LA ARMONIZACIÓN DEL MARCO RUGGIE DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA CONSULTA PREVIA EN EL OTORGAMIENTO DE TÍTULOS MINEROS EN COLOMBIA.

Laura Catalina Cortés Romero - 41141080
Juan Camilo Mariño Rodríguez - 41141030
Lina María Martínez Ardila - 41141711
Álvaro Andrés Sánchez Díaz - 41141289

Profesor Josué Otto de Quesada Varona

Asesor

MONOGRAFÍA DE INVESTIGACIÓN

UNIVERSIDAD LIBRE

FACULTAD DE DERECHO

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOJURÍDICAS

BOGOTÁ D.C.

2018

Especial agradecimiento a la Universidad Libre por brindarnos durante este proceso de formación, el apoyo, las herramientas y el conocimiento para poder ejercer nuestra amada profesión por el resto de nuestras vidas.

Agradecimiento al doctor Josué Otto de Quesada Varona, al ser guía por medio de sus conocimientos académicos y científicos durante la elaboración de la presente monografía, y a la doctora Rosalvina Otálora Cortés por su constante apoyo desde el semillero de investigación Economía y Conflicto de nuestra casa de estudios.

ACEPTACIÓN

Valoración_____

_____

_____

_____

_____

_____

_____

_____

_____

_____

_____

Calificación (A o I) _____

_____

Dr. (a)

Jurado o Asesor

_____

Dr. (a)

Jurado

_____

Dr. (a)

0Jurado

DEDICATORIA

A mis padres: Rubiela Romero y Asdrúbal Cortés, y mi hermano Santiago Cortés que confiaron siempre en nuestras capacidades y el ímpetu de sacar este proyecto adelante.

De: Laura Catalina Cortés Romero

A mis padres: Edith Rodríguez y Octavio Mariño, fuente de amor y fortaleza en todas las esferas de mi vida. A mi familia por su apoyo y confianza. A todos quienes dieron su vida por la defensa de los derechos humanos.

De: Juan Camilo Mariño Rodríguez.

A Dios… A mis padres: Maritza Enit Ardila Forero y José Fernando Martínez García, quienes, con ejemplo, apoyo, espera y amor incondicional durante estos últimos siete años académicos, me acompañaron a culminar este proceso de vida… A mi hermana: María Fernanda Martínez Ardila referencia como mujer y como profesional. Finalmente, a él…

De: Lina María Martínez Ardila

A mis tíos Jairo Sánchez Méndez, Claudia Consuelo Sánchez Méndez y Carlos Alfonso Rueda Ángel por su especial apoyo. A mis hermanos: Anamaría Sánchez Díaz y Juan Camilo Sánchez Rincón por su motivación.

AUTORIDADES ACADÉMICAS

Presidente Nacional: Jorge Alarcón Niño

Vicepresidente Nacional: Jorge Gaviria Liévano

Rector Nacional: Fernando Dejanón Rodríguez

Secretario General: Floro Hermes Gómez Pineda

Censor Nacional: Ricardo Zopó Méndez

Presidente Seccional: Julio Roberto Galindo Hoyos

Rector Seccional: Jesús Hernando Álvarez Mora

Decano Facultad de Derecho (E): Rubén Alberto Duarte Cuadros

Secretaria Académica: Ana Rocio Niño Perez

Director Centro de Investigaciones: John Fitzgerald Martínez Vargas

TABLA DE CONTENIDO

Introducción 9

Capítulo I: La consulta previa en Colombia 17

Afectación a la Consulta Previa en el marco del otorgamiento de títulos mineros: 33

