas no sean consultadas de manera previa, ni tenidas en cuenta para decidir sobre las afectaciones que se pudiesen presentar en su medio ambiente.

Con esto quiero decir, que las comunidades indígenas padecen la vulneración o el menoscabo de sus derechos fundamentales, reconocidos y contenidos en la Constitución Nacional directamente por el aval del Estado, quien además obvia el deber de exigir el respeto de sus derechos previo a decidir una medida administrativa que los consigue afectar y desplazar.

El deber de proteger en el marco del licenciamiento ambiental: este deber se fundamenta en la obligación que le asiste al Estado Colombiano de proteger a la población en general de las arbitrariedades que se puedan presentar por parte del mismo Estado a través de sus funcionarios o terceros interesados en ejecutar un Proyecto, Obra o Actividad, como de prevenir, mitigar y reparar posibles vulneraciones o impedir por medio de leyes con carácter vinculante u otras medidas administrativas se protejan los derechos humanos de la población.

El propósito de este deber, parte de que el Estado debe encargarse de no permitir se vulneren los derechos de las comunidades indígenas por parte de decisiones proferidas por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales el Ministerio del Interior, entre otras, ya sea por acción u omisión.

El Estado bajo esta estipulación debe procurar de la misma manera existan los instrumentos jurídicos, como los medios idóneos en defensa y respeto de los derechos humanos de las comunidades indígenas.

En el momento es más notable que las comunidades exijan el respeto de su derecho a la consulta previa, el amparo de derechos al debido proceso al momento de ser oídos, derecho de petición, igualdad, ambiente sano e identidad cultural.

Para Gamboa, J. C., en su escrito de los Pueblos Indígenas y medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión o la CIDH y Corte IDH, la Corte o el Tribunal) han venido trabajando, principalmente a partir de este milenio, en el análisis de casos contenciosos donde se han sentado importantes estándares en el reconocimiento de los derechos de los Pueblos Indígenas en las Américas, citando de algunos las siguientes apreciaciones:

La Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 146, señaló que:

Los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural. (Gamboa, J.C., p. 4)

Así mismo, en esa misma sentencia menciona que “el artículo 21 de la CADH protege tanto las tierras de las comunidades indígenas o tribales como los recursos naturales que en ellas se encuentren, necesarios para su supervivencia física o cultural.” (Gamboa, J.C, p.4)

En el mismo sentido es importante lo señalado en el caso de la comunidad indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214., párr. 215 y 275. Por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al expresar en el caso de estudio que: “la falta de acceso y

goce de sus recursos naturales había condenado a las comunidades a condiciones de miseria y marginalización” (Gamboa, J.C., p. 5)

Esto, es relevante para que los Estados, consideren la importancia del respeto por los derechos de las comunidades indígenas, quienes a diario luchan por la supervivencia de sus culturas, a su vez que se exhorta a los Estados, para que no incurran en sus actuaciones en flagrantes vulneraciones en los derechos humanos de que gozan los pueblos indígenas.

Gamboa, J.C. también nos comparte que la CIDH:

(...) ha sostenido en otras ocasiones que el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. (Gamboa, p. 4), es decir, que es responsable el Estado, cuando no actué u omite tomar las medidas necesarias para prevenir o mitigar el impacto que se puede causar con una medida legislativa o administrativa sobre un grupo étnico.

(...) De manera concomitante al deber de preservar los recursos naturales ubicados en sus territorios, las comunidades tradicionales también tienen el derecho a ser protegidas por el Estado cuando dichos recursos naturales son explotados. En consideración al daño potencial al que quedan expuestas las comunidades tradicionales por la realización de POA en sus territorios, en sentencia de unificación, la Corte manifestó la necesidad de armonizar la planificación, manejo y aprovechamiento de los recursos naturales con la salvaguarda de las comunidades que allí habitan. Para dicha incorporación ello se traduce en balancear el desarrollo económico del país, que exige la explotación de dichos recursos, con la preservación de las comunidades tradicionales. (Vallejo Trujillo, 2016, p. 149).

Lo peor es que mientras se aboga por que la senda del desarrollo tenga en cuenta los objetivos que imprime la sostenibilidad, para el Estado

colombiano, “prima la racionalidad economicista; se ha demostrado cómo los instrumentos de control para el desarrollo de proyectos o actividades son cada vez más laxos, permisivos y regresivos.” (Sleman-Chams, Velásquez Muñoz 2016, p. 509)

Es así, como resulta primordial que el Estado, por medio de sus entidades descentralizadas valore y de relevancia a la protección de los derechos humanos de las comunidades indígenas, de esta forma se descongestionaría el sistema judicial. Pues lamentablemente en la actualidad ni siquiera las entidades encargadas por velar por la protección de los derechos de estas comunidades acepta o reconoce el precedente jurisprudencial, que ampliamente se ha decantado en Colombia.

Resulta interesante la atribución de responsabilidad realizada por la Corte a las entidades oficiales, pues para esta corporación su actitud pasiva en la protección de los derechos fundamentales de las comunidades contribuye a su desaparición forzada, la que finamente se configura en un etnocidio perpetrado. Y es que la importancia que reviste la protección de los territorios para la preservación de las comunidades y sus culturas, es de tal magnitud, que la Corte ha limitado el derecho a la libre autodeterminación y ha supeditado el interés general al derecho a la supervivencia que tienen las comunidades tradicionales. (Vallejo Trujillo F, 2016, p. 150).

En todo caso, no se pretende que el gobierno nacional sea condenado por el incumplimiento de los deberes constitucionales de los que es responsable, sino por el contrario que se impulse en su práctica decisoria en lo que respecta a las comunidades indígenas a reconocer el carácter vinculante que rodea la consulta y evitarse de esta manera se continúe perpetuando la vulneración a este derecho por medio de los distintas medidas administrativas.

7. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR AFECTACIÓN DIRECTA AL MEDIO AMBIENTE CAUSADA POR TERCEROS

Para el ser humano durante muchos años no era tan primordial velar por un ambiente sano para su desarrollo físico y cultural, pero en la actualidad eso ha cambiado, teniendo entonces que valorar el medio ambiente, para la Real Academia Española, el ambiente puede ser definido como un “Conjunto de condiciones o circunstancias físicas, sociales, económicas, etc., de un lugar, una colectividad o una época.”, así mismo, se ha definido “como el conjunto de comunidades bióticas y factores abióticos que se encuentran en la biosfera.” (Güiza Suárez, 2008, p. 311). Por lo tanto el medio ambiente será entonces el sitio en el que concurren esas condiciones o circunstancias físicas, sociales, económicas y que al causarse un cambio dentro del mismo se afectará directa o indirectamente a una persona o comunidad.

Colombia es uno de los países más biodiversos del mundo, lo que ha permitido que cada vez más entidades particulares, tanto extranjeras como nacionales, se interesen por explotar sus recursos naturales, lo que, en su mayoría ha significado un deterioro en el medio ambiente y afectación directa sobre territorios indígenas. Este deterioro que si bien debe ser reparado por el causante del daño, pero en ocasiones no es posible cuando se destruye, pues el impacto que tienen algunos (POA) es irreparable.

Aunque, dentro de la legislación se contemplan una serie de requerimientos, de multas y sanciones para los agentes privados que generen un impacto o daño ambiental, podría afirmarse que es el mismo Estado a través de sus entidades quien en ocasiones autoriza la generación de graves impactos, ante lo cual debe responder solidariamente por el detrimento causado, esto atendiendo al incumplimiento de sus funciones y

que permitiría se le imputara en particular el desmejore del ambiente o los ecosistemas, atendiendo que este derecho de un ambiente sano está bajo su supervisión, máxime cuando ello puede traer repercusiones a los habitantes de las zonas aledañas al sitio del daño ambiental que como se estudia en la presente investigación podrían ser comunidades indígenas.

El andamiaje de responsabilidades que recaen sobre el Estado Colombiano, ha sido reconocido de igual forma en jurisprudencias de las altas cortes y reiterado varias decisiones, en especial por medio de la siguiente sentencia en la cual se ratifican los deberes del estado de la siguiente manera:

“mientras por una parte se reconoce el medio ambiente sano como un derecho del cual son titulares todas las personas -quienes a su vez están legitimadas para participar en las decisiones que puedan afectarlo y deben colaborar en su conservación-, por la otra se le impone al Estado los deberes correlativos de: **1) proteger su diversidad e integridad, 2) salvaguardar las riquezas naturales de la Nación, 3) conservar las áreas de especial importancia ecológica, 4) fomentar la educación ambiental, 5) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para así garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, 6) prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, 7) imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente y 8) cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas de frontera.** (Negrilla fuera de texto original de la Sentencia C-123/2014. Corte Constitucional.)

En la actualidad dadas las desfavorables noticias sobre los graves impactos ambientales a causa de las exploraciones mineras u obras que requieren la extracción y explotación de recursos naturales y actividades encaminadas a mejorar la economía del país, hace necesario recapitular lo que ha venido vulnerando derechos fundamentales para el ser humano, como el derecho al agua, al equilibrio ecológico, el goce de un ambiente

sano, el desarrollo sostenible, la seguridad alimentaria y la conservación de áreas de especial relevancia ecológica, entre otros.

Por lo anterior, resulta necesario cuestionarse y estudiar ¿el estado tiene algún tipo de responsabilidad en el deterioro ambiental que se genera por una actividad desarrollada por una entidad no estatal, y que genera un impacto negativo directo o indirecto en las condiciones de vida de las comunidades aledañas a la zona del detrimento?

De ahí que, el objetivo del presente capítulo será determinar las posibles causas por las que el Estado es responsable del daño ambiental generado por los distintos proyectos ejecutados por terceros en Colombia.

Para desarrollar el cuestionamiento planteado, es necesario en primer lugar efectuar un análisis de los conceptos base del presente escrito, esto atendiendo a que para solucionar el planteamiento del presente Capítulo se deben tener claras las definiciones de cada una de los aspectos que lo componen.

Es por esto, que en relación a nuestra constitución política Leonardo Güiza ha considerado lo siguiente:

En la Carta Política de Colombia de 1991 se consagraron importantes disposiciones que se relacionan con el tema ambiental, a diferencia de la Carta de 1886, que no contenía ningún artículo específico sobre la materia. En la última Constitución existen numerosas disposiciones referentes al bien jurídico ambiental; según la Corte Constitucional, "de una lectura sistemática, axiológica y finalista, surge el concepto de Constitución ecológica". (Güiza, 2008, p. 315)

Ahora bien, debe entenderse el deterioro como un daño, un menoscabo, un perjuicio que se causa al ambiente, producto de la

inobservancia de las normas vigentes reguladoras de la forma de explotación de recursos naturales, actuación que desencadena una situación negativa para una comunidad o persona, lo cual genera que sus derechos se vean disminuidos.

Teniendo en cuenta las definiciones anteriormente señaladas, se tiene que el deterioro ambiental es una consecuencia de alguna actuación efectuada por el ser humano en algún entorno que tiene repercusiones en la vida o desarrollo de otros seres vivos que se encuentran dentro del mismo, para (Henao, 2007, p. 84) en materia ambiental “El daño en sentido jurídico reproduce el sentido común del término: la alteración negativa de un estado de las cosas existente.”, por otro lado, es relevante mencionar que un daño ambiental (Henao, 2002, p. 14), se distingue por afectar el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes, así como por ser supraindividual, con estos valiosos aportes se tiene que un daño ambiental además de afectar el normal funcionamiento de un ecosistema, debe ser estudiado de forma colectiva, es decir, siempre afectará a una colectividad, así como dentro de las normas nacionales es estudiado como un derecho colectivo.

Aunado a lo anterior, La ley 99 de 1993, en el artículo 42, define el daño ambiental como “el que afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes” (Díaz, Díaz y Restrepo 2014, p. 56), una vez establecido qué se entiende por daño ambiental, dentro del mismo artículo, se estipulan unos lineamientos con el fin de tasar o fijar unas cifras remuneratorias que buscan indemnizar por el daño ambiental causado, por tanto, se efectúa una tasación de daños que son representables en dinero, es decir, que se realizan unos cobros de tasas retributivas y compensatorias por el uso de los recursos medioambientales.

En la Constitución Política de Colombia se consagra en su artículo segundo la obligación del estado de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución razón por la cual, se puede afirmar en principio que el estado es el encargado de velar por la preservación y cuidado del ambiente dentro del territorio nacional, así como debe propender por el cabal cumplimiento del derecho al ambiente sano que se encuentra contenido dentro del artículo 79 de la Constitución, el cual a su vez afirma ... **es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente**, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines. (subrayado y negrilla fuera de texto original)

No obstante, es importante estudiar en qué casos existe una responsabilidad por parte del estado, por tanto, ha de mencionarse lo plasmado en el Artículo 90 de la Constitución Política:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. (Constitución Política, 1991)

La CIDH en relación al caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam al respecto consideró:

El derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido [si no] estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio. Por ello, la titularidad de la tierra está unida a la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales [...], lo que a su vez, mantiene [el] estilo de vida” de las comunidades. Los recursos que están protegidos por

el derecho de propiedad comunitaria son los que las comunidades han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad de [su] estilo de vida. (Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, párrs. 121 y 122. En el mismo sentido, Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá, párr. 112.)

Por eso, la realización, por el Estado o terceros, de actividades que puedan “afectar la integridad de las tierras y recursos naturales” deben seguir ciertas pautas que el Estado debe garantizar: la participación efectiva de las comunidades afectadas; su beneficio en términos razonables y la previa realización de estudios de impactos sociales y ambientales. (Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, párrs. 129)

De lo anterior, se evidencian distintos elementos que deben ser brevemente estudiados en el presente escrito con el fin de lograr tener absoluta claridad sobre la responsabilidad del Estado que lo obligue a responder patrimonialmente por un daño antijurídico.

En este punto es necesario precisar que la imputación jurídica está ligada pero no se confunde con la causación material, por cuanto a veces se produce una confusión entre tales conceptos, puesto que no siempre que se produzca un hecho material o daño, desplegado por el deudor ocasionará automática-mente el deber de indemnizar o reparar a su cargo, puesto que resulta necesario un examen de imputación para que ello ocurra. (Gil, 2013, p. 489, como se citó en Figueroa, 2016, p. 96)

Por tanto, se tiene que la responsabilidad del estado surge de dos elementos, en primer lugar, un daño antijurídico, definido jurisprudencialmente por el Consejo de Estado (Sentencia 21515, 2012) como “la lesión de un interés del administrado, que causa un detrimento patrimonial o extrapatrimonial el cual carece de un título jurídico válido y excede el conjunto de cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social”; en segundo lugar se encuentra la imputación, la cual ha sido definida por la sala tercera del mismo Consejo de Estado (Sentencia 7622,

1993), determinó que “La imputación es el elemento o vínculo que permite evidenciar la relación causal entre ese daño y el sujeto que lo produce”.

Ahora bien, Figueroa (2016, p. 1-180) afirma que “... la denominada imputación jurídica supone el establecer o identificar aquel fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado daño antijurídico a partir de los diferentes regímenes y títulos de imputación”; se ha entonces de mencionar que existen dos regímenes por los cuales se puede imputar al estado, uno llamado régimen subjetivo, dentro del cual se encuentra la falla en el servicio, y el segundo que es el régimen objetivo, dentro del cual se encajan el daño especial y el riesgo excepcional, lo que diferencia uno de otro, es la culpa, la cual se encuentra definida así:

En el incumplimiento de un deber jurídico a su cargo. Así, mientras que en el régimen subjetivo, para atribuir un daño antijurídico al Estado debe probarse dicho incumplimiento normativo, en el régimen objetivo, fundamentado en actuaciones lícitas de la Administración bastará con acreditarse el daño y la relación de causalidad entre aquel y la actuación del Estado, sin que se requiera analizar si se produjo dicho incumplimiento o culpa.

Por lo antedicho, resulta claro que para entender si existe o no una responsabilidad por parte del estado, en primer lugar se debe efectuar un estudio en cada caso de los elementos anteriormente definidos, los cuales son, un hecho material, un daño, un nexo de causalidad entre ambos por una acción u omisión de una entidad administrativa.

Es así que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos destacó:

Que en atención al principio de seguridad jurídica, es necesario materializar los derechos territoriales de los pueblos indígenas a través de la adopción de medidas legislativas y administrativas necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación, que reconozca tales derechos en la práctica y los haga oponibles ante las propias autoridades estatales o frente a terceros. (Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, párr. 133.)

El Estado Colombiano puede pensarse presenta en la actualidad un incumplimiento de los artículos 1.1 y 2 de la Convención, que prescriben, respectivamente, las obligaciones de respetar y garantizar los derechos, y adoptar disposiciones de derecho interno.

Por lo tanto para conocer, si es posible imputar al estado por un deterioro ambiental causado por un tercero, lo cual en muchos casos puede sonar absurdo pues quien causa el daño es quien tiene la responsabilidad de repararlo, no obstante, debe estudiarse desde la perspectiva que ha sido aplicada en otros casos por organos internacionales, donde se ha logrado determinar que el Estado responde o indemniza a las victimas de un daño causado por un particular, es así que:

(...) en principio, la imputación está ausente precisamente porque es un tercero el que ha causado el daño. No queremos con ello significar que cuando el tercero causa el daño se genera automáticamente la exoneración del Estado. Ya que múltiples son los antecedentes de la jurisprudencia nacional en los cuales se condena al Estado a pesar de que la causa inmediata del daño se atribuya a un tercero. De lo que se trata en esta hipótesis es de encontrar hechos dañinos imputables al Estado, que hagan operar alguna de las teorías que justifican el deber reparatorio. (Henaó, 2002, p. 14)

En el caso del deterioro ambiental, se debe tener en cuenta que no es posible delimitar el título de imputación que se puede aplicar a todas las actuaciones del estado, esto ya que se debe efectuar un estudio arduo en cada caso en concreto, es así que en primer lugar se ha de estudiar el título de imputación de falla en el servicio, misma que se define, según Orjuela

(2016, p. 5) como una imputación que “corresponde al régimen de responsabilidad subjetiva, donde predomina la culpa de la administración por extralimitación de funciones, retardo en el cumplimiento de obligaciones, obligaciones cumplidas de forma tardía o defectuosa, o por el incumplimiento de obligaciones a cargo del Estado.”