Capitulo II: Principios Rectores sobre Empresas y de Derechos Humanos 45

Capitulo III: El *pacta sunt servanda* como instrumento de armonización 63

Pacta Sunt Servanda como instrumento de armonización 84

Proteger, respetar y reparar la consulta previa: 87

Conclusiones 91

Referencias 93

Anexo 1: Informe observación de la Consulta Previa 102

Anexo 2: Aplicación del método ontogenético 116

TABLA DE GRÁFICAS

Ilustración 1: Derecho a la información 31
Ilustración 2: Afectaciones a la comunidad 32
Ilustración 3: Reparación 33
Ilustración 4: Comportamiento consulta previa 105
Ilustración 5: Derecho a la información 105
Ilustración 6: Identificación comunitaria 106
Ilustración 7: Socialización 107
Ilustración 8 Aprobación 109
Ilustración 9: Afectación comunitaria 110
Ilustración 10: Propiedad colectiva 111
Ilustración 11: Garantías de reparación 112
Ilustración 12: Protección ambiental y cultural 113
Ilustración 13: Delimitación territorial 114

TABLA DE CUADROS

Tabla 1: Método ontogenético..... 161

Introducción

En 1971, el escritor uruguayo Eduardo Galeano escribió y publicó su libro titulado "Las Venas Abiertas de América Latina", donde narra por medio de un ensayo compuesto por dos partes la historia de los pueblos latinoamericanos, desde el proceso de colonización por parte de los potencias europeas en el siglo XV hasta llegar al contexto o ámbito político y económico de la década de los setentas del siglo XX. En esta obra, el autor hace una crítica social, sobre las violaciones y atrocidades que el pueblo latinoamericano ha vivido en su proceso de desarrollo, partiendo del periodo de conquista, por parte de los europeos, en donde estos actores no reconocían al indígena y al negro como persona o como cultura. El desconocimiento del "otro" se generaba a partir de prácticas violentas, por medio de la imposición de su cultura a las comunidades indígenas y negras, atentando contra la cosmovisión, la cultura, los credos y finalmente mediante la explotación de sus territorios al extraer los recursos minerales como el oro y la plata con fines de ser arrebatados del continente y ser transportados en galeones europeos al viejo continente. Desafortunadamente estas prácticas de extracción de los recursos naturales en los asentamientos indígenas no finalizó en el periodo colonial, posteriormente el saqueo de los recursos naturales se siguió ejecutando, por parte de los Estados imperialistas (Reino Unido y Estados Unidos) desde el siglo XIX en adelante.

Los procesos históricos mencionados, que en el presente siglo, siguen vigentes en Colombia, hoy en día coexisten con intereses económicos y políticos de diferentes actores, tales como: los ideales de las empresas nacionales e internacionales, e incluso el mismo Estado, al tomar una postura favorecedora. Como se puede evidenciar en la actualidad práctica y en el acontecer de la sociedad colombiana, se siguen extrayendo recursos naturales de los asentamientos indígenas y afrodescendientes, vulnerando el derecho humano reconocido normativamente a nivel nacional e internacional, denominado: Consulta Previa.

Dentro de las fuentes para adquirir el conocimiento de la historia se encuentran diferentes clasificaciones, como lo son: la fuente oral; aquella que hace referencia a los testimonios o relatos orales de los pueblos, la fuente escrita o material: como la obra de la literatura hispanohablante inicialmente mencionada, del escritor ganador del Premio Casa de las Américas, o un manual de historia y/o investigación científica de un erudito sobre la materia, de estas fuentes investigativas se puede obtener como resultado que a lo largo de la historia el pueblo latinoamericano y para el presente caso de estudio, la colectividad colombiana ha evidenciado la participación de actores que han vulnerado a través de distintos procedimientos, propios del contexto de la época, el derecho a la Consulta Previa, entendido como el derecho humano amparado por normas jurídicas de carácter interno e internacional, consagrado como garantía de carácter colectivo, necesario para el reconocimiento de la participación de las comunidades étnicas y afrodescendientes en la toma de decisiones y en la creación de normas jurídicas que afecten su cosmovisión, territorio o cultura. Derecho, que a su vez, impone un deber correlativo a las autoridades públicas de reconocer su importancia y propende por la búsqueda de la consensualidad de las partes (intereses del Estado, de las empresas nacionales y trasnacionales y primordialmente por los intereses y necesidades de los pueblos étnicos).

Las anteriores situaciones históricas y las prácticas actuales han llevado a que la libre competencia económica se vea condicionada por la diversidad étnica y cultural en detrimento del derecho fundamental a la Consulta Previa en el otorgamiento de títulos mineros en Colombia.

Dicha situación ha sido ampliamente documentada por el informe de la Contraloría General de la República (2014) titulado “Minería en Colombia: Control público, memoria y justicia socio ecológica, movimientos sociales y postconflicto”, donde se establece que el otorgamiento de títulos mineros no ha respetado los mecanismos de participación de las comunidades étnicas, sino por el contrario se están favoreciendo en los procesos de extracción de los recursos naturales, los principios de la libertad de empresa y el modelo de

desarrollo económico extractivista, en donde se releva al Estado del papel emprendedor y lo posiciona como un facilitador. De acuerdo con la Contraloría General de la República (2013) esta situación de falta de aplicación de los postulados normativos de protección a las comunidades indígenas, buscando garantizar en exceso los derechos adquiridos y la libertad económica, han hecho perder la eficacia de los instrumentos administrativos, que buscan la protección de las comunidades indígenas y el ambiente, además del consenso entre los intereses estatales generales, los de los particulares en ejercicio los derechos adquiridos y los de las comunidades étnicas.

Bajo este panorama, y en el contexto de la internacionalización del derecho, procede preguntarse ¿Cómo el Marco Ruggie de las Naciones Unidas debe ser adecuado en el proceso de Consulta Previa en el otorgamiento de títulos mineros en el ordenamiento jurídico colombiano? Incógnita que se responde a lo largo de este trabajo y pretende dar una solución al problema jurídico que suscitó la elaboración de esta investigación. Se da respuesta a dicho cuestionamiento demostrando la conveniencia del Marco Ruggie de Naciones Unidas a través del método ontogenético para garantizar la Consulta Previa en el otorgamiento de títulos mineros en Colombia de tal manera que a través de la armonización de las normas de derecho blando y las de contenido vinculante, por medio del Marco Ruggie, se logre conciliar la libre competencia económica con la diversidad étnica y cultural en favor del derecho fundamental a la Consulta Previa.

Teniendo como estructuras del Estado colombiano los pueblos es especial protección constitucional y partiendo de la observación, el análisis y el estudio del derecho a la Consulta Previa en estas estructuras, en los procesos de explotación de recursos naturales en sus territorios, se pudo esclarecer por medio de esta investigación, las funciones que cumplen estas estructuras sociales en relación con los procesos de otorgamiento de títulos mineros, estos trámites últimos en coordinación con la superestructura social del Estado.

Como síntesis de los párrafos precedentes, se pretende demostrar la viabilidad de la armonización entre normas vinculantes y normas de soft law a través del marco Ruggie de las Naciones Unidas para garantizar el cumplimiento de la Consulta Previa en el otorgamiento de títulos mineros.