Respecto a las obligaciones constitucionales del Estado, en primer lugar, se debe partir del artículo segundo de la Constitución Política de Colombia (1991), “Son fines esenciales del Estado: ... garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”, aunado a esto, es de recordarse que el ambiente sano es un derecho contenido dentro de la Constitución, por tanto es un mandato constitucional su protección y se entendería que el Estado es el garante para que ese derecho sea respetado, se puede afirmar que tiene el deber de proteger el mencionado derecho, teniendo en cuenta cuatro aspectos básicos, los cuales serían la prevención, la mitigación, la indemnización y/o exigencia de que se indemnice, dentro de estos aspectos se contienen deberes preceptuados dentro de la constitución, así:

I. El Estado colombiano tiene el deber de prevenir los daños ambientales, contemplado en los siguientes preceptos constitucionales:

- a. prevenir los factores de deterioro ambiental (art. 80 inciso 2°);
- b. planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (art. 80 inciso 1°);
- c. fomentar la educación ambiental (art. 67; art. 79 inciso 2°);
- d. garantizar la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectar el ambiente (art. 79 inciso 1°); e. conservar las áreas de especial importancia ecológica (art. 79 inciso 2°).

II. El Estado colombiano tiene el deber de mitigar los daños ambientales, contemplado en los siguientes preceptos constitucionales:

- a. controlar los factores de deterioro ambiental (art. 80 inciso 2°);
- b. intervenir, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir 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 (art. 334).

III. El Estado colombiano tiene el deber de indemnizar y exigir la indemnización de los daños ambientales, contemplado en los siguientes preceptos constitucionales:

- a. responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas (art. 90);
- b. exigir la reparación de los daños causados al ambiente (art. 80 inciso 2°). (contenido extraído de la Constitución Política de 1991)

El Estado colombiano también tiene el deber de sancionar penal y/o administrativamente los daños ambientales, contemplado en el inciso 2° del artículo 80 constitucional.

Según Leonardo Güiza, de lo anterior se colige que el Estado colombiano, a través de sus autoridades ambientales, tiene el deber de prevenir, mitigar, indemnizar, exigir la indemnización y sancionar penal y/o administrativamente los daños ambientales. Por lo tanto, una vez producido un daño ambiental, el Estado, en virtud de su deber constitucional, está en la obligación de sancionar penal y/o administrativamente al delincuente o infractor y además exigir la indemnización. (Guiza, 2011, p. 316)

Es así que podría determinarse que el Estado tiene un grado de culpa imputable a éste y que implicaría que tuviere que responder por un deterioro ambiental, aunque no se haya causado directamente por el mismo, esto

atiende a que existiría una falla en el servicio al inobservar una de sus funciones impuestas por mandato constitucional, según Henao (2002, p. 14), “el Estado incurre en una falla del servicio, por ejemplo, porque a ciencia y paciencia permitió que una actividad ilícita contaminante operara, se le debe condenar”.

No obstante lo anterior, no se quiere decir que todos los daños ambientales causados por particulares puedan conllevar una responsabilidad para el Estado pues es vital, para el caso de la falla en el servicio determinar si hubo una violación o contravención a normas ambientales pre establecidas, pues es allí donde radicaría la “culpa” del Estado en el deterioro ocurrido, ya que de no ser así se podía tratar de un régimen de imputación objetivo, el cual se estudiará más adelante.

En sentencia del 18 de julio de 2012 proferida por el H. Consejo de Estado, M.P. Dra. OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ, radicado 25000-23-26-000-1996-02146-01, se hace un importante aporte que resulta relevante en el presente estudio pues diferencia de forma suficiente el régimen objetivo del subjetivo en materia ambiental, al afirmar:

REGIMEN OBJETIVO - Aplicable por daños con afectación del medio ambiente / REGIMEN SUBJETIVO - Por omisión de normas ambientales.

La jurisprudencia civil ha reconocido que la responsabilidad en casos en los que se produzcan daños con afectación del medio ambiente deben estudiarse bajo la óptica de un régimen objetivo. (...) Advierte la Sala la existencia de circunstancias que eventualmente permitirían la elección de uno u otro régimen, v.gr la omisión de normas ambientales que supondrían la aplicación de un régimen subjetivo; o la creación de un riesgo excepcional por parte del Municipio, al autorizar el depósito de desechos industriales peligrosos dentro del casco urbano. Sin embargo, estima la Sala, que en caso de autos, dada la existencia de disposiciones en materia ambiental y de disposición de suelos, la eventual responsabilidad de las entidades

demandadas deberá estudiarse bajo el título de responsabilidad subjetiva por falla en el servicio. (sentencia del Consejo de Estado, M.P. Olga Melida Valle De La Hoz, radicado 25000-23-26-000-1996-02146-01)

Vale precisar que la anterior cita se tomó teniendo en cuenta una demanda presentada en contra de entidades territoriales y contra la Nación, por la muerte de un habitante del municipio de Sibaté a causa de daño ambiental generado por unos desechos altamente cancerígenos producidos por la empresa ETERNIT S.A., en este caso si bien es cierto el Consejo de Estado se abstiene de imputarle una responsabilidad a la Nación por falta de pruebas del nexo causal entre el daño antijurídico sufrido y el acontecimiento demandado, no es menos cierto que se efectúa un breve estudio donde claramente se aportan las diferencias entre el régimen objetivo y subjetivo que intervienen al momento de determinar si existe o no responsabilidad por parte del Estado sobre un hecho demandado, y esgrime unas pautas funcionales para aplicación dentro del caso de la sentencia y otros posibles casos donde se encuentre la afectación al medio ambiente por la actuación de un ente particular, en el cual exista la posibilidad de imputar al estado y el mismo deba responder solidariamente con la entidad particular para indemnizar los perjuicios provocados.

Ahora bien, una vez se ha estudiado la falla del servicio como título de imputación de responsabilidad para el Estado, recordando que la misma hace parte del régimen subjetivo de responsabilidad, es momento de adentrarnos en el régimen objetivo, ya que en el tema del presente escrito, serán mayores las imputaciones que deban hacerse al Estado por régimen objetivo, pues ya que el daño es generado por un tercero, el Estado no tiene un grado directo de culpa en la mayoría de las ocasiones y por tanto se deberán estudiar las figuras de daño especial y riesgo excepcional.

El daño especial y el riesgo excepcional hacen parte del regimen de imputación objetivo, tal y como se había indicado anteriormente, sobre éste no se requiere que se pruebe una culpa por parte del Estado, ya que como lo afirma el Consejo de Estado (Sentencia 29338, 2015, M.P: Hernán Andrade Rincón) esta imputación:

[...] No se centra en la naturaleza de la conducta estatal -la cual en muchas ocasiones se muestra acorde a derecho- sino que comporta el análisis en torno a precisar si el daño sufrido por el asociado se muestra como un desequilibrio injustificado en las cargas públicas que deben soportar normalmente las personas por el hecho de vivir en sociedad. (Subrayado fuera de Texto original de la sentencia)

A su vez, es importante resaltar que las definiciones de Daño Especial y Riesgo Excepcional han sido construidas jurisprudencialmente, es decir, no existe una ley que defina éstos conceptos, es por ello que para su mejor entendimiento se hace necesario citar lo preceptuado por la Sala Tercera del Consejo de Estado, la cual los ha definido de la siguiente manera:

Título de imputación objetivo / RIESGO EXCEPCIONAL - Quien sufre el daño debe acreditar la concreción del riesgo al que fue expuesto En la teoría del riesgo excepcional, el factor de imputación recae sobre el riesgo grave y anormal al que el Estado expone a los administrados, riesgo que trae como consecuencia una ruptura del equilibrio en el reparto de las cargas públicas, circunstancia que compromete la responsabilidad del Estado. (sentencia del Consejo de Estado, M.P. Olga Melida Valle De La Hoz, radicado 25000-23-26-000-1996-02146-01)

En virtud de ese título de imputación, el demandante tiene la obligación de probar la ocurrencia del daño, así como que éste provino de la concreción del riesgo al que fue expuesto, para que – establecidas esas premisas- se pueda deducir la responsabilidad patrimonial del Estado, sin

entrar a analizar la licitud de la conducta del Estado que, para el efecto, resulta irrelevante.

Título de imputación objetivo / daño especial - Desborda el equilibrio de las cargas públicas y rompe con los principios de justicia, solidaridad y equidad.

El otro título de imputación de estirpe objetivo, denominado por la jurisprudencia como de daño especial, traslada el estudio de la imputación, valga la redundancia, al daño mismo desde la perspectiva de la víctima, para deducir si la no reparación del perjuicio causado llegaría a configurar un atentado directo contra los principios constitucionales de justicia, solidaridad y equidad

Entre los principios constitucionales en materia ambiental y de observancia para el Estado y los particulares la Corte Constitucional a través de la sentencia T-021 de 2019, M.P: Alberto Rojas Ríos, define los siguientes que se unifican con el concepto de justicia ambiental así:

JUSTICIA AMBIENTAL-Elementos

La justicia ambiental se compone de cuatro elementos que se hallan en la Constitución de 1991, que además han sido recopilados por la jurisprudencia constitucional, a saber: (i) la justicia distributiva; (ii) la justicia participativa; (iii) el principio de sostenibilidad; y (iv) el principio de precaución.”

DIMENSION DISTRIBUTIVA DE LA JUSTICIA AMBIENTAL-Mandatos

El componente de justicia distributiva respalda el reparto equitativo de las cargas y beneficios ambientales para los habitantes de un Estado, de manera que es inaceptable diferenciar algún sector de la población en razón de su origen étnico, de su género o de su condición socioeconómica. Esa característica se justifica con los siguientes

mandatos: i) el principio de equidad ambiental prima facie, esto es, debe justificarse el reparto inequitativo de bienes y cargas ambientales en el diseño, implementación y aplicación de una política ambiental o en la realización de un programa, obra o actividad que entraña perjuicios ambientales; y ii) el principio de efectiva retribución o compensación, que implica que las personas que padecen cargas o pasivos ambientales producto de una obra, proyectos o medida deben ser compensados. A su vez, esta dimensión de la justicia ambiental comprende las alternativas de mitigación y compensación que reciben las comunidades. (sentencia T-021 de 2019, M.P: Alberto Rojas Ríos)

Una vez se han logrado definir las dos teorías por las cuales puede ser imputado el Estado bajo el régimen objetivo, se ha de precisar que existen variedad de casos en los cuales se le han endilgado responsabilidades al Estado debido a daños causados a la población en su derecho al medio ambiente sano, aunque los casos por daños ambientales contra un Estado, son escasos, hay condenas donde se atribuye responsabilidad al Estado por daños realizados por particulares o agentes privados. De ahí que las comunidades indígenas en Colombia quizá deban acudir a otro tipo de denuncias para ser oídas por el gobierno nacional.

8. COMUNIDADES INDÍGENAS AWÁ “LA CABAÑA” Y NUTABE DE OROBAJO AFECTADAS EN SUS DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y OTROS A CAUSA DE LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS QUE CONTABAN CON UNA LICENCIA AMBIENTAL APROBADA SIN SER CONSULTADOS PREVIAMENTE

Con ocasión al planteamiento que surge en esta investigación, se hace menester traer a colación, dos casos de estudio en particular, en los cuales resulta evidente el menoscabo del derecho fundamental a la consulta previa, a un ambiente sano, a la salud, a la propiedad, a la igualdad y a la integridad étnica y cultural de comunidades indígenas que habitan en el territorio colombiano y las cuales se ven afectadas directamente por las actividades de producción, explotación de hidrocarburos, como de obras que desde que se iniciaron desconocieron su presencia, alteraron su ecosistema, su ambiente, de forma grave, con permisos y licencias ambientales aprobadas por Autoridades Nacionales adscritas al Estado colombiano.

8.1. Caso de la comunidad indígena Awá “la cabaña”

Imagen tomada del grupo indígena



(Diario del Sur, 2018)

La comunidad Awá, y su caso es muy relevante porque se da la protección de sus derecho a la consulta previa y medio ambiente sano mediante un fallo judicial vinculante desde su publicación para todos los jueces de la república, y en donde también se resalta se ampara un cabildo indígena en peligro de extinción que ha padecido los vejámenes del conflicto y de la actividad de explotación de hidrocarburos por varios años a causa de la negligencia y falta de diligencia de entidades administrativas adscritas al gobierno así como de terceros con intereses ajenos a la protección de sus derechos.

La comunidad indígena Awá “La Cabaña”, es un cabildo que vive en pequeños asentamientos construidos ancestralmente en alrededores de los ríos por su declaración contenida en la sentencia judicial a revisar, arribaron a la jurisdicción del municipio de Puerto Asís, Departamento del Putumayo, hace más de seis (6) décadas en el año 1970.

Según la información arrojada por la ONIC (Organización Nacional Indígena de Colombia), esta comunidad indígena está ubicada en el departamento de Nariño y del Putumayo, tiene además presencia en Ecuador su lengua es el Awuapit, su población para el censo realizado por el DANE en el año 2005 estaba estimada en 25.813 personas (DANE. 2005. Censo Nacional de Población).

Su territorio es característico además de su gran biodiversidad por prácticas ancestrales como por sus actividades de subsistencia, mencionando que antiguamente sus actividades se basaba en la cestería y fabricación de utensilios en barro y madera y a la caza, sin embargo en la actualidad predomina la agricultura, está centrada en la técnica de tala y

puadre, como la siembra de Maíz y la crianza de animales, entre otras dirigidas a establecer su economía.

Luego de mencionar las características principales de esta comunidad, se debe decir que por sus características es un grupo de especial protección constitucional para luego pasar a revisar y analizar los hechos que desconocieron sus cosmovisiones y violentaron sus costumbres y tradiciones socioculturales como otros derechos fundamentales entre estos el de consulta previa y un medio ambiente sano.

En principio su reclamación fue expuesta ante la Corte Constitucional como máximo órgano protector de sus derechos, siendo su acción en reclamo amparada después de años de lucha y espera, como de conocimiento nacional por medio de la sentencia de unificación **SU-123 del 2018** del M.P Alberto Rojas Ríos Y Rodrigo Uprimny Yepes.

Esta sentencia judicial clarifica y complementa los criterios jurisprudenciales vigentes relativos a la consulta previa de los pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes, al igual que trata sobre las afectaciones al medio ambiente producto de la dinámica de exploración y explotación petrolera que repercute de forma directa en las comunidades indígenas.

Centrándonos ya en el caso de estudio de la comunidad “AWA”, se debe mencionar en principio que el reclamo de la comunidad se basó en que se le respetarán y garantizarán sus derechos fundamentales que se le habían vulnerado, con ocasión a la aprobación y ejecución de un proyecto de explotación, entre tantos el de la consulta previa, participación democrática, integridad étnica y cultural, medio ambiente, la salud, alimentación y autodeterminación como consecuencia de la exploración y explotación de

hidrocarburos que se realiza en su territorio desde 1998 con la aprobación de una licencia ambiental mediante resolución a partir del año 2009, para: “perforar, explotar y operar pozos, adecuar plataformas existentes, construir nuevas locaciones entre otras (...) se estableció que dentro de la zona de manejo ambiental, para el desarrollo de las actividades del proyecto, una de las áreas de intervención con mayores restricciones incluía “...las comunidades indígenas Páez La Libertad, Inga El Palmar y Awá. ”(Texto extraído de la sentencia SU123 de 2018).

PROBLEMA JURÍDICO ESTABLECIDO SEGÚN EL CASO Y CONSIDERACIONES EN RELACIÓN A LA VULNERACION DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN LA COMUNIDAD AWÀ

Luego, como punto de referencia para analizar el caso planteado y sometido ante un órgano judicial como lo es la Corte Constitucional, se debe considerar el siguiente planteamiento jurídico, establecido con base al problema de investigación en desarrollo:

¿Se vulnera el derecho fundamental a la consulta previa y otros derechos humanos de la comunidad indígena Awá La Cabaña con la expedición de la licencia ambiental número 0937 del 22 de mayo de 2009, y posteriores modificaciones contenidas en las licencias número 1930 de 1º de octubre de 2010 y 0551 del 30 de mayo de 2014?

Para el análisis de este planteamiento, surgido del caso expuesto, se debe tener en cuenta que a partir de la expedición y aprobación de la licencia ambiental en el año 2009, se dio comienzo a las vulneraciones en los derechos humanos de la comunidad Awa, ya que se inició por las empresa privadas VETRA E&P Colombia S.A.S y al Consorcio Colombia Energy, la ejecución de la actividad extractiva de petróleo logrando sobre la comunidad

étnica una afectación directa y en perjuicio de dicha comunidad indígena, derivado de que se certificó la no presencia de la misma en el área de influencia de dicho proyecto, por autoridad administrativa del orden Nacional y en cabeza de la cual se encuentra la salvaguarda del derecho de Consulta Previa.