El panorama descrito permite tener la presente investigación como un aporte al trabajo realizado por el semillero de investigación Economía y Conflicto de la Universidad Libre, casa de estudios que pone de manifiesto su interés en "propender por la identidad de la nacionalidad colombiana, respetando la diversidad cultural, regional y étnica del país, procurar la preservación del medio y el equilibrio de los recursos naturales y ser espacio para la formación de personas democráticas, pluralistas, tolerantes y cultoras de la diferencia a través de los procesos de investigación para la permanente construcción de un mejor país". La correlación expresada, parte de una postura crítica del país respecto al ejercicio y garantía del derecho fundamental de Consulta Previa consagrado en el artículo 7 de la Constitución Política de 1991, derecho humano del cual son titulares los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes, garantía constitucional que a su vez, es un rasgo esencial que permite la identidad de la nación colombiana. Sin embargo, desafortunadamente, este derecho se ha venido vulnerando a lo largo de la construcción de la historia como Estado, desde los inicios de los procesos de colonización e independencia de América Latina (para el presente estudio procedimiento de colonización y emancipación de Colombia) por parte de la Corona española. Seguido históricamente, por el otorgamiento de títulos mineros en las primeras décadas del siglo XX a empresas como Cerro Matoso S.A, entre otras, para que éstas pudieran explotar procedimientos de recursos naturales en territorios indígenas y afrodescendientes, procesos de extracción que tenían estipulado en los contratos un periodo de explotación que finalizaría en el año 2012. A pesar de ello, a finales de siglo, se prorrogó el tiempo para poder continuar ejecutando dichos proyectos. En la actualidad los procesos negligentes de extracción de los recursos naturales en los resguardos indígenas y afrodescendientes, por parte de empresas nacionales e internacionales, en donde a sus vez ha participado el Estado desde una postura facilitadora, han generado por medio de pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional la responsabilidad de los

actores al no respetar y garantizar por medio de sus proyectos extractivistas el derecho a la Consulta Previa.

Con el fin de lograr los objetivos expuestos se ha diagnosticado la situación expuesta, por medio de la observación jurisprudenciales, donde se pretendió establecer el alcance de la expresión del desarrollo total del individuo, buscando obtener información sobre la correlación de la comunidad indígena o negra con su entorno social en relación a la práctica del ejercicio de la Consulta Previa en los procesos de extracción de recursos naturales en sus territorios.

Así, por medio de la ontogénesis se realizó un estudio de los siguientes casos: (I) el caso de los pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 25 de noviembre de 2015 y (II) el caso de la empresa Cerro Matoso decidido por la Corte Constitucional colombiana en sentencia T-733 de 2017, análisis comparativo que permitió la compresión de la vulneración del derecho a la Consulta Previa en los procesos de explotación de recursos naturales en sus territorios. Para lograr a partir de estas observaciones: la conceptualización, la armonización y la justificación de la conveniencia del Marco Ruggie de Naciones Unidas a través de los principios de protección, respeto y reparación para garantizar la Consulta Previa en el otorgamiento de títulos mineros en Colombia.

Esta investigación se desarrolló en tres capítulos que se pretenden dar respuesta al problema y objeto de investigación formulados.

En el primer capítulo se contextualiza al lector sobre el análisis del proceder de la Consulta Previa en casos específicos en el otorgamiento de títulos mineros en Colombia, partiendo del informe “Minería en Colombia: control público, memoria y justicia

socioecológica, movimientos sociales y postconflicto" realizado por la Contraloría General de la República en el año 2014, el cual permite evidenciar que el otorgamiento de títulos mineros no ha venido respetando la participación previa de las comunidades indígenas y afrodescendientes, sino por el contrario se ha venido favoreciendo los principios de libertad de la empresa y el modelo de desarrollo extractivista, en donde se refleja o demuestra la participación y postura facilitadora por parte del Estado. Desafortunadamente el otorgamiento de títulos, la exploración y explotación se han venido realizando sin tener en cuenta consideraciones de tipo cultural, social y ambiental, procedimientos y prácticas que atentan contra los principios de carácter tradicional de las comunidades indígenas y pueblos afrodescendientes, grupos minoritarios titulares de la protección constitucional.