Desde ese punto de vista, se considera primigeniamente que el acto administrativo de licenciamiento ambiental se expidió y notificó conforme a la ley, debido a las faltas cometidas por parte de Incoder y Ministerio del Interior en las certificaciones emitidas, trámite de certificación el cual **no sirvió ni bastó para garantizar la protección del derecho a la consulta previa, el medio ambiente sano, entre otros de carácter fundamental, sino que por el contrario perpetuo la afectación directa, que se alega se ocasionó en la comunidad Awa.**

Pues aun, cuando se menciona en el acto administrativo que aprobó la licencia ambiental Resolución No. 0937 del 2009, sobre la presencia de comunidades indígenas en la zona de manejo ambiental y con mayores restricciones a las comunidades indígenas (Páez La Libertad, Inga El Palmar y Awá), esas mismas no son tenidas en cuenta o reconocidas para la práctica o eficacia de la consulta previa, dando origen a la vulneración de su derecho fundamental a la consulta previa desde un principio, desencadenando además la vulneración de los derechos humanos de la comunidad Awà, como consecuencia de la afectación directa recaída sobre ella y del impacto ambiental que dejó dicha actividad de explotación en su territorio.

De la misma forma, es procedente esgrimir que la empresa privada aportó certificaciones expedidas por autoridad competente donde se reitera, se resuelve que no existe en el área de trabajo del proyecto de explotación,

presencia de comunidades indígenas tanto en la licencia ambiental primeramente solicitada como en sus modificaciones, lo cual permite ratificar e inferir que se obtuvo la licencia ambiental y sus modificaciones con el lleno de los requisitos tal como se cita en el fallo judicial.

Sin embargo, la supremacía de la realidad permite conocer en el contenido de la sentencia judicial que la Comunidad Awa, inicio y solicitó en el año 2002 ante las autoridades competentes el reconocimiento como parcialidad indígena, es decir que para la fecha de expedición de la licencia ambiental en el 2009 y subsiguientes, hacía ya siete años la comunidad Awa, tenía presencia en el territorio en el cual se reclama fue afectada, diferente es que solo se hizo efectivo su reconocimiento por la entidad competente hasta el año 2010 por medio de la Resolución No. 156 del 22 de octubre del 2010.

Lo anterior significa, que el Ministerio del interior actuó con negligencia y en contra del convenio 169 de la OIT, a razón de que se tomó aproximadamente ocho años para reconocer efectivamente o formalmente a la comunidad indígena Awa, encontrándose en curso para la fecha en el 2010 ya puesto en marcha el proyecto extractivo y con este las múltiples afectaciones en sus derechos entre estos el que resulta de mayor relevancia para la investigación, el derecho a la consulta previa.

En el mismo sentido, se ha de precisar que no es aceptable solamente que la responsabilidad recaiga sobre el Ministerio del interior, sino también sobre la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales- ANLA- que como se ha mencionado en el transcurso de la investigación fue creada con el Decreto 3573 del 27 de septiembre de 2011 y donde una de sus funciones, es el seguimiento a las licencias otorgadas, con la participación de la ciudadanía en los proyectos, con un procedimiento preventivo y

sancionatorio en temas ambientales e igualmente tiene la facultad para ordenar de ser el caso como el presente, la suspensión de trabajos o actividades, de evidenciarse sea necesario.

Entonces, se podría inferir con el caso la siguiente hipótesis de que si (el Estado colombiano obedece a una unidad, en cuanto a la búsqueda del cumplimiento de la Ley en salvaguarda del contenido de la Constitución Nacional), para inferir que se debió notar por la ANLA en su control que efectuará posterior a la aprobación de la licencia ambiental, la afectación directa existente en la comunidad Awa.

De acuerdo con lo narrado previamente, es posible señalar que la consulta previa que solicita la comunidad que se encuentra en extinción, es con el fin de que se identifiquen de manera posterior ya no previamente por las circunstancias de su caso los impactos ambientales, culturales espirituales y sociales sobre territorio que han sufrido por años y dialogar o proponer los acuerdos o medidas para prevenir y mitigar los efectos de la actividad extractiva sobre su territorio y costumbres.

Sin embargo, es válido hacer hincapié a que la razón de que sea posterior el desarrollo de la consulta previa, se debió a que no fue posible que la oficina de consulta previa del Ministerio del Interior y la ANLA reconocieran su presencia como comunidad, en los alrededores del área de ejecución del proyecto extractivo cuando se tuvo la oportunidad desde un inicio, sea por medio de la certificación emitida o en el estudio previo a la aprobación de la licencia ambiental o durante su control de impacto ambiental posterior.

Enfatizando en esto, resulta relevante manifestar lo gravoso que parece ser la omisión cometida por las entidades administrativas accionadas

pues en el caso de estudio del cabildo indígena Awà, la explotación excesiva de recursos naturales en sus territorios por actores económicos del sector privado, afectó de manera directa su supervivencia, el desarrollo de sus prácticas culturales y cosmovisiones de preservación ambiental que buscaban garantizar su alimentación su vitalidad saludable, preservar su unión como grupo étnico y existencia hacia el futuro.

Esta afectación directa hacia la comunidad Awa, correspondió a una realidad de la cual se extrae, se causaron perjuicios en la salud de los integrantes del cabildo, contaminación y amenaza de extinción, a causa de las dificultades presentes durante la explotación de recursos naturales para buscar su alimento y practicar sus ritos y costumbres en los sitios considerados por ellos sagrados.

En el mismo sentido, se constata en el caso de estudio y fuente jurisprudencial de referencia, que una de las razones por las cuales se perpetró la vulneración de los derechos fundamentales entre estos el de consulta previa de la comunidad Awa, corresponde a la debilidad institucional del estado y de forma específica a la debilidad de la regulación en torno a la consulta previa por parte del Ministerio del interior, ya que se evidencia en el caso la falla latente en la certificación de presencia de la comunidad Awa, siendo además lógico con dicha omisión se generara su afectación directa, según su ubicación.

RESOLUCIÓN DEL CASO

Es válido entonces concluir, que la omisión para el presente caso por parte de la entidad administrativa y salvaguarda del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas y afrodescendientes perpetuo y

coadyuvo a que se vulneren los derechos de la comunidad indígena en cuestión entre estos el de consulta previa.

Ante la conclusión precedida, es bueno esgrimir además, porque el Estado debe velar y hacer efectiva la protección y participación de las comunidades étnicas en su toma de decisiones de licenciamiento ambiental y esto se responde con decir que las comunidades indígenas tienen conocimiento basto de sus territorios naturales y ancestrales, aportan al cuidado y preservación de sus territorios considerados hoy los pulmones del mundo.

De la misma forma, la Corte Constitucional pretendió instar al Estado sobre la importancia de salvaguardar los derechos de las comunidades indígenas así como a cambiar o actuar de manera diferente por medio de sus instituciones, haciéndole notar al Estado las deficiencias o fallas expuestas durante el estudio del caso de esta comunidad Awa.

En el presente caso, en la resolución del caso expuesto se exhortó al Gobierno Nacional y al Congreso de la República para que adopten una mejor sistematización o adopten las medidas que permitan ajustar los certificados de presencia de las comunidades indígenas y afro descendientes, a fin de otorgarle autonomía e independencia administrativa y financiera a la entidad encargada de expedirlos.

Finalmente, la Corte Constitucional revocó las decisiones de instancia y amparó los derechos fundamentales a la consulta previa y al ambiente sano de la comunidad Awá “La Cabaña”, dando orden al Ministerio del Interior para que convoque a la comunidad, al consorcio y a las autoridades administrativas ambientales, para que se promueva un acuerdo de consulta previa, siendo pertinente indicar que ya se había afectado directamente a la

comunidad indígena Awà y que si fue negligente la etapa de certificación de la presencia de la comunidad, tampoco se percató su presencia en el control de impacto ambiental de la licencia con el fin de garantizarles su participación.

Así mismo, la sentencia de unificación en cuestión que llevó a que se ampararán los derechos de la comunidad Awà, exhortó al Gobierno Nacional y al Congreso de la República para que adopten las medidas necesarias que permitan ajustar los certificados de presencia de las comunidades indígenas y afro descendientes, a fin de otorgarle autonomía e independencia administrativa y financiera a la entidad encargada de expedirlos, dando así crédito a parte de la palpante problemática que inspiró la presente investigación.

El estudio del caso de la comunidad Awa, también permitió se fijarán reglas jurisprudenciales que se consolidaron con el fin de hacer efectivo el derecho de la consulta previa, de conformidad con el caso concreto y otros que se han presentado o puedan presentarse, las cuales son importantes porque aclaran la finalidad de la consulta previa y la orientación que debe tener su ejecución cuando exista afectación directa con un concepto de territorio más amplio, al igual que refiere sobre la responsabilidad del Estado y de las Empresas privadas por los derechos fundamentales de las comunidades y la diligencia debida de verificar si realmente hay presencia de comunidades indígenas dando valor a su connotación de ser previa su ejecución con el fin de asegurar una idónea participación de las comunidades.

En síntesis, se señala que el Comunicado No. 49 Noviembre 19 de 2018 recoge los puntos de unificación establecidos con ocasión al caso de

estudio de la comunidad Awà (la cabaña) y que resulta de gran trascendencia para Colombia basándose en establecer lo siguiente:

Reglas unificadas por la Sentencia SU-123 de 2018

Objetivo de la consulta previa: “intentar lograr en forma genuina y por un diálogo intercultural el consentimiento con las comunidades indígenas y tribales sobre las medidas (administrativas o legislativas) que las afecten de manera directa, entendiendo que se trata un derecho fundamental e irrenunciable.”

Principios que orientan el proceso de consulta previa: el principio rector que debe guiar el proceso de consulta previa es el de buena de buena fe consistente en la confianza y el entendimiento que debe existir entre las partes en consulta para garantizar con este principio su eficacia, a su vez la participación activa y efectiva de las comunidades étnicas, diálogo intercultural, ausencia de derecho de veto, flexibilidad, información y respeto por la diversidad étnica y cultural.

procedencia de la realización de la consulta previa: “Indicó que la consulta previa procede siempre que exista la posibilidad de afectación directa del grupo étnico, concepto indeterminado que hace referencia al impacto positivo o negativo acompañado de un concepto amplio de territorio”

“Las situaciones en las que ocurre afectación directa incluyen:

(i) el impacto en el territorio físico o el ocupado ancestralmente de la comunidad tradicional; o

(ii) El impacto en el ambiente, la salud o la estructura social, económica, así como cultural del grupo.”(Subrayado fuera de texto original).

parámetros para establecer afectación al derecho de consulta previa:

se deben considerar la debida diligencia del Estado y de las empresas o terceros responsables, teniendo observancia en las obligaciones del Estado en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, la Declaración de Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos y los informes del Relator Especial para los derechos humanos y las libertades de los pueblos indígenas.

El derecho a la consulta previa vinculado con la justicia ambiental: El derecho a la consulta previa se precisa se encuentra vinculado a los imperativos de justicia ambiental, que busca un reparto equitativo y participativo de los costos y beneficios de los proyectos con impactos ambientales diferenciados.

Operatividad de la consulta previa y su aplicabilidad en el tiempo: Se consideró que la consulta debe de ser previa, por lo cual debe existir una preconsulta, sin embargo puede operar en todas las fases del proyecto, obra o actividad ante lo cual se debe tener en cuenta que si surge su realización al momento de haber finalizado el proyecto, obra o actividad este proceso de consulta se dirige con miras a la adopción de actividades, obras o medidas de contingencia para reparar, recomponer, restaurar o recuperar la afectación al tejido cultural, social, económico o ambiental, según el daño sufrido por la comunidad étnica y también opera frente a todo cambio sustancial en las condiciones del proyecto que implique la adopción de nuevas medidas o altere significativamente las medidas inicialmente aprobadas, lo cual hace que se renueve el deber de consulta previa.

En cuanto a la validez de la certificación de presencia de comunidades indígenas en el área de influencia de un proyecto como eximente para el desarrollo de la consulta previa: La corte se refirió a que la misma NO resulta en lo absoluto válida para eximirse de la consulta previa, cuando se advierta o acredite una afectación directa a un pueblo indígena, donde también se

considerará responsable a la entidad administrativa encargada de la certificación. Sin embargo precisa esta corporación que esta debe contener como mínimo un estudio particular y expreso o detallado sobre la posible afectación directa que pueda causar un proyecto, obra o actividad a las comunidades étnicas, con independencia de la limitación del área de influencia.

En cuanto a la obligación de ejercer un control para el cumplimiento o materialización de los acuerdos: se precisa que el Estado y el agente económico tienen la obligación de materializar inspeccionar y cumplir lo pactado en los acuerdos obtenidos con ocasión al proceso de consulta previa.

En cuanto a la no consecución de un acuerdo en el desarrollo del proceso de consulta previa: el Estado debe tomar e implementar la medida, mediante una decisión motivada, que esté desprovista de:

- (i) arbitrariedad y autoritarismo,
- (ii) esté basada en criterios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad respecto del deber de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación;
- (iii) tome en consideración, hasta donde sea posible, las posiciones expresadas por las partes, y en especial el pueblo étnico, durante la consulta;
- (iv) respete los derechos sustantivos reconocidos en el Convenio 169 OIT; y (v) prevea mecanismos eficaces, idóneos y eficientes para atenuar los efectos negativos de la medida sea administrativa o legislativa.

En lo relacionado a las medidas de limitación ordenadas con ocasión a la vulneración del derecho a la consulta previa tratándose en un remedio judicial o valoración del grado de responsabilidad: se precisó que estas deben ser constitucionalmente posibles como necesarias para salvaguardar un interés de

superior jerarquía y que misma resulte menos gravosa en relación con la autonomía y los derechos de los pueblos indígenas, siendo ponderadas de acuerdo a lo siguiente:

- (i) la posición y las propuestas de los actores,
- (ii) el comportamiento de la empresa y en particular si ésta tuvo o no la debida diligencia frente a los derechos del grupo étnico,
- (iii) cuál es la mejor forma de garantizar los derechos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas y de los demás habitantes de los respectivos territorios –tales como el derecho a la vida e integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad y a la salud-,
- (iv) la protección del interés general de la nación colombiana a la diversidad étnica y cultural;
- (v) los derechos de terceros que podrían verse afectados por la suspensión o, por el contrario, por la continuación del proyecto, y
- (vi) el interés general y las potestades inherentes al Estado colombiano.

(Cuadro de elaboración propia)

CONCLUSIONES SITUADAS A CONFIRMAR QUE EN EL CASO DE ESTUDIO NO FUE VINCULANTE EN SENTIDO LATO EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DURANTE EL TRÁMITE DE LICENCIAMIENTO AMBIENTAL

De conformidad, con lo narrado hasta el momento es pertinente en principio, considerar estar de acuerdo con lo dicho por la Corte Constitucional, en cuanto a que el criterio de “afectación directa” es el adecuado y relevante para decidir si es procedente aplicar el proceso de consulta previa o no, ya que con el caso de estudio se pudo concluir que

para determinar la procedencia de la consulta previa no es suficiente la constatación o certificación de la presencia de comunidades étnicas en el área de influencia de un proyecto, obra o actividad, debido a las fallas que ha presentado el procedimiento administrativo de certificación de las comunidades indígenas, frente a la iniciativa de dar inicio a un proyecto obra o actividad.

En el mismo sentido, resulta importante concluir que en el caso de la comunidad indígena Awá “La Cabaña” se hizo evidente y probó que se omitió consultar a la comunidad Awá “La Cabaña” la ejecución del proyecto extractivo previo a la otorgación de la licencia ambiental principal y subsiguientes de modificación y en ese contexto, se ratifica la inexistencia presente de un carácter vinculante eficaz del derecho de consulta previa en el estudio y otorgación de la licencia ambiental con la cual se da inicio a la ejecución de proyectos de gran impacto ambiental, trámite que en la actualidad está a cargo de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales.

Pues, se demostró en el caso de la comunidad Awá se quebrantó su derecho a la consulta previa cuando se otorgó la licencia ambiental y las modificaciones a la misma por medio de las Resoluciones No.0937 de 2009, 1930 de 2010 y 551 de 2014 de 2014, autorizando el proyecto denominado “desarrollo de los Campos Quinde, cohembí y Quillacinga”-, causando como consecuencia una afectación directa a dicha comunidad.

El efecto de la afectación directa, derivada de la inobservancia del carácter vinculante que le asiste al derecho fundamental de consulta previa, en el trámite de otorgación de licencias ambientales, genera se transgredan otros derechos fundamentales de la comunidad indígena como a un ambiente sano, salud, autonomía y territorio, por tal razón, es indispensable

se extienda definitivamente la protección del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas directamente durante el desarrollo del trámite de licenciamiento ambiental, por medio de un control e inspección exigible para corroborar la presencia y afectación posible de un grupo étnico con la participación del Ministerio del Interior y órganos de control.

Adicionalmente, se concluye que se debe corregir y eliminar las fallas y aspectos cometidos por las entidades en cabeza del Estado, si se quieren obtener resultados favorables en la eficacia del derecho a la consulta previa en el procedimiento administrativo de licenciamiento ambiental, toda vez que en el caso de estudio fue notable por la Corte Constitucional que el Ministerio del Interior conculcó para que se vulnerara el derecho a la consulta previa de la comunidad Awá “La Cabaña”, a partir de que certificó que el proyecto de explotación petrolera no afectaba en forma alguna a comunidad indígena posible, sin tener en cuenta una visión amplia del concepto de territorio y de los criterios de afectación directa requisitos fijados según previos precedentes jurisprudenciales en la materia.

8.2. CASO DE LA COMUNIDAD INDÍGENA NUTABE DE OROBAJO



(2018, Mayo 4)

Este caso es pertinente mencionarlo por tratarse de una comunidad indígena que ha sido desplazada de su territorio ancestral y afectada de manera directa en sus derechos a la consulta previa, la cultura, medio ambiente entre otros, por parte de un megaproyecto que obtuvo aprobación de entidades de orden nacional como la hoy Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) y el Ministerio del Interior, generándose a partir de estos actos administrativos principales un desconocimiento de esta comunidad como pueblo indígena de Colombia y a su vez la inminente vulneración del derecho a la consulta previa desde el mismo momento en que cobran firmeza dichos actos administrativos.

Igualmente, se precisa que corresponde a un caso de estudio y polémica nacional que ha llamado la atención de la academia y otros entes

que procuran la protección de los derechos de las comunidades indígenas, siendo analizado, criticado y comentado por las múltiples problemáticas e interrogantes que dé el puedan surgir, lo cual debo manifestar no obstaculiza la pertinencia que presta para el desarrollo de la investigación que se desarrolla, pues su contenido destaca fallas en el procedimiento jurídico de la consulta previa existente en Colombia, lo cual repercute en que este derecho fundamental, no sea vinculante en sentido lato durante el trámite de licenciamiento ambiental actualmente vigente.

Los indígenas Nutabe, son nativos de Orobajo, Sabanalarga que se dedicaban antes de ser afectados en forma directa por el megaproyecto, a la pesca, extracción de oro, sin embargo sus miembros a causa del conflicto armado entre guerrillas en el pasado y en la actualidad del proyecto energético hidruituango, habiendo sufrido a causa de este proyecto desplazamientos de sus territorios ancestrales al Municipio de Ituango y otros aledaños, debiendo dejar atrás su entorno cultural con todo, es decir se despidieron de su medio ambiente en que desarrollaban prácticas ancestrales y otras costumbres que marcaban su historia como comunidad indígena de Colombia, como consecuencia de las actividades desarrolladas por la empresa encargada del proyecto que sepulto parte de sus territorios.

Al respecto, es menester expresar que esta comunidad indígena vivía su cultura ancestral, en el territorio donde hoy se encuentra “hidruituango”, y al estar obligados a su desplazamiento se hace difícil para ellos conservar y practicar sus costumbres ancestrales.

Con esto, se precisa que el desarrollo de una hidroeléctrica en Colombia, no es con lo que se está en desacuerdo, si no por el contrario con los actos de vulneración a los derechos fundamentales de las comunidades

indígenas con los que se pretende lograr quizá un desarrollo del país en general.

Por esta razón, es que resulta importante observar cada caso en los que se han vulnerado los derechos de las comunidades indígenas, específicamente el de la consulta previa teniendo como base la aprobación del estado para ejecutar proyectos de gran magnitud como de mayor impacto ambiental, desconociendo así el contenido pluricultural de la carta política de 1991 sin que exista hasta el momento voluntad por parte del Estado, para remediar de fondo esta problemática.

Adicionalmente se debe hacer hincapié en que esta comunidad se constituyó legalmente, como comunidad indígena de la etnia Nutabe, organizada a través de un cabildo, constituido en asamblea general realizada en junio de 2014, acorde a la Ley 89 de 1890, y posesionado ante la alcaldía municipal de Sabanalarga desde el mes de diciembre de 2014, acorde a la normatividad nacional e internacional vigente, en especial el Convenio 169 de la OIT., como así lo refiere una noticia publicada sobre la vulneración a sus derechos en el año 2016 a causa del proyecto Hidruituango. (Vulneración de derechos étnicos al Cabildo Indígena Nutabe de Orobajo por parte del proyecto Hidroituango y su empresa constructora EPM – Rios Vivos, 2016)

En el mismo sentido, se debe precisar que los derechos que esta comunidad denunció en ese momento y públicamente se le estaban vulnerando por la empresa EPM encargada del proyecto, de forma sistemática corresponden al de territorio, autonomía, cultura, dignidad y consulta previa. Este último derecho lo justificaron vulnerado de la siguiente manera “la negativa sistemática de EPM para negar nuestro derecho al Proceso de Consulta Previa, negando de paso la justa remuneración,

compensación y mitigación de los impactos causados a nuestra comunidad y nuestro territorio por HIDROITUANGO.” (Ríos Vivos, 2016)

Lo anterior, se expresa con el fin de evidenciar que las denuncias de esta comunidad indígena por su afectación directa padecida, a causa del proyecto Hidruituango se hicieron públicas con el fin de evitar su extinción física y cultural por periódicos y otros medios desde siempre que se vieron afectados, sin recibir alguna respuesta de fondo y de forma clara, precisa y congruente en cada uno de los puntos contenidos en sus denuncias públicas, pero por el contrario se continuaba ejecutando el proyecto Hidroituango, toda vez que obtuvo aprobación de la licencia ambiental.

Asimismo, se encontró al respecto, que en un informe de la Contraloría General de la República, se reconoce que no se debió haber otorgado la Licencia Ambiental para Hidroituango por las falencias en sus estudios presentados, como por la inviabilidad social y ambiental que suponía.

CONSIDERACIONES EN RELACIÓN A LA VULNERACION DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y OTROS A LA COMUNIDAD NUTABE DE OROBAJO

En este caso, se precisa que no se garantizó a la comunidad indígena Nutabe de Orobajo, el derecho fundamental a la consulta previa, encaminado en brindar a las comunidades el acceso a la información, a la participación, activa y efectiva de manera previa durante la aprobación de la licencia ambiental del megaproyecto Hidruituango, a causa del desconocimiento por parte de las autoridades administrativas del orden Nacional de su existencia y presencia en el territorio donde se ubicaría Hidruituango.

Cronológicamente, el desconocimiento de la comunidad indígena Nutabe de Orobajo ocurre el día 14 de febrero de 2008, cuando la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, mediante certificación OF108-3 794-DET-100, certificó la no presencia de comunidades indígenas en el área del embalse del proyecto hidruituango.

La anterior certificación, fue solicitada por parte de la empresa encargada de la ejecución del proyecto para obtener por parte del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, la otorgación de la licencia ambiental para el proyecto Central Hidroeléctrica “Pescadero - Ituango” la cual estaba radicada desde el 29 de diciembre de 1999, es decir la certificación sobre la presencia de comunidades indígenas en el área del proyecto se solicitó y se aportó posterior a la solicitud inicial del licenciamiento ambiental.

Luego, al ser evidente que la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, certificó que no existía presencia de comunidades indígenas en el área del embalse del proyecto hidruituango, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en la actualidad conocida como la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales procedió a otorgar la licencia ambiental mediante Resolución N° 0155 del 30 de Enero 2009 para las fases de construcción, llenado y operación del proyecto hidroeléctrico “PESCADERO – ITUANGO”, localizado en áreas de los municipios de Buriticá, Peque, Liborina, Sabanalarga, Toledo, Briceño, San Andrés de Cuerquia, Yarumal, Olaya, Ituango y Valdivia, en el departamento de Antioquia.

Es posible, inferir por los hechos narrados hasta el momento que a la comunidad “Nutabe de Orobajo” se le vulneró fehacientemente su derecho

fundamental a la consulta previa, desde el inicio de la solicitud de licenciamiento ambiental donde se omitió aportar la certificación de su presencia en el área de influencia del megaproyecto energético Hidroituango, pese a esta omisión la empresa subsana su actuar posteriormente en el año 2008 cuando aportó la certificación conferida por la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, donde constaba la declaración de no haber presencia de alguna comunidad indígena en el área vinculada para el proyecto.

En concordancia, con los hechos que dieron lugar a la otorgación de la licencia ambiental para la ejecución del megaproyecto Hidroituango, resulta claro que se desarrolló durante el estudio de la solicitud de licenciamiento ambiental, el procedimiento administrativo acorde para determinar si es procedente el desarrollo del proceso de consulta previa a etnias indígenas o afro descendientes.

Sin embargo, la realidad sobre la presencia de comunidades indígenas y otras con especial protección por parte del Estado, era cierta y no como lo certificó la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, generándose a partir de esta garrafal falta o desconocimiento real de la presencia de comunidades indígenas o afrodescendientes, la vulneración del derecho fundamental a la consulta previa perteneciente a las mismas, previo al inicio del megaproyecto Hidroituango.

Como consecuencia de dicha falta, por parte de la autoridad que debería velar porque no se vulneren los derechos de las comunidades indígenas, se menoscabaron otros derechos que le asisten en este caso a la comunidad Nutabe de Orobaño, dando lugar con estas fallas a que desde que inicio la solicitud de licenciamiento ambiental del proyecto: "HIDROELÉCTRICA ITUANGO", localizado en jurisdicción del municipio de

Sabanalarga, Liborina, Buriticá, Olaya, Santa Fe de Antioquia, Peque, Yarumal, Valdivia, San Andrés de Cuerquia, Toledo, Briceño e Ituango, departamento de Antioquia; la Autoridad Ambiental a cargo simplemente le otorgara un carácter vinculante estricto sensu al derecho de consulta previa que le correspondía desde un inicio a la comunidad Nutabe de Orobajo, es decir si tuvo un carácter vinculante en el licenciamiento pero el mismo se presenta limitado y visto como un formalismo cumplido debido a la certificación aportada a la solicitud sobre la no presencia de pueblos indígenas, comunidades negras, afrodescendientes y demás.

Como sustento de lo antedicho, se relaciona los actos administrativos desde la aprobación de la licencia ambiental del megaproyecto “Hidroeléctrica Ituango” hasta sus modificaciones más importantes aprobadas, pese a la falla en la certificación de este pueblo indígena, analizando la observancia que en el contenido de dichos actos administrativos pueda haber respecto al derecho de consulta previa de las comunidades indígenas:

Relación de los actos administrativos de licencia ambiental y su observancia según el caso de referencia.

ACTO ADMINISTRATIVO DE LICENCIAMIENTO AMBIENTAL	OBSERVANCIA DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DURANTE EL TRAMITE DE LA LICENCIA AMBIENTAL
Resolución 0155 de 2009: Por la cual se otorga una licencia ambiental para el proyecto central hidroeléctrica	Durante el trámite de licenciamiento ambiental que originó este acto administrativo, se aportó por la empresa ejecutora del proyecto y se observó por la Autoridad Ambiental la certificación de la Dirección General de Asuntos

<p>“pescadero – ituango”</p>	<p>Indígenas del Ministerio del Interior del año 2008, en donde consta que en el área de influencia del proyecto no existen comunidades ni parcialidades indígenas; como de que no existen organizaciones de base o consejos comunitarios, al igual que certificación de la Dirección General para comunidades negras minorías étnicas y culturales del Ministerio del Interior en la que consta que no existen comunidades negras en el área del proyecto; y certificación del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER en la que se establece que en los municipios de Buriticá, Peque, Ituango, Liborina, Sabanalarga, Toledo, Briceño, San Andrés de Cuerquia y Valdivia no se ha detectado la presencia de comunidades afro descendientes.</p>
<p>Resolución N° 1891 del 1 de Octubre de 2009: por la cual se Modifica Licencia Ambiental 155 de 2009.</p>	<p>Durante este trámite de modificación a la licencia ambiental, no se realiza algún pronunciamiento ni observancia relativa con la posible presencia de comunidades indígenas o el derecho a la consulta previa, sin embargo impacta llamativamente que en su contenido la empresa gestora del proyecto menciona citando un concepto N°1611 de 2009 que el aspecto político organizativo y cultural se consideraron características organizativas y culturales de la comunidad ubicada en el área de influencia</p>

	<p>directa del proyecto basándose entre otros en la historia y prácticas religiosas de la misma comunidad, lo cual resulta ser una confesión por parte de la empresa de que estaba aplicando un enfoque etnodiferenciador que es usado cuando hay presencia de comunidades indígenas, finalmente este acto administrativo concluye en que se afectarían otras áreas indirectamente y por ello solicitan modificar las actividades inicialmente autorizadas lo que es concedido por la Autoridad Ambiental.</p>
<p>Resolución N° 0764 13 09 2012: por la cual se modifica la licencia ambiental 155 de 2009.</p>	<p>Durante este trámite de modificación a la licencia ambiental concedida en el 2009, en su contenido no se observa, ni se requiere por parte de la Autoridad Ambiental la actualización de la certificación sobre la presencia de posibles comunidades indígenas, procediéndose a modificar el proyecto, debido a que se generan mayores impactos ambientales a los ya identificados en la licencia ambiental principal.</p>
<p>Resolución N° 1980 del 12 octubre: mediante la cual se modifica nuevamente la licencia ambiental del proyecto hidroeléctrico Ituango.</p>	<p>En este acto administrativo, del mismo modo no hay observancia del derecho a la consulta previa, pese a que se informa Autoridad Ambiental sobre que incluirían nuevas obras, la ampliación de las zonas de depósitos, como el otorgamiento de permiso por ocupación de cauce, y mayor aprovechamiento forestal, concesión de aguas y permiso de</p>

	<p>emisiones, causa que ameritaba que el efecto de los impactos generados por estas actividades aumentaría, presentándose directamente en los recursos hidrobiológicos, asociados a las fuentes de agua a intervenir, de las cuales quizá las comunidades tenían de consumo. Adicionalmente es también de resaltar que se concedió la modificación de la licencia ambiental sin haberse soportado un informe de Cumplimiento Ambiental (ICA), detallado y claro sobre las veredas y municipios que estarían incluidos con la corrección cartográfica y las características socioeconómicas y culturales del área incluida como de influencia directa del proyecto por el contrario se le solicita corregirlo para la próxima.</p>
--	--

(Cuadro de elaboración propia)

Del anterior análisis, es posible extraer, de forma indirecta que se mostró observancia por el derecho de consulta previa en el contenido de la Resolución N° 155 que aprobó la licencia ambiental, siendo por lo tanto vinculante en forma limitada este derecho en el principal acto administrativo.

Sin embargo en los demás actos administrativos sobre las modificaciones a la licencia ambiental no es posible, notar alguna observancia relacionada con el derecho de consulta previa, toda vez que debido a la certificación sobre la no presencia de comunidades étnicas a la cual se llegó con la información de Las bases de datos consultadas fueron: i)

Base cartográfica de resguardos indígenas constituidos (Incoder 2014), li) Base cartográfica de Consejos Comunitarios constituidos(Incoder 2014), iii) Base de datos de la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías Étnicas y Rom (Mininterior 2014), iv) Base de datos de la Dirección de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras (Mininterior 2014), y) Base de datos (espacial y no espacial) de Resguardos Indígenas de Origen Colonial (Incoder-Igac 2014), vi) Base de datos de Consulta Previa (Mininterior 2014), se determinaba que no era procedente la realización de la Consulta Previa.

Ante esa ocurrencia, la comunidad indígena Nutabe de Orobajo, se establece afectada en sus derechos fundamentales como grupo étnico a causa del proyecto Hidroituango, teniendo que acudir en reclamo ante las entidades administrativas y jurisdiccionales solicitando fueran reconocidos como comunidad y escuchados respecto a la afectación directa que sobre su cabildo y territorio se generaba a causa del megaproyecto.

Lo que se logró posteriormente, después de arduos esfuerzos y lucha por ser una comunidad histórica legalmente constituida, “como comunidad indígena de la etnia Nutabe, organizada a través de un cabildo, constituido en asamblea general realizada en junio de 2014, acorde a la Ley 89 de 1890, y posesionado ante la alcaldía municipal de Sabanalarga desde el mes de diciembre de 2014, acorde a la normatividad nacional e internacional vigente, en especial el Convenio 169 de la OIT.” Precisando, que su existencia y presencia en parte del municipio de Sabanalarga en el departamento de Antioquia, durante el proyecto Hidroituango, ya era notable antes de ser reconocida legalmente.

CAUSAS QUE REPERCUTEN EN QUE EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LA COMUNIDAD NUTABE, NO RESULTASE

VINCULANTE EN SENTIDO LATO DURANTE EL LICENCIAMIENTO AMBIENTAL DEL PROYECTO “HIDROELECTRICA ITUANGO”

Las causas por la que fue tardíamente reconocida por el Estado Colombiano esta comunidad indígena de la etnia “Nutabe de Orobajo”, son atribuibles a las actuaciones administrativas del mismo Estado, debiéndose entonces mejorar los aspectos en los que se falla y que resultan evidentes estas fallas u omisiones, en el contenido de los pronunciamientos, las certificaciones que confirió la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior y las licencias ambientales expedidas por la Autoridad Ambiental competente, siendo posible enumerar las siguientes causas:

1. La **Dirección de Asuntos Indígenas** en el año 2008 mediante acto administrativo 0F108-3 794-DET-1000 certificó que no se registraba presencia de comunidades étnicas en el área de embalse del proyecto "Hidroeléctrico de Ituango", es decir, no se tomaron las medidas adecuadas por la entidad durante el análisis de la certificación lo que ocasiono se desconociera la presencia de esta comunidad.

2. La Dirección de Asuntos Indígenas, no le dio la debida importancia en ese mismo año 2008, durante el proceso de certificación a la solicitud radicada por la Veeduría del Municipio de Ituango, con (radicado EXT11-15298), solicitando se adelantara consulta y concertación con las comunidades del "Pueblo Nutabe".

3. La Dirección de Asuntos Indígenas, actuó negligentemente y sin el debido proceso al proceder a dar respuesta después de aproximadamente (3) tres años a la solicitud radicada por la Veeduría, sin hacerse la verificación en el terreno del proyecto "Hidroeléctrico de Ituango", basando su respuesta en que no se les aportó los soportes de la existencia de la

comunidad Nutabe y que la misma no se encontraba en las bases de datos institucionales de la Dirección de Indígenas, como pueblo indígena ni tampoco se encontraba identificado dentro de los 86 pueblos indígenas del país, adicionalmente informo que ya existía certificación en la cual esa misma dirección había manifestado que no había presencia de comunidades indígenas en el área del proyecto y que por esa razón no era procedente el desarrollo de la consulta previa.