En el segundo apartado se conduce la lectura con la ayuda de la conceptualización y justificación de la conveniencia del Marco Ruggie de Naciones Unidas a través del método ontogenético para garantizar la Consulta Previa en el otorgamiento de títulos mineros. El análisis del Marco Ruggie o "Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos" de la Organización de Naciones Unidas en relación con el derecho a la Consulta Previa se realiza mediante el estudio de los siguientes casos: (A) el caso de los pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 25 de noviembre de 2015 y (B) el caso de la empresa Cerro Matoso decidido por la Corte Constitucional colombiana en sentencia T-733 de 2017. El primer caso nombrado (A), parte de la noción de control de convencionalidad y la segunda situación fáctica (B) por intermedio del control concreto de constitucionalidad. El estudio del Marco Ruggie en relación con la Consulta Previa se realiza por medio de la comparación de similitudes y de diferencias de los casos mencionados a través de los siguientes puntos de análisis: (I) el deber de respeto, (II) obligación de protección del Estado (III) obligación de reparar. Para finalmente afirmar en este capítulo que si bien es cierto que la Consulta Previa es requisito sine qua non para el otorgamiento del título minero, se requiere que aun así, a pesar, de que las autoridades menosprecien: los estándares o los principios establecidos por la Corte Interamericana y la Corte Constitucional por su carácter blando por estar contenidos en decisiones que en principio generan efectos inter partes, se necesita y se considera acertado dar regulación

precisa a los postulados abstractos contenidos en el soft law en materia de derechos humanos dentro del proceso de Consulta Previa. Para poder regular sobre los postulados consagrados en el soft law se deben armonizar éstos con las normas vinculantes colombianas, mediante la propuesta de creación de referentes normativos que tengan como objeto la integración de las normas sobre el Proceso de Consulta Previa y la creación de una autoridad consultiva encargada de estos procedimientos.

En el tercera sección se busca a través de la corroboración, identificar las posibilidades de armonización entre normas vinculantes y normas de soft law para dar cumplimiento a las disposiciones del marco Ruggie de las Naciones Unidas en relación con la libre competencia económica que se ve condicionada por la diversidad étnica y cultural, logrando así garantizar el derecho a la Consulta Previa en el otorgamiento de títulos mineros en Colombia. Para poder armonizar las normas de carácter vinculante y las normas de soft law se propone en la presente investigación la creación de un organismo asesor especializado en estándares internacionales de derechos humanos en el otorgamiento de títulos mineros en Colombia, que haga parte de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, para que se encarguen de ejecutar los procesos de Consulta Previa, con fundamento en el principio *pacta sunt servanda*, en sentido amplio.

Para finalizar y poder emprender el estudio de la siguiente investigación es importante resaltar el valor jurídico y social de los resultados de esta investigación respecto al derecho humano de la Consulta Previa en los procesos de explotación de recursos naturales en sus territorios. Al ser este derecho de gran valor por el especial reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas como único conjunto indivisible e independiente, en la medida que este derecho influye notablemente en la definición de las otras garantías de los pueblos indígenas y afrodescendientes en el Estado colombiano. Este derecho a lo largo de la historia, como se ha venido mencionando en esta introducción, se ha desarrollado notoriamente a nivel nacional e internacional, en aras de demostrar su carácter fundamental para la supervivencia de la diversidad étnica y cultural, así como para la vida de cada uno de

los miembros de estas comunidades, las cuales han venido reivindicando y exigiendo a nivel local e internacional el respeto de sus derechos fundamentales en calidad de individuos y miembros de una colectividad.

Capítulo I: La consulta previa en Colombia

De acuerdo con el informe "Minería en Colombia: Control público, memoria y justicia socioecológica, movimientos sociales y postconflicto" (Contraloría General de la República, 2014) se establece que el otorgamiento de títulos mineros no ha respetado los mecanismos de participación de las comunidades étnicas, favoreciendo los principios de la libertad de empresa y el modelo de desarrollo económico extractivista, que relevan al Estado del papel emprendedor y lo posiciona como un facilitador.

Así pues, "la ampliación en las áreas de exploración y explotación, así como el otorgamiento de títulos, fue realizado sin atender a consideraciones de tipo social, cultural y ambiental" (Observatorio Nacional de Paz, 2012, p. 114), situación ampliamente contraria a los principios tradicionales de los pueblos indígenas y comunidades minoritarias de especial protección constitucional.

Ya en el informe "Minería: Derechos, políticas públicas y gobernanza" la Contraloría