4. **La Autoridad Ambiental,** no ejerció un control y seguimiento adecuado de la situación que vivían las comunidades aledañas al megaproyecto, durante la aprobación de la licencia ambiental y previo a la expedición de la Resolución N° 0155 de 2009 con la cual se aprobó la licencia ambiental al proyecto en mención, es por esta razón que resulta responsable de la vulneración del derecho de consulta previa de la comunidad Nutabe de Orobajo, pues de lo contrario habría soportado en sus informes de seguimiento, la existencia de comunidades indígenas que por sus rasgos y costumbres es posible diferenciarlos y/o haber comunicado a la Dirección de Consulta Previa, al respecto para que esta realizara una visita técnica de verificación al área del megaproyecto a luz del principio de unidad del Estado.

5. Posteriormente, la Dirección de asuntos indígenas continua sin darle la debida importancia a la situación de reconocimiento de la comunidad Nutabe de Orobajo ante una nueva solicitud por parte de la empresa encargada del proyecto el 23 de enero de 2015 para que se pronunciara sobre la presencia de esta comunidad en el área del proyecto y adjunto para tal fin acta de posesión de la comunidad en la alcaldía de Sabanalarga, asumiendo una respuesta el 20 de enero de 2015 mediante OF115-000002001, la cual no resulta ser de fondo a lo solicitado por la empresa manifestándole a la misma que se estaba adelantando un proceso de

reconocimiento de esta comunidad indígena, con base a estudios históricos y estando pendientes estudios jurídicos y antropológicos los cuales argumenta esta entidad toman mucho tiempo dado que ya no existen registros sobre la comunidad y entre otras posibles excusas.

6. Por lo anterior, la empresa encargada del proyecto observa la necesidad de acudir nuevamente en petición ante la Dirección de Consulta Previa, quienes acuerdan una reunión para discutir y analizar la situación de la comunidad Nutabe de Orobajo, llegando a unos acuerdos entre los cuales estaba **realizar visita de verificación a la comunidad los días 07, 08, 09 y 10 de abril de 2015**, con el acompañamiento de la Dirección de Asuntos Indígenas, ICANH, ANLA, Procuraduría Regional Antioquia, Defensoría del Pueblo y la empresa EPM, sumado a este acuerdo el 13 de marzo de 2015 la Defensoría del pueblo regional de Antioquía solicitó de igual forma a esta dirección se revisara el tema de la comunidad de Orobajo con el proyecto Hidroeléctrica Ituango.

7. Esta misma entidad, luego de realizar una visita al área abarcada por el Proyecto Hidroeléctrico Ituango, insiste en el desconocimiento y no reconocimiento de la comunidad Nutabe de Orobajo, mediante la Resolución N° 657 del 14 de Mayo de 2015 argumentando que la misma para ser entendida como comunidad debía tener un desarrollo de sus prácticas ancestrales y un centro de enseñanza entre otros que determinaban que no es objeto de Consulta Previa en el marco del Proyecto Hidroeléctrico Ituango, reiterando que el cabildo no tenía el reconocimiento y el registro como comunidad ni como pueblo indígena por parte de la Dirección de Asuntos Indígenas Rom y Minorías del Ministerio del Interior y que esta misma institución estaba desarrollando la primera etapa de una serie de estudios (históricos, antropológicos y jurídicos) con el fin de comprobar la pertinencia

de la reivindicación de miembros del cabildo, como descendientes de los Nutabe que han existido desde el siglo XVI.

8. En definitiva, el Ministerio del Interior habiendo **transcurrido más de (8) ocho años y habiéndose desarrollado más del 75% del proyecto “Hidroeléctrica Ituango”** expidió la **Resolución No. 0071 del 19 de mayo de 2017** “Por la cual se inscribe en el registro de comunidades indígenas, la Comunidad indígena de Orobajo del Pueblo Nutabe, con unidades familiares ubicadas en las veredas Orobajo, La Loma, La Aurora, La Meseta en jurisdicción del Municipio de Sabanalarga; en las veredas Llanón, Cañaona, Guayabal y la Bastilla en jurisdicción del Municipio de Peque; y en las veredas El Tinto, La Florida, La Honda y La Hundida en el Municipio de Ituango, del Departamento de Antioquía”

9. Como efecto del anterior acto administrativo la **Resolución No. 0071 del 19 de mayo de 2017, el Ministerio del Interior mediante su Dirección de Consulta Previa** procede a querer resarcir su error de una forma descocada y sorprendida al expedir la **Resolución N° 05 del 25 de Enero de 2018** con la cual se modifica parcialmente el Acto Administrativo Certificación No.657 del 14 de mayo de 2015, por el cual se había desconocido por segunda vez la presencia y afectación de la comunidad “Nutabe de Orobajo”; es de concluir que pese a la procedencia del desarrollo de la consulta previa luego de esta decisión, una vez más esta entidad demuestra la poca seriedad con la cual resuelve los asuntos relacionados a las comunidades indígenas, las cuales la constitución les brinda protección especial y diferencial.

Finalmente, es de recibo situar que estas causas limitaron el carácter vinculante de la consulta previa, durante el trámite de licenciamiento ambiental debido a la falla latente en el proceso de certificación sobre la

presencia de comunidades indígenas cuya función está a cargo actualmente de la Dirección de Consulta Previa sujeta al Ministerio del interior.

RESOLUCIÓN DEL CASO

La Dirección de Consulta Previa, tiene como parte de sus funciones la **determinar** si en el área de un Proyecto, Obra o Actividad (POA), **se certifica o no, presencia de una Comunidad Étnica de conformidad con los criterios del Convenio 169 de la OIT, la legislación nacional y la jurisprudencia constitucional sobre comunidades étnicas,** razón por la cual, esta entidad cumpliendo con esta función aunque tardíamente expidió la Resolución No. 0071 del 19 de mayo de 2017 por la cual se inscribe en el registro de comunidades indígenas de Colombia, la Comunidad indígena de Orobajo del Pueblo Nutabe, teniendo como efecto jurídico este acto administrativo, que sea procedente para esta comunidad indígena el reconocimiento y respeto de su derecho a la consulta previa como hacer compensada por las afectaciones padecidas a causa del Megaproyecto “Hidroeléctrica Ituango”.

Con la expedición de la **Resolución N° 05 del 25 de Enero de 2018,** con la cual se modifica parcialmente el Acto Administrativo Certificación No.657 del 14 de mayo de 2015, se procede con las entidades encargadas a citar a la empresa EPM y comunidad Nutabe de Orobajo, con la finalidad de desarrollar el proceso participativo y libre de consulta previa cuyo propósito terminó en acuerdo satisfactorio pese a las dificultades después de transcurridos varios años.

Es por ello importante, declarar que el derecho a la consulta previa correspondiente a esta comunidad, donde logró se le reconociera dicha participación, fue el resultado de reclamos escritos por ser reconocidos ante

las entidades competentes así como de una marcha efectuada el 08 de Abril de 2013, donde reiteraban publicas sus denuncias por desplazamiento y actos administrativos que pretendían extinguir al pueblo Nutabe en Antioquia, al igual que rechazando que los estudios de impacto ambiental sean elaborados por los ejecutores del mismo proyecto.

Sus exigencias como comunidad, tenían como objeto que en su caso en particular se presentara la tan llamada justicia ambiental y social basada en la participación de sus derechos como comunidad indígena. Aunque la efectividad de su derecho a la consulta previa no fue reconocido a partir del licenciamiento ambiental otorgado al proyecto, a causa de fallas en el procedimiento existente para el reconocimiento de este mismo derecho, lo cierto es que en su caso no se perpetuo por siempre la vulneración a este derecho y fue alcanzada de alguna manera la compensación a las afectaciones padecidas a causa del megaproyecto “Hidroeléctrica Ituango”.

CONCLUSIONES SITUADAS A CONFIRMAR QUE EN EL CASO DE ESTUDIO NO FUE VINCULANTE EN SENTIDO LATO EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DURANTE EL TRÁMITE DE LICENCIAMIENTO AMBIENTAL

La comunidad “Nutabe de Orobajo” es un claro ejemplo de lo que ocurre en Colombia frente a la exigencia y aplicación del derecho fundamental que les asiste a estos grupos étnicos de la consulta previa, del mismo modo es posible observar cómo se vincula este derecho en la práctica en un trámite administrativo como lo es el licenciamiento ambiental, llegándose a concluir que existen fallas por los entes encargados de reconocer e identificar los grupos étnicos y de desarrollar la consulta previa, que imposibilitan que durante el licenciamiento ambiental se pueda hacer

efectivo este derecho de consulta previa, tal como se pudo notar en lo reseñado del caso.

La comunidad indígena Nutabe de Orobajo, es un cabildo indígena que se vio afectado en sus derechos e integridad como grupo étnico a causa del proyecto Hidroituango, promovido por la empresa Pública de Medellín EPM y sus distintos operadores, sin que el estado les hubiese garantizado de manera pronta y cumplida la efectividad y respetos por sus derechos a través de sus instituciones.

Es así como, se hace visible la problemática sociojurídica de las comunidades indígenas por alcanzar que sus derechos sean vinculantes o de obligatorio cumplimiento para cada institución, que deba tomar una decisión que pueda afectarles en su integridad étnica y por lo cual se requiera su participación para no ir en menoscabo de sus derechos concedidos en el marco de un estado social de derecho. Pues la Autoridad Ambiental en su caso también los ignoró en sus peticiones e hizo caso omiso o algún seguimiento o control porque se garantizara el derecho a la consulta previa de esta comunidad.

En el presente, la jurisprudencia constitucional ha establecido los parámetros del derecho constitucional de la consulta previa y también en materia ambiental cuando se afectan los ecosistemas de las comunidades indígenas y de los cuales derivan su subsistencia, implicando que deba garantizarse este derecho desde un principio donde se busque la participación integral, efectiva y significativa de las comunidades indígenas en los proyectos que puedan causar sobre ellos afectaciones directas e impactos ambientales que puedan alterar las condiciones de vida de una comunidad.

9. ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN ANTE LA DEFICIENCIA DE UN CARÁCTER VINCULANTE EFECTIVO DEL DERECHO DE CONSULTA PREVIA EN EL TRÁMITE DE LICENCIAMIENTO AMBIENTAL

PRIMERA

Como, una solución alternativa y de impacto para que se incorporara la estipulación de la exigencia de la consulta previa, se participó por medio de un concepto jurídico, en la convocatoria realizada por el Ministerio de Minas y Energía, en la cual se buscaba la recepción de comentarios para tener en cuenta en la expedición del Decreto normativo con el cual se regularía los lineamientos para adelantar actividades de exploración en proyectos piloto integrales de investigación (ppii) sobre yacimientos no convencionales de hidrocarburos.

A partir de la convocatoria, se observó pertinente participar, comentando sobre la importancia determinar desde el contenido normativo la incorporación de la exigencia de la realización de la consulta previa cuando a ello hubiere lugar, pues de esta manera tendría un carácter vinculante el derecho de consulta previa y en caso de omisión o vulneración de este derecho resulta por su incorporación, más fácil la resolución de conflictos a través de los órganos administrativos, de control y jurisdiccionales.

COMENTARIOS PARA SER TENIDOS EN CUENTA POR PARTE
DEL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA POR FIJAR LOS LINEAMIENTOS
PARA ADELANTAR ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN EN PROYECTOS
PILOTO INTEGRALES DE INVESTIGACIÓN (PPII) SOBRE YACIMIENTOS
NO CONVENCIONALES DE HIDROCARBUROS.

Por: Lina Paola Vera Duarte

Ante la iniciativa por parte del Ministerio de Minas y Energía por fijar los lineamientos para adelantar actividades de exploración en Proyectos Piloto Integrales de Investigación (PPII) sobre yacimientos no convencionales de hidrocarburos con la utilización de la técnica de fracturamiento hidráulico multietapa mediante perforación horizontal, no se pueden vulnerar derechos fundamentales de importancia y contenido constitucional como lo son el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas y el derecho a un ambiente sano de las mismas comunidades indígenas como de la demás población colombiana.

Es por esta razón que a continuación señalare los argumentos los cuales se deben tener en cuenta e incluir en la iniciativa reglamentaria en cuestión o de lo contrario estos lineamientos incurrirían en una inconstitucionalidad.

SUSTENTO DEL COMENTARIO

El estado colombiano avanzó en el reconocimiento de los derechos de los grupos étnicos, a través de la promulgación de la Constitución Nacional de 1991, sin embargo, observando la realidad se hace necesario que en la actualidad, el estado colombiano, también a su vez avance en las garantías que en materia ambiental sean necesarias para la protección y preservación

del medio ambiente, como en las garantías del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas.

Es por esta razón que se hace necesario comentar sobre la existencia de dos derechos fundamentales como lo son el medio ambiente sano y la consulta previa de las comunidades indígenas que habitan el territorio colombiano, debido a que **no se fijan parámetros suficientes para la protección del medio ambiente y tampoco** se menciona durante el contenido de los lineamientos para adelantar actividades de exploración en Proyectos Piloto Integrales de Investigación (PPII), como se harán partícipes las comunidades indígenas de identificarse su presencia o posibles afectaciones directas sobre ellas en los lugares de exploración, ya sea durante el licenciamiento ambiental y de manera previa al inicio de los PPII.

Lo anterior resulta ser grave e ir en contra aun de la Constitución Política, la cual señala: en su Art. 1- Colombia es un Estado social de derecho, es democrática, participativa y pluralista y tiene prevalencia el interés general. Art. 2- Son fines esenciales del Estado; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan Art. 7- Protección de la diversidad étnica, Art. 8- Obliga al Estado y a las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación. Art. 10 – Establece que las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son oficiales en sus territorios. Art. 13 - El Estado debe proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica se encuentren en circunstancia de debilidad. Art. 70 - La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. Art. 40-2, Permite diversas formas de participación democrática. Art. 329, Establece los mecanismos para la conformación de las entidades territoriales indígenas, su forma de administración y las características de los resguardos: propiedad colectiva y no enajenable.

Luego al ser la constitución la norma de mayor jerarquía, su contenido se debe anteponer ante cualquier iniciativa reglamentaria con el fin de no vulnerar derechos fundamentales o crear espacios de vulneración de los mismos lo cual sería inconstitucional y por lo tanto revocable.

Ante esto, es menester de igual forma mencionar el Convenio 169 de la OIT que propone el inicio de la lucha por los derechos de las comunidades indígenas, previo a la constitución política de 1991 que lo reconoce. Debido a que del mismo emana la obligación que le asiste al gobierno de tener en cuenta y respetar los derechos de las comunidades de forma inclusiva según su artículo 6 que dispone:

Artículo 6 (1) de este Convenio estipula que los gobiernos deberán: “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” lo cual incide en la lucha de estas comunidades por una vida digna e inclusión por los órganos del estado así mismo que la reivindicación del derecho a la igualdad.

El derecho a la consulta previa de las comunidades, resulta dirigido a minimizar los impactos y efectos negativos en el medio ambiente además que a preservar su cultura y medio ambiente respetando y salvaguardando su autonomía, por esto su no inclusión o mención en los lineamientos en cuestión acarrearía sendas dificultades para el gobierno, choques entre entidades, como lo más relevante, vulneraciones graves a los derechos de las comunidades indígenas quienes en caso de aprobarse tal cual el contenido de los lineamientos se afectarían sin ser consultados por el gobierno.

Pues no puede el gobierno por medio de sus entidades, pretender que no se verán las comunidades indígenas nunca afectadas ya que su ubicación refiere a los lugares en los que mayor riqueza de recursos naturales hay, además no es deber de ellas pedir sean consultadas sino del Estado consultarlas como concededor y aprobador de una actividad que si genera afectaciones aunque muchas aún no se difundan. Dicho esto cabe citar como complemento el siguiente precepto jurisprudencial.

“El deber de consultar a la población en general y a las comunidades diferenciadas como las indígenas, étnicas y afrocolombianos sobre los cambios o impactos que se generan con la construcción de obras y proyectos sobre los recursos naturales, se fortalece a partir de los principios y valores de la Constitución de 1991. Así pues, las autoridades deben realizar un monitoreo sobre estos proyectos en todo tiempo, y la licencia ambiental y el plan de manejo ambiental son herramientas esenciales de naturaleza preventiva que garantizan la protección y el buen manejo del ambiente y el control de otros impactos.” (Sentencia T-462 del 2014, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)(Subrayado fuera de texto original).

Los Proyectos Piloto Integrales de Investigación (PPII), planteados efectivamente pueden llegar a identificar los principales riesgos asociados con la extracción de estos recursos y determinar si la regulación e institucionalidad actuales pueden garantizar su explotación de una manera responsable con el medio ambiente y las comunidades, sin embargo la puesta en marcha de estos proyectos pueden ocasionar afectaciones e impactos en el medio ambiente y comunidades indígenas que habitan el territorio colombiano, lo cual se constata con la exigencia de la aprobación de una licencia ambiental.

Las afectaciones e impactos pueden en algunos territorios, repercutir por su área de influencia en comunidades indígenas de forma directa, considerando las dificultades o consecuencias que se puedan presentar con la técnica de fracturamiento hidráulico que se ejecute contiguo a los territorios habitados por dichas comunidades indígenas.

Ante lo cual es pertinente precisar, es viable y necesario realizar la consulta previa a las comunidades indígenas que se encuentren en el área de influencia donde se realizaran Proyectos Piloto Integrales de Investigación (PPII), previendo sobre las afectaciones que se puedan causar como consecuencia de las actividades de exploración no convencionales.

La exigencia de la consulta previa en actividades de exploración tiene como base el precedente jurisprudencial existente en la actualidad, fijado por la Corte Constitucional por medio de la Sentencia de Unificación SU123 del 15 de Noviembre de 2018, M.P: Alberto Rojas Ríos Y Rodrigo Uprimny Yepes, donde es posible extraer en que asuntos deben ser consultadas las comunidades indígenas incluyendo las actividades de exploración así:

CONSULTA PREVIA-Asuntos que deben ser consultados o medidas que suponen afectación directa a la comunidad

La Corte ha explicado que, entre otros, existe afectación directa a las minorías étnicas cuando: (i) se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales; (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (iii) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento y (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio. Igualmente, según la jurisprudencia, la

consulta previa también procede (v) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (vi) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (vii) asimismo si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (viii) o por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido.

PROYECTOS DE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE RECURSOS NO RENOVABLES-Afectación directa a la comunidad

En el caso específico de proyectos de exploración y explotación de recursos no renovables, que es el asunto a resolver en el presente caso, esta Corte ha entendido que la afectación directa incluye, el impacto en (i) el territorio de la comunidad tradicional; o (ii) en el ambiente, la salud o la estructura social, económica, así como cultural del grupo. (Subrayado fuera de texto original).”

En este mismo sentido se debe tener en cuenta que en la actualidad se ha probado en casos expuestos ante la Corte Constitucional por vía de tutela, que algunas comunidades indígenas se encuentran en una grave situación de riesgo debido a las actividades de explotación de recursos naturales producto de agentes contaminantes en sus territorios indígenas como de lo dictaminado en el caso de la comunidad Wayúu “(i) la dispersión continua de material particulado y otros, (ii) la presencia de concentraciones de materiales tóxicos que superan los límites exigidos a nivel nacional e internacional, (iii) la afectación de suelos y cuerpos de agua aledaños debido a vertimientos y filtraciones en la zona de ejecución de la actividad extractiva, (iv) la exposición constante de la flora y fauna cercana a sustancias contaminantes, (v) la generación de mezclas complejas de químicos y gases

que podrían ser las causantes de diversas enfermedades a los integrantes de la comunidad, entre otros factores”. (Fuente: Sentencia T-614 de 2019)

Con la idea de mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo de la preservación de un ambiente sano no se puede transgredir los derechos de las minorías en Colombia, donde cabe mencionar se ha sabido reconocer mejor su relevancia y cultura por instituciones internacionales que por el mismo gobierno nacional.

COMO SERIA LA IMPLEMENTACION DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA A PARTIR DEL CONTENIDO DE LOS LINEAMIENTOS

Los Proyectos Piloto Integrales de Investigación (PPII) planteados, resultan validos si su objetivo principal es para obtener mayor información técnica sobre el desarrollo de la exploración y explotación de hidrocarburos en yacimientos no convencionales, sin embargo alcanzar este objetivo implica ejercer acciones sobre los sitios donde se harán perforaciones en busca de gases o hidrocarburos, lo cual de manera lógica tendrá un impacto principal porque luego vendrán mayores impactos y afectaciones cuando se empiece a comercializar dichos recursos naturales.

De acuerdo con esta idea, se debe fijar los parámetros para tratar los riesgos que se presentaren por la ejecución de los procesos de exploración, integrados con definir si existen las condiciones ambientales, sociales e institucionales para dar inicio a la exploración.

Si es el caso que dentro de las comisiones intersectoriales de evaluación, efectos, diseño, vigilancia, monitoreo y control, mencionadas en los lineamientos se incluya un representante del ministerio del interior para

que desarrolle la consulta previa de las comunidades indígenas y realice un control en defensa de sus derechos como comunidad durante la ejecución de los estudios de exploración evitando así otras afectaciones sobre sus derechos y territorios.

Por su contenido, el decreto hace mención en que el objetivo de la etapa de condiciones previas es “diagnosticar condiciones en materia social, ambiental, técnica e institucional para el desarrollo de las actividades de exploración de los PPII, previo a la perforación de los pozos.” “Durante esta etapa las empresas interesadas deberán adelantar los trámites para suscribir el mecanismo contractual con la ANH y obtener la licencia ambiental.

La etapa de condiciones previas señalada, debe contener la realización de la consulta previa en el caso en que exista presencia de las comunidades indígenas o que se determine pueden verse afectadas por los resultados arrojados en las líneas base del estudio y durante la etapa concomitante, debe haber de igual forma un control por parte del Ministerio del Interior, Ministerio del Ambiente y la ANLA en la discusión sobre posibles acuerdos, como en el cumplimiento de cada uno de los que se concertare.

Incorporándose dicha modificación, se hará que la consulta previa de las comunidades indígenas, sea vinculante durante la determinación de impactos y posibles afectaciones, en tanto que de manera previa también se está consultando a las comunidades sobre los Proyectos Piloto Integrales de Investigación, actuando así el gobierno en sentido transparente y respetando la constitución y los tratados internacionales existentes en la materia.

La consulta previa es un derecho fundamental donde está obligado el estado en garantizar se respete, se realice y no se vulnere por terceros, por lo tanto es pertinente que se certifique su presencia y no verse afectados por

el área de influencia de los PPI sean consultados, evitando así se creen espacios de vulneración de sus derechos por medio de los lineamiento ya que las competencias de cada ministerio estarán especificadas y podrán ser vigiladas.

Se debe precisar en segundo lugar, que falta que se incluya y puntualice en el Decreto reglamentario en cuestión, sobre la manera en que se hará una efectiva vigilancia y control ambiental de los daños que se puedan presentar en el estudio explorativo del suelo o territorio en particular, debido a que en la actualidad la sola explotación convencional de hidrocarburos, gases en Colombia ha impactado considerablemente sobre las comunidades indígenas y medio ambiente tal como lo demuestran las pruebas realizadas por diferentes entidades estatales.

Como un complemento de lo anterior, cabe citarse los casos revelados de la empresa Carbones del Cerrejón donde aún todavía es evidente que existe desde hace varios años atrás vulneraciones a los derechos fundamentales de las comunidades indígenas que habitan cerca al territorio de ejecución o trabajo de la empresa que se han visto afectados como de igual forma el grave impacto y riesgo ambiental causado en sus territorios.

Debe limitarse entonces a que se cause el menor daño posible a las fuentes hídricas del territorio y de las cuales son usadas para el consumo de las comunidades, toda vez así recientemente exhorto la Corte Constitucional, invitando a tener en cuenta “los criterios constitucionales de justicia ambiental y principio de precaución, exigen al Estado y a los particulares proteger de manera eficaz a las comunidades que padecen de forma desigual los impactos de las actividades extractivas y, a su vez, adoptar todas las medidas que resulten necesarias para evitar que se causen perjuicios irremediables al ambiente o a la salud humana, así no se acredite

un nivel de certeza científica que ratifique la asociación entre un determinado factor contaminante y un resultado nocivo.”

Lamentablemente ni siquiera las entidades de control ambiental ni la dirección de consulta previa han adoptado medidas suficientes para proteger a la población indígena, a pesar de que en varias sentencias por denuncias de las mismas comunidades la Corte Constitucional ha advertido sobre las afectaciones producto de la exploración y explotación de hidrocarburos y otros minerales del mismo modo sobre los graves riesgos que representa la ejecución de estos proyectos sin un verdadero control o posibles sanciones.

Jurisprudencialmente es dable reconocer, el avance que la Corte Constitucional en Colombia ha venido realizando sobre el derecho a la consulta previa, de estas comunidades convirtiéndose en la voz de pueblos y grupos étnicos, que en el pasado estuvieron marginados y olvidados, pero que hoy aun después de reconocerles sus derechos en el ordenamiento jurídico claman porque se dé una efectiva protección y responsabilidad por parte de las entidades estatales.

Desde una perspectiva donde se quiere se respeten los derechos de todos y no solo de una parte se reconoce que muchos de los conflictos relacionados con la explotación de los recursos naturales en Colombia tiene que ver con la no aplicación y efectividad del proceso de Consulta Previa dentro de las comunidades indígenas parte primordial en un estado social de derecho que en la actualidad se omite dejando en un estado de vulneración el respeto y garantía de derechos de las comunidades indígenas.

Es por esto que resulta pertinente lo dicho en el informe ejecutivo el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú respecto a los conflictos que

se generan en un estado como en el caso de Colombia frente de los derechos de los pueblos indígenas y tribales como del medio ambiente.

Estos conflictos sacan a la luz las tensiones existentes entre los diversos actores involucrados y enfrentan dos maneras de entender el desarrollo: la de los Estados, que alientan la inversión privada, como expresión de su deber de promover el desarrollo de conformidad con las correspondientes normas constitucionales, y la de los pueblos indígenas y su derecho a usar y gozar de sus tierras, protegiéndolas y gestionándolas de acuerdo con su propia cosmovisión y bajo la protección constitucional.” (Subrayado fuera texto original). (Galvis, 2011, p. 3)

De ahí que resulte de vital importancia encaminar estos conflictos a una solución armonizadora por parte del estado protector de los derechos de los pueblos indígenas y del medio ambiente de lo cual se puede aducir que parte de esta solución es la garantía y efectividad del proceso de consulta previa del cual gozan los pueblos indígenas en Colombia y el cual está consagrado con amplitud dentro del ordenamiento jurídico interno y extendido por convencionalidad a tratados y normas internacionales que los protegen.

de tal forma que no se vean directamente afectados los destinatarios de dichos derechos aquí discutidos por tanto la acción del garante en este caso del gobierno colombiano debe estar encaminada a la protección y garantía de estos derechos y esto se logra con la aplicación, observación y control de todas las entidades del orden Nacional y territorial del estado sobre quienes recae la función administrativa, vigilancia o licenciamiento ambiental que involucre de forma directa o pueda afectar a las comunidades indígenas o trivales.

Por estos aspectos es importante ofrecer confianza al país sobre el inicio de los PPI, preveniendo y corrigiendo los posibles riesgos que se identifiquen de manera definitiva sin afectar en mayor grado a la población civil y comunidades indígenas, pues se trata de que se acuerde con la comunidad y la empresa para que se definan las medidas más idóneas para adoptar con base en los procesos de consulta previa y/o de consentimiento previo, libre e informado.

Logrando que se convierta el proceso de la consulta previa en un mecanismo vinculante e idóneo para reconocer y proteger el derecho al ambiente sano conjuntamente con la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.

Como conclusión final he de manifestar que existe la necesidad de adoptar estrategias adicionales para proteger a las comunidades indígenas y la propuesta en estos comentarios de participación no es la excepción, falta aún tocar otros aspectos relevantes, pero reitero esta participación en cambio es inclusiva y diferencial de conformidad con lo propuesto en el plan nacional de desarrollo actualmente vigente.

RESULTADO

De la participación en el foro, se obtuvo como resultado la expedición por parte del Ministerio de Minas y Energía del Decreto 328 del 28 de Febrero de 2020, "Por el cual se fijan lineamientos para adelantar Proyectos Piloto de Investigación Integral -PPI/ sobre Yacimientos No Convencionales - YNC de hidrocarburos con la utilización de la técnica de Fracturamiento Hidráulico Multietapa con Perforación Horizontal- FH-PH, y se dictan otras disposiciones", en revisión del contenido se observa que este decreto no menciona específicamente la exigencia de la consulta previa cuando fuere

procedente, sin embargo si alberga un acápite de dialogo con la comunidad en general y un párrafo donde se vincula la competencia del Ministerio del Interior, para la realización de este dialogo.

PARÁGRAFO TERCERO. El Ministerio del Interior, en coordinación con el Ministerio de Minas y Energía, desarrollará y regulará los lineamientos en materia de diálogo social y relacionamiento territorial, y regulará los demás aspectos sociales que se consideren necesarios para el desarrollo de los Proyectos Piloto de Investigación Integral - PPII, en aplicación de la Ley 1757 de 2015 y demás normas que la modifiquen, complementen o deroguen.

Paradójicamente, no incorporan el deber de consulta previa ante el procedimiento de dichos estudios explorativos, a lo cual se hizo énfasis en los comentarios, de lo cual puede avizorarse más adelante se podrán presentar conflictos y denuncias en torno a esta omisión, pues sigo considerando es un estudio administrativo que puede afectar a las comunidades indígenas y como lo ha sustentado la Corte Constitucional, el derecho de consulta previa no puede ser equiparado a otra reunión distinta entre el agente privado y la entidad, ya que necesariamente debe ser libre e informada.

SEGUNDA

Dentro, del contexto de la realidad jurídica que se observó mediante la presente investigación y los casos de estudio señalados, se pudo extraer que no existe armonía entre las competencias adscritas al Ministerio del Interior en su Dirección de consulta previa, y la autoridad ambiental encargada de la concesión de la licencia ambiental, razón por la cual se establece como una segunda posible solución enunciativa la siguiente:

La incorporación de un control más de seguimiento que esté a cargo de la autoridad ambiental que otorgue la licencia ambiental o establezca el plan de manejo ambiental, destinado a identificar, corroborar y verificar mediante un informe técnico la población o las comunidades indígenas que se podrían afectar respecto de un proyecto obra o actividad, durante el estudio de la solicitud de la licencia ambiental, previo a la elaboración del estudio de impacto ambiental, oficiando de este copia a la Dirección de Consulta Previa, con el fin de definir el mecanismo de participación aplicar y disminuir así los espacios de vulneración del derecho de consulta previa .

Lo que significa, que de identificarse en el informe técnico la posible afectación sobre comunidades indígenas, la autoridad ambiental deberá oficiar a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, para que se dé inicio al proceso de consulta previa en compañía del agente privado.

Esta, posible solución tuvo su iniciativa de acuerdo con el siguiente interrogante y análisis.

¿Está obligada la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales en Colombia a exigir y verificar que los interesados en desarrollar proyectos, obras o actividades dentro de territorios indígenas y/o negras realicen los estudios de impacto ambiental con la participación de tales comunidades como de ordenar que se realice la reunión de consulta previa?

La consulta previa contemplada en el ordenamiento jurídico de Colombia debe tener como base el respeto de los principios constitucionales

tales como la igualdad, el pluralismo, la libre determinación, la cultura y medio ambiente sano.

Sin embargo este derecho fundamental a la consulta previa y su procedimiento carecen en múltiples ocasiones de una fuerza vinculante, que haga obligatorio para las partes que intervienen en el desarrollo de este mecanismo de participación, su eficaz y cabal cumplimiento como normativamente y jurisprudencialmente se ha definido como establecido los casos en los que se debe llevar a cabo dicho proceso.

Manifestando además la relación de sujeción que debería existir para la protección de este derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas por parte de todas las entidades del orden Nacional o Departamental Las licencias ambientales se establecen para responder a la necesidad de prevenir, mitigar, corregir, compensar, manejar y controlar los impactos al ambiente generados por la actividad humana, en aras de establecer la forma en que puedan ser gestionados de manera responsable con la protección del ambiente.

Es así como las comunidades indígenas quedan desprotegidas, a razón de varios factores externos que buscan desconocer sus derechos, el primer factor ocurre cuando el particular quien tiene el interés de solicitar la aprobación de una licencia ambiental, **omite** informar a las entidades responsables de dicho trámite sobre la posible existencia o presencia de un grupo o comunidad indígena acentuados en el territorio en el cual se ejecutara el Proyecto, Obra o Actividad.

Un segundo factor, tiene que ver con la omisión cometida por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior que se encuentra amparada por el Artículo 91 de la Ley 1437 de 2011 en la expedición del

Acto Administrativo de Certificación de la presencia de comunidades étnicas en el área de interés del Proyecto Obra o Actividad (POA), en el sentido de certificar que no existe presencia de comunidades indígenas que se puedan afectar con la ejecución de los POA, cuando la realidad es que si existía presencia de comunidades indígenas en dicha zonas que pueden ser directamente afectadas por el objeto y los impactos del POA.

El tercer factor, obedece a la inexistencia de un control o verificación por parte de la entidad encargada de la aprobación de licencias ambientales en Colombia, competencia que en la actualidad corresponde a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA, con el fin de ratificar se respete el derecho de consulta previa en caso de haber afectación de comunidades indígenas.

Normativamente la ANLA, se precisa obtuvo competencia para la aprobación de licencias ambientales a través de los artículos 49 y subsiguientes de la Ley 99 de 1993 como de los artículos 2 y 8 del Decreto 2041 del 2014, por el cual se reguló el Título VIII de la Ley 99 de 1993 en lo relativo a las licencias ambientales, declarando a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA, como la autoridad competente para otorgar las licencias ambientales para proyectos en el sector de hidrocarburos, al igual que para realizar las acciones de seguimiento como de monitoreo necesarias para cerciorar el adecuado cumplimiento de las obligaciones impuestas sobre quienes recaen las mismas.

El Decreto Ley 3573 de septiembre 27 de 2011, creó la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), como una Unidad Administrativa Especial, con autonomía financiera y administrativa, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, facultada para el licenciamiento de los proyectos, obras o actividades sujetos del mismo, como de permisos o trámites ambientales.

Posteriormente por medio de una compilación de las normas expedidas por el Gobierno Nacional, se expidió el decreto 1076 del 26 de mayo de 2015, que tiene como propósito unificar los decretos y leyes existentes en materia ambiental.

De ahí, que se considere que al plantearse la posible modificación de este decreto, pase el derecho de consulta previa a tener un carácter vinculante efectivo a través de un control incorporado en las normas ambientales que resultan ser de orden público y no son objeto de transacción o de renuncia a su aplicación por las autoridades o por los particulares.

TERCERA

De acuerdo, con los casos de estudio se pudo notar las faltas que comete el Ministerio del Interior con la expedición de la certificación sobre la presencia de comunidades indígenas y que origina como consecuencia que el derecho a la consulta previa no tenga un efectivo carácter vinculante durante el procedimiento administrativo de la licencia ambiental, constituyéndose una vulneración a este derecho de las comunidades indignas.

Por esta razón, se hace necesario proponer:

La realización de un proceso georeferenciado a nivel nacional llevado a cabo por las entidades competentes para determinar la ubicación de los territorios indígenas en el país, obteniéndose así un registro cualificado de la ubicación y posible reconocimiento de los resguardos o cabildos indignas, logrando así con esta alternativa se elimine una traba que ha creado espacios de vulneración al derecho de consulta previa a partir de las certificaciones erróneas que ha emitido el

Ministerio del Interior ocasionando se perpetúe en varias oportunidades este derecho fundamental de la consulta previa.

No se deja de un lado, que se debe al igual reforzar el compromiso del Estado por garantizar este derecho frente al procedimiento actual para la aprobación de licencias ambientales por parte de las autoridades ambientales.

10. CONCLUSIONES

En conclusión, se puede extractar en derecho, que la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales adscrita al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, bajo las facultades consentidas por la Constitución, la legislación nacional y el bloque de constitucionalidad, está obligada durante el desarrollo del proceso de evaluación o licenciamiento de los proyectos, obras y actividades de su competencia, exigir y verificar que los interesados en desarrollar los POA dentro de territorios indígenas y/o comunidades negras realicen los correspondientes estudios de Impacto Ambiental con la participación de las mismas comunidades y ordenar que se realice la el proceso o la reunión de Consulta Previa.

Esta misma entidad deberá verificar que el proceso de consulta previa corresponda con el responsable del proyecto, obra o actividad y los representantes de las comunidades indígenas y/o comunidades negras que se encuentran dentro del área de influencia del proyecto y estén involucradas en la solicitud de licencia ambiental.

La investigación de la jurisprudencia emitida por las altas cortes en Colombia, permitió hallazgos relevantes y pertinentes para enfrentar el problema de investigación planteado pues en estas y en los casos que se trataron en dichos fallos judiciales, se conocieron las causas y los efectos de lo que origina, resulte transgredido y amenazado el derecho fundamental de las consulta previa de las comunidades indígenas en Colombia.

Pues de allí se precisó como una causa del problema de investigación formulado la descoordinación institucional, que de tiempo atrás desde su reglamentación existe entre las entidades llamadas a proteger los derechos

de las comunidades indígenas, pues su actuar administrativo por parte de esas mismas se encuentra según estas sentencias judiciales, justificado en sus competencias legales, lo cual difiere de lo que constitucionalmente debería ser un proceso integral y eficaz como es el proceso de consulta previa de las comunidades, generándose así por medio de esta descoordinación entre entidades del Estado, espacios idóneos para la violación de los derechos de las comunidades, entre estos el de consulta previa.

Adicional a esto, se identificó en varios pronunciamientos que la ANLA como el máximo órgano nacional para la aprobación de licencias ambientales de grandes proyectos de extracción de recursos naturales y otros, contestaba justificada en sus decisiones, actuar de conformidad a sus competencias legalmente otorgadas, basándose en que si existía omisión del proceso de consulta previa no correspondía a su competencia verificarlo ya que la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior es la autoridad competente en la materia de consulta previa de las comunidades indígenas tanto de certificar su presencia en la zona en que se llevara determinado proyecto obra o actividad, como de acompañar a las comunidades indígenas en la realización del procedimiento de consulta previa.

Razones estas que orientan a consolidar que con la armonización compacta de competencias y de colaboración de la Dirección de Consulta Previa y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA u otras corporaciones encargadas del licenciamiento ambiental, resultaría quizá posible, el efectivo goce del derecho a la consulta previa y otros derechos de las comunidades indígenas.

Visto de esta manera, el Estado en cumplimiento con sus deberes y con lo que la jurisprudencia constitucional ha manifestado está obligado a

reformular los procedimientos o competencias asignadas en beneficio de salvaguardar o garantizar no solo los derechos de las comunidades indígenas como parte de la identidad cultural de la Nación, sino además de proteger y salvaguardar con sus decisiones el medio ambiente junto con los recursos naturales o riquezas de amplia importancia para la Nación, pues estos dos atributos han constituido lo que caracteriza a la población y al territorio colombiano.

No es posible ignorar por lo tanto un tema tan trascendental para la Nación Colombiana, por tratarse de aquello que nos identifica como uno de los países más ricos en biodiversidad ecológica en el mundo, lo cual no es posible mantener si exterminamos las comunidades indígenas, que han conservado su cultura y costumbres en beneficio del cuidado y salvaguarda ambiental de la Nación.

Por otra parte, se concluye que la acción de tutela se pudo corroborar se presenta como un mecanismo idóneo para la defensa de los dos derechos de las comunidades indígenas, en especial el derecho a la consulta previa que es objeto de reclamación permanente ante los jueces constitucionales por vía de tutela en la mayoría de casos.

En la actualidad como se ha expresado con anterioridad, es más notable que las comunidades indígenas, exijan el respeto y protección de sus derechos, es por esto que la acción de tutela resulta ser el mecanismo más usado en su defensa.

La Corte Constitucional, en los últimos años, ha sido quien ha tenido conocimiento de varias acciones de tutela y también ha resuelto en varias oportunidades el amparo de sus derechos, como ordenado a las entidades encargadas de velar por el respeto y garantía de sus derechos ejecutar en el

menor tiempo posible todos los controles y medidas administrativas que estén orientadas a otorgar el goce efectivo de los derechos pertenecientes a las comunidades indígenas.

Recientemente, esta misma corporación en su sitio web oficial, dio a conocer datos estadísticos sobre la incidencia de la acción de tutela en lo referente a la protección de los derechos de las comunidades indígenas así:

Solo en 2018 el derecho a la consulta previa fue invocado 171 veces en tutelas radicadas ante la Corte Constitucional, y en los seis primeros meses de este año se recibieron 92 casos. En un alto porcentaje de las tutelas en las que se solicitó la protección del derecho a la consulta previa, también se pidió el amparo de derechos al debido proceso, derecho de petición, igualdad, identidad cultural y ambiente sano. (Corte Constitucional, 2019).

Esto en un gráfico representa esto:

Los departamentos o distritos especiales en donde más hubo acciones de tutela relacionadas con el derecho de la consulta previa en 2018 fueron: La Guajira (25), Antioquia (21), Bogotá (20) y Bolívar (13).” Corte Constitucional (2019).

Las entidades más demandadas en las reclamaciones de consulta previa en 2018 fueron: Ministerio del Interior (21.6%), Unidad Administrativa Especial Para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas -UARIV- (14,6%), Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (6,4%) y Ministerio de Educación (4,1%). (Corte Constitucional, 2019).

Finalmente, concluyo estar de acuerdo con la posición de la Corte Constitucional al inferir que Estado mismo propicia espacios para la violación de los derechos de las comunidades indígenas como lo es el de la consulta previa y medio ambiente sano y no reacciona ante las múltiples denuncias presentadas por estos pueblos como un llamado en defensa de sus derechos humanos, sin embargo se deja en el tintero que en el mes de Febrero de este año la Corte Interamericana de Derechos Humanos, condeno a un

Estado por la responsabilidad en la vulneración de los derechos humanos de un grupo indígena.

REFERENCIAS

Chams, J. S., & Muñoz, C. J. V. (2016). La licencia ambiental: ¿instrumento de comando y control por excepción?. *Vniversitas*, 65(132), 483-514. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.laic>
doi:10.11144/Javeriana.vj132.laic

Colombia, Decreto 1753 de 1994, por el cual se reglamentan parcialmente los Títulos VIII y XII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales, 41.427 Diario Oficial. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1299>.

Comunicado público de la comunidad indígena Nutabe de Orobajo ante desastre ambiental y cultural producido por Hidroituango. (2018, Mayo 4). [Fotografía]. Recuperado de <https://www.onic.org.co/comunicados-de-otros-sectores/2364-comunicado-publico-de-la-comunidad-indigena-nutabe-de-orobajo-ante-desastre-ambiental-y-cultural-producido-por-hidroituango> (fotografía)

Congreso de la República de Colombia. Decreto 1320 de 1998 “por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio” (1998). Bogotá.

Congreso de la República de Colombia. Ley 21 de 1991 “Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989” (1991). Bogotá.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta, Radicación número: 44001-23-33-000-2016-00079-01, del trece (13) de octubre de dos mil dieciséis (2016). (M.P: Martha Teresa Briceño De Valencia).

Consejo de Estado, Auto de 2015. Decreta suspensión provisional de la Resolución 755 de 2013.)

Consejo de Estado, en sentencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil, de fecha treinta (30) de agosto de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00057-00(2290), (M.P: Álvaro Namén Vargas).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, seccion tercera del mismo (Sentencia 7622, 1993).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera - Subsección A, sentencia de abril 19 de 2012 Radicación: 19001-23-31-000-1999-00815-01(21515), (M.P: Hernán Andrade Rincón).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de julio de 2012,), radicado 25000-23-26-000-1996-02146-01 (M.P: Olga Melida Valle De La Hoz)

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia 29338 de 26 de febrero de 2015, radicado: 76001-23-31-000-2000-02646-01(29338), (M.P: Hernán Andrade Rincón)

Corte Constitucional, sala de revisión, Sentencia T-002 de 2017, (M.P.: Alberto Rojas Ríos).

Corte Constitucional, sala de revisión, sentencia T-129 de 3 de marzo de 2011, (M.P.: Jorge Iván Palacio).

Corte Constitucional, sala de revisión, sentencia T-425 de 2 de julio 2014, (M.P: Andrés Mutis Vanegas)

Corte Constitucional, sala de revisión, Sentencia T-462 del 2014, (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

Corte Constitucional, sala de revisión, sentencia T-462A de 2014 (M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Corte Constitucional, sala de revisión, sentencia T-547 de 2010 (M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

Corte Constitucional, sala de revisión, sentencia T-698 de 2011 (M.P: Luis Ernesto Vargas Silva).

Corte Constitucional, sala de revisión, sentencia T-880 de 2006 (M.P: Álvaro Tafur Galvis).

Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, sentencia T-021 de 28 de enero 2019, (M.P: Alberto Rojas Ríos)

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-123 de 5 de Marzo de 2014, (M.P: Alberto Rojas Ríos)

Corte constitucional, sala plena, Sentencia C-746 de 2012, (M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez).

Corte Constitucional, sala plena, sentencia de unificación SU-123 del 15 de noviembre 2018 del (M.P.: Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes).

Corte Constitucional, sala plena, Sentencias SU-383 de 13 de Mayo de 2003, (M.P: Alvaro Tafur Galvis).

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-769 del 29 de octubre de 2009, (M.P: Nilson Pinilla Pinilla).

Corte Constitucional, sala sexta de revisión, sentencia T-425 de 2 de julio 2014, (M.P: Andrés Mutis Vanegas).

Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión, en Sentencia T-359 de 12 de junio de 2015, (M.P.: Alberto Rojas Ríos).

Corte Constitucional. Sala Plena, Sentencia de Unificación 039 de 3 de Febrero de 1997, (M.P.: Antonio Barrera Carbonell).

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-331 de 2000 (M.P: Vladimiro Naranjo Mesa.) Que trata el tema de “Ordenamiento Territorial y protección ambiental.”

Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-236 de 21 de Abril de 2017, (M.P.: Aquiles Arrieta Gómez).

Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Yakyé Axa Vs Paraguay. Sentencia de Fondo, reparaciones y costas. Páginas 144 y 145.

Corte Constitucional, (2 de Septiembre de 2019), noticia Corte Constitucional convoca a dialogo sobre avances, retos y desafíos del goce efectivo del derecho a la consulta previa, Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/noticia.php?Corte-Constitucional-convoca-a-dialogo-sobre-avances,-retos-y-desafios-del-goce-efectivo-del-derecho-a-la-consulta-previa.-8760>

Diario del Sur (2018). La Corte Constitucional le dio la razón al pueblo indígena Awá en un pleito jurídico por la consulta previa en las zonas de explotación petrolera en Puerto Asís, Bajo Putumayo.. [Imagen] recuperado de: <https://diariodelsur.com.co/noticias/local/corte-fallo-favor-de-los-awa-en-pleito-petrolero-en-el-put-482037> [Accessed 25 Feb. 2020]. (Fotografía)

Díaz A., Díaz J., y Restrepo D., (2014) Responsabilidad Civil Extracontractual Del Estado Por El Impacto Ambiental Derivado De La Actividad Minera. Recuperado de: http://app.vlex.com.ezproxy.umng.edu.co/#ww/search/content_type:4+jurisdiction:co/detrimento+ambiental/ww/vid/638148717/graphical_version

Universidad Externado de Colombia, & Varios. (2011). Estrategias metodológicas en la investigación sociojurídica (No. 4). U. Externado de Colombia.

Figueroa, G. La responsabilidad internacional agravada del Estado colombiano, ed. Universidad del Rosario 2016 p. 95 – 125.

Gamboa, J. C. Pueblos Indígenas y medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un desafío verde. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33329.pdf>

- Gil, E. (2013) La teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia, La filosofía de la responsabilidad civil (Bogotá: Universidad Externado de Colombia,) p. 489
- Güiza, L. (2011). Perspectiva jurídica de los impactos ambientales sobre los recursos hídricos provocados por la minería en Colombia, edición especial, pp. 123-140
- Güiza. L., (2008) Efectividad de los instrumentos administrativos de sanción y exigencia de la reparación del daño ambiental en Colombia, Revista Estudio Socio-Jurídico volumen 10 no.1.
- Henao, J. C. (2002). Responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental. Boletín jurídico de la Universidad Europea de Madrid, (5), p. 14. Recuperado de http://abacus.universidadeuropea.es/bitstream/handle/11268/5032/Henao_2002.pdf Universidad Externado de Colombia.
- Henao, J. C., & Garzón, A. F. O. (Eds.). (2015). La responsabilidad extracontractual del Estado: ¿qué? ¿por qué? ¿hasta dónde? XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. U. Externado de Colombia.
- Congreso de la Republica, Ley 685 relativa al Código de Minas.
- María Galvis, (2011). Resumen del informe ejecutivo el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú elaborado por DPLF a solicitud de

OXFAM. Fundación para el debido proceso Recuperado de:
<http://www.dplf.org/sites/default/files/1301596126.pdf>

Mella, O. (1998). Naturaleza y orientaciones teórico-metodológicas de la investigación cualitativa. Santiago: Cide, 51.

Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial. (2009). Resolución 0155 de 2009, (155), 59.

Ministerio del Interior. (2017a). Resolución 0071 de 2017 "Por la cual se inscribe en el registro de comunidades indígenas, la Comunidad indígena de Orobajo del Pueblo Nutabe, con unidades familiares ubicadas en las veredas Orobajo, La Loma, La Aurora y la Meseta en jurisdicción del municipio. Bogotá. Ministerio del Interior. (2017). La comunidad indígena de Orobajo, del Pueblo Nutabe, ubicada en área rural de los municipios de Sabanalarga, Peque e Ituango, Departamento de Antioquia, "Historia de su proceso de resistencia, desde la conquista hasta nuestros días". Bogotá.

Ministerio del Interior. (2018). Resolución 08 de 2018 "Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición contra la resolución No 05 de enero de 2018." Bogotá.

Montesinos Padilla, C. (2018). Los principios Ruggie y la Agenda 2030. Un futuro de recíprocas influencias por explorar. Revista Española de Derecho Internacional, 70(2), 183-208. Recuperado de:
file:///C:/Users/user/Downloads/Dialnet.LosPrincipiosRuggieYLaAgenda2030UnFuturoDeReciproc-6542016.pdf

Observación General Número 24 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración de Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (Principios Ruggie).

Orjuela, W. R. (2016). Responsabilidad del Estado y sus regímenes. Ecoe Ediciones. Recuperado de: <http://www.ecoediciones.com/web/wp-content/uploads/2016/03/Responsabilidad-del-Estado-y-sus-reg%C3%ADmenes.pdf>

Pérez, G. S. (2002). Desarrollo y medio ambiente: una mirada a Colombia. Economía y desarrollo, 1(1), 80-98.

Presidencia de la República. (2015). Decreto 1076 del 26 de mayo de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Medio Ambiente"

Riosvivoscolombia.org. 2020. Vulneración De Derechos Étnicos Al Cabildo Indígena Nutabe De Orobajo Por Parte Del Proyecto Hidroituango Y Su Empresa Constructora EPM – Rios Vivos. [online] Recuperado de: <<https://riosvivoscolombia.org/comunicado-sobre-vulneracion-de-derechos-etnicos-al-cabildo-indigena-nutabe-de-orobajo-por-parte-del-proyecto-hidroituango-y-su-empresa-constructora-epm/>> [Accessed 13 March 2020].

Rodríguez, G. A. (2011). Proyectos y conflictos en relación con la consulta previa. Opinión Jurídica, edición especial, pp. 57-72

Salinas Alvarado, C. E. (2011). La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia.

Revista Derecho del Estado, 0(27), 235-259. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337630238010>.

Sampieri, R., & Collado, C. (2014). Metodología de la Investigación (6ta Edición ed.). DF México: Mc Graw Hill.

Santos Perez, J. C. (2019). Análisis crítico del Derecho Fundamental a la Consulta Previa de las Comunidades Indígenas en Colombia. Estudio de caso: Comunidad Indígena de Orobajo del Pueblo Nutabe ubicada en el área rural de los municipios de Sabanalarga, Peque e Ituango en el Departamento de Antioquia. Universidad Nacional de Colombia Facultad de Minas, Departamento de Geociencias y Medio Ambiente Medellín, Colombia. Recuperado de: https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/75623/110321808_0.2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Schiele, C. (2017). La jurisprudencia como fuente del derecho: El papel de la jurisprudencia. *Ars Boni et Aequi*, (4).

Vallejo Trujillo, F. (2016). El proceso de consulta previa en los fallos de la corte constitucional colombiana. *Estudios constitucionales*, 14(2), 143-182. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002016000200005.

Vela Perdomo, C. J. (2011). La consulta previa para la explotación de recursos naturales en territorios de los pueblos indígenas en el marco del convenio 169 OIT y su eficacia en los resguardos del gran pueblo de los pastos que habitan en el departamento de Nariño. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.

Yulieth Teresa Hillón Vega. (2014). La consulta previa en la solución de conflictos socio-ambientales. *Revista De Derecho*, (41), 83-111. Recuperado de: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S012186972014000100004

Zeballosf Cuathin, A. (2014) La eficacia del derecho a la consulta previa a pueblos indígenas en Colombia 1991-2011. Maestría tesis, Universidad Nacional de Colombia. Recuperado de: <http://www.bdigital.unal.edu.co/39745/1/6701684.2014.pdf>.

Aristizábal, E. Y. G. La cultura no se erradica por decreto. Recuperado de: <http://medialab.eafit.edu.co/lideres-indigenas/wp-content/uploads/sites/90/2019/06/la-cultura-no-se-erradica-por-decreto.pdf>

Asociación Ambiente y Sociedad (2013): Impacto de las Industrias Extractivas en los Derechos Colectivos sobre Territorios y Bosques de los Pueblos y las Comunidades (Bogotá, Iniciativa para los Derechos y Recursos y Asociación Ambiente y Sociedad).

Cabrera, L., (2014). El Estado colombiano y la responsabilidad patrimonial por el medio ambiente: estudio de caso de la minería en Zaragoza, Volumen (16), p. 61-76.

Cifuentes Sandoval, G., Herrera Tapias, B., Mantilla Grande, L. & Carvajal Muñoz, P. (2018). La consulta previa en la jurisprudencia constitucional de Colombia: Análisis de línea entre 1997- 2015. *Revista Justicia*, 23(33), 11-36. Recuperado de: <https://doi.org/10.17081/just.23.33.2872>

Colombia, Decreto 1180 de 2003, por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre Licencias Ambientales, 45.185 Diario Oficial, 12 de mayo de 2003. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=8144>

Colombia, Decreto 1220 de 2005, por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales, 45.890 Diario Oficial, 25 de abril de 2005. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=16316>

Colombia, Decreto 1728 de 2002, por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre la licencia ambiental. 44.893 Diario Oficial, 7 de agosto de 2002. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5548>

Colombia, Decreto 1753 de 1994, por el cual se reglamentan parcialmente los Títulos VIII y XII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales, 41.427 Diario Oficial. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1299>

Colombia, Decreto 2041 de 2014, por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales, 49.305 Diario Oficial, 15 de octubre de 2014. Recuperado en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=59782>

Colombia, Decreto 2820 de 2010, por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales, 47.792 Diario Oficial, 5 de agosto de 2010. Recuperado en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=45524>

Constitución política de Colombia (1991). Art. 2, Asamblea Nacional Constituyente, Bogotá, Colombia, 6 de Julio de 1991.

Cordova Flores, C. C. (2016). Analisis del caso chevron y la afectación a los derechos humanos (Master's thesis, Facultad de Diplomacia)

Corte Constitucional, sentencias C-030 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil), C-175 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva; SV Nilson Pinilla Pinilla; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SV Cristina Pardo Schlesinger; SV Humberto Sierra Porto), C-366 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva; AV María Victoria Calle Correa; AV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SPV Humberto Sierra Porto; SPV Luis Ernesto Vargas Silva), C-196 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa; SV Jorge Iván Palacio Palacio; SV Nilson Pinilla Pinilla; SV Luis Ernesto Vargas Silva) y C-317 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa; AV Luis Ernesto Vargas Silva; SV Mauricio González Cuervo; SPV Nilson Pinilla Pinilla; SV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Corte Constitucional, sentencias SU-039 de 1997 (MP Antonio Barrera Carbonell; SV Hernando Herrera Vergara, Vladimiro Naranjo Mesa, Fabio Morón Díaz y Jaime Vidal Perdomo), T-652 de 1998 (MP Carlos Gaviria Díaz), T-547 de 2010 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-745 de 2010 (M.P. Humberto Sierra Porto), T-129 de 2011 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), T-693 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-993 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa) y T-172 de 2013 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión, Sentencia T-359 de 12 de junio de 2015, M.P.: Alberto Rojas Ríos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, párrs. 121 y 122. En el mismo sentido, Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá, párr. 112.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2015, Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, párr. 133.

De Britto Taquary, E. O. (2013). El derecho a un medio ambiente saludable: protección por la corte interamericana de derechos humanos. Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, 77-111.

Gómez Chavarría, A. (2015) Conflictos socioambientales alrededor de la hidroeléctrica Hidroituango (Tesis de grado). Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.

Jimenez, D (2016) Responsabilidad del estado; títulos de imputación objetiva por daño especial y riesgo excepcional en el desarrollo jurisprudencial del consejo de estado año 2013-2016 Recuperado de <http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14200/1/ARTICULO%20DE%20GRADO%20FINAL%20DIANA%20JIMENEZ.pdf>
Universidad Católica de Colombia

Loaiza Bran, J.F., y Saldarriaga, M. (1 de junio de 2015). Orobajo tiene las horas contadas. El Colombiano. Recuperado de: <https://www.elcolombiano.com/colombia/las-horas-contadas-en-la-aldea-de-orobajoCJ2038747>

Lopera, G, P; Dover, Robert (2013) "Consulta Previa, ciudadanías diferenciadas y conflicto socio ambiental", Boletín de Antropología. Universidad de Antioquia, Medellín, Vol 28, N.o 45, pp. 76-103. Recuperado de: <file:///C:/Users/user/Downloads/17771-62049-1-PB.pdf>

López Medina, D. E. (2006). Módulo de Interpretación Constitucional (2nd ed.). Bogotá: Unilibros.

Mena, Marisela e Hinestroza, Lisneider (2014): "Eficacia de la consulta previa en el trámite de licencias ambientales en el departamento del Chocó 2006-2011", en Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas (Vol. 14, N° 26), pp. 39-66.

Morales, L. (2017). La paz y protección ambiental en Colombia. Fundación Universidad Autónoma de Colombia, 1, 27-29.

Olivares Alanís, Efrén (2013): "Indigenous Peoples' Rights and the Extractive Industry: Jurisprudence From the Inter-American System of Human Rights", en Goettingen Journal of International Law (Vol. 5, Issue 1), pp. 187-214.

Organización Internacional del Trabajo. (2018). Recuperado de <http://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/history/lang-es/index.htm>.

Organización Nacional Indígena de Colombia. (23 de mayo de 2018). Sobre la tragedia de Hidroituango: el llamado desesperado de la Madre Tierra [Comunicado de prensa]. Recuperado de: www.onic.org.co/comunicados-onic/2377-sobre-tragedia-de-hidroituango-el-llamadodesesperado-de-la-madre-tierra

- Orozco Gómez, M., & Présiga Granada, J. (2014). Problemáticas jurídico-ambientales generadas en el marco de la construcción de la central hidroeléctrica ituango (departamento de Antioquia). Universidad de Medellín.
- Quintero, C. A. M. (2014). Licencias ambientales: aproximación y valoración desde el origen del conflicto ambiental. *Revista Ratio Juris*, 9(18), 27-42.
- Quintero, N. A. G., Yepes, C. A. Z., Hernández, V. G., & Bastidas, C. J. A. (2016). Evolución en la reglamentación de las licencias ambientales en Colombia. *Ingenierías USBMed*, 7(1), 55-70.
- Resolución N° 0443 del 17 de Abril de 2015 expedida por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, recuperada de: http://portal.anla.gov.co/sites/default/files/16721_res_0443_17042015.pdf.
- Rodríguez Garavito, C., & Orduz Salinas, N. (2012). LA CONSULTA PREVIA: DILEMAS Y SOLUCIONES. Lecciones del proceso de construcción del decreto de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia.
- Rodríguez, G. A. (2014). De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a Pueblos Indígenas en Colombia. Recuperado a partir de <https://philpapers.org/rec/RODDL-2>
- Rodríguez, Gloria Amparo (2008): "La autonomía y los conflictos ambientales en territorios indígenas", en Houghton, Juan, La tierra contra la muerte

(Medellín, Centro de Cooperación al Indígena Cecoin, Organización Indígena de Antioquia OIA, Observatorio Indígena de Políticas Públicas de Desarrollo y Derechos Étnicos), pp. 57-82.

Rodríguez, Gloria Amparo (2009): "El papel de la consulta previa en la pervivencia de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos de Colombia", en *El Otro Derecho* (N° 40), pp. 55-74.

Rodríguez Patarroyo, M. (2016). Retos jurídicos para la consulta previa a partir del análisis de su operación en el sector minero (No. 8). U. Externado de Colombia.

Ruiz, W. (2010) *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*, ed. ECOE

Sáenz, O. (2007). Las ciencias ambientales: una nueva área del conocimiento. En O. Sánchez. Bogotá D.C.: RCFA. Recuperado de: file:///C:/Users/user/Downloads/Libro_Ciencias_Ambientales.pdf.

Santiváñez, J. A. R. (2005). Fundamentos sobre el carácter vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, (9), 343-356.

Suárez Ricaurte, F. (2016). El derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas, étnicas y tribales, y la minería en Colombia. Una lectura a partir del derecho al territorio indígena. In *Minería y Desarrollo* (1st ed., pp. 331–376). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Universidad de Sevilla. (1999) *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*. N° 3 de noviembre de.. *Medio Ambiente y Derecho*. Área de Derecho Administrativo. En esta dirección se encuentra la revista mencionada y

en su interior el ensayo de la referida autora, cuyo título es "la relación de causalidad en la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por daños ambientales" Recuperado de www.cica.es/aliens/gimadus

Valero, Daniel (2012): "Consulta previa a comunidades enreda proyectos de desarrollo", [fecha de consulta: 12 de mayo de 2015]. Recuperado en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11220667>

Wilhelmi, M.A. (2015) Derechos y pueblos indígenas: avances objetivos, debilidades subjetivas. Revista de Antropología Social 24, 127-147.

ANEXOS

Pantallazo de la confirmación por parte del Ministerio de Minas y Energía, de la recepción de los comentarios efectuados frente a los lineamientos para adelantar actividades de exploración sobre yacimientos no convencionales.



LINA PAOLA VERA DUARTE <lpvera@unicolmayor.edu.co>

Su Comentario ha sido registrado

2 mensajes

webportal@minenergia.gov.co <webportal@minenergia.gov.co>
Para: lpvera@unicolmayor.edu.co

20 de enero de 2020, 22:28

Apreciado/a LINA PAOLA,

Usted ha escrito el siguiente comentario:

Comentario: COMENTARIOS PARA SER TENIDOS EN CUENTA POR PARTE DEL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA POR FIJAR LOS LINEAMIENTOS PARA ADELANTAR ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN EN PROYECTOS PILOTO INTEGRALES DE INVESTIGACIÓN (PPI) SOBRE YACIMIENTOS NO CONVENCIONALES DE HIDROCARBUROS. Por: Lina Paola Vera Duarte Ante la iniciativa por parte del Ministerio de Minas y Energía por fijar los lineamientos para adelantar actividades de exploración en Proyectos Piloto Integrales de Investigación (PPI) sobre yacimientos no convencionales de hidrocarburos con la utilización de la técnica de fracturamiento hidráulico multietapa mediante perforación horizontal, no se pueden vulnerar derechos fundamentales de importancia y contenido constitucional como lo son el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas y el derecho a un ambiente sano de las mismas comunidades indígenas como de la demás población colombiana. Es por esta razón que a continuación señalare los argumentos los cuales se deben tener en cuenta e incluir en la iniciativa reglamentaria en cuestión o de lo contrario estos lineamientos incurrirán en una inconstitucionalidad. SUSTENTO DEL COMENTARIO El estado colombiano avanzó en el reconocimiento de los derechos de los grupos étnicos, a través de la promulgación de la Constitución Nacional de 1991, sin embargo, observando la realidad se hace necesario que en la actualidad, el estado colombiano, también a su vez avance en las garantías que en materia ambiental sean necesarias para la protección y preservación del medio ambiente, como en las garantías del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas. Es por esta razón que se hace necesario comentar sobre la existencia de dos derechos fundamentales como lo son el medio ambiente sano y la consulta previa de las comunidades indígenas que habitan el territorio colombiano, debido a que no se fijan parámetros suficientes para la protección del medio ambiente y tampoco se menciona durante el contenido de los lineamientos para adelantar actividades de exploración en Proyectos Piloto Integrales de Investigación (PPI), como se harán partícipes las comunidades indígenas de identificarse su presencia o posibles afectaciones directas sobre ellas en los lugares de exploración, ya sea durante el licenciamiento ambiental y de manera previa al inicio de los PPI. Lo anterior resulta ser grave e ir en contra aun de la Constitución Política, la cual señala: en su Art. 1- Colombia es un Estado social de derecho, es democrática, participativa y pluralista y tiene prevalencia el interés general. Art. 2- Son fines esenciales del Estado; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan Art. 7- Protección de la diversidad étnica. Art. 6- Obliga al Estado y a las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación. Art. 10 - Establece que las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son oficiales en sus territorios. Art. 13 - El Estado debe proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica se encuentren en circunstancia de debilidad. Art. 70 - La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. Art. 40-2, Permite diversas formas de participación democrática. Art. 329, Establece los mecanismos para la conformación de las entidades territoriales indígenas, su forma de administración y las características de los resguardos: propiedad colectiva y no enajenable. Luego al ser la constitución la norma de mayor jerarquía, su contenido se debe anteponer ante cualquier iniciativa reglamentaria con el fin de no vulnerar derechos fundamentales o crear espacios de vulneración de los mismos lo cual sería inconstitucional y por lo tanto revocable. Ante esto, es menester de igual forma mencionar al Convenio 169 de la OIT que propone el inicio de la lucha por los derechos de las comunidades indígenas, previo a la constitución política de 1991 que lo reconoce. Debido a que del mismo emana la obligación que le asiste al gobierno de tener en cuenta y respetar los derechos de las comunidades de forma inclusiva según su artículo 5 que dispone: Artículo 5 (1) de este Convenio estipula que los gobiernos deberán: "consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente" lo cual incide en la lucha de estas comunidades por

...mismo modo sobre los graves riesgos que representa la ejecución de estos proyectos sin un verdadero control o posibles sanciones. Jurisprudencialmente es dable reconocer, el av...
 realizando sobre el derecho a la consulta previa, de estas comunidades convirtiéndose en la voz de pueblos y grupos étnicos, que en el pasado estuvieron marginados y olvidados, ...
 ordenamiento jurídico claman porque se dé una efectiva protección y responsabilidad por parte de las entidades estatales. Desde una perspectiva donde se quiere se respeten los c...
 muchos de los conflictos relacionados con la explotación de los recursos naturales en Colombia tiene que ver con la no aplicación y efectividad del proceso de Consulta Previa dent...
 social de derecho que en la actualidad se omite dejando en un estado de vulneración el respeto y garantía de derechos de las comunidades indígenas. Es por esto que resulta perti...
 previa, libre e informada de los pueblos indígenas La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú respecto a los conflictos que se generan en un estado como en el caso de Colc...
 como del medio ambiente. "Estos conflictos sacan a la luz las tensiones existentes entre los diversos actores involucrados y enfrentan dos maneras de entender el desarrollo: la de...
 su deber de promover el desarrollo de conformidad con las correspondientes normas constitucionales, y la de los pueblos indígenas y su derecho a usar y gozar de sus tierras, prot...
 cosmovisión y bajo la protección constitucional." (Subrayado fuera texto original). (Galvis, 2011) De ahí que resulte de vital importancia encaminar estos conflictos a una solución arr...
 pueblos indígenas y del medio ambiente de lo cual se puede aducir que parte de esta solución es la garantía y efectividad del proceso de consulta previa del cual gozan los pueblos...
 dentro del ordenamiento jurídico interno y extendido por convencionalidad a tratados y normas internacionales que los protegen, de tal forma que no se vean directamente afectado...
 acción del garante en este caso del gobierno colombiano debe estar encaminada a la protección y garantía de estos derechos y esto se logra con la aplicación, observación y contr...
 estado sobre quienes recae la función administrativa, vigilancia o licenciamiento ambiental que involucre de forma directa o pueda afectar a las comunidades indígenas o triviales. P...
 el inicio de los PPI, previniendo y corrigiendo los posibles riesgos que se identifiquen de manera definitiva sin afectar en mayor grado a la población civil y comunidades indígenas...
 para que se definan las medidas más idóneas para adoptar con base en los procesos de consulta previa y/o de consentimiento previo, libre e informado. Logrando que se convierta...
 idóneo para reconocer y proteger el derecho al ambiente sano conjuntamente con la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. Como conclusión final he de manifestar qu...
 proteger a las comunidades indígenas y la propuesta en estos comentarios de participación no es la excepción, falta aún tocar otros aspectos relevantes, pero reitero esta participac...
 propuesto en el plan nacional de desarrollo actualmente vigente.

Título: Lineamientos para adelantar actividades de exploración PPII

Fecha Solicitud: lunes 20 de enero de 2020

El mensaje será revisado por un funcionario del ministerio y publicado dentro del portal

Gracias



webportal@minenergia.gov.co <webportal@minenergia.gov.co>
 Para: lpvera@unicolmayor.edu.co

[El texto citado está oculto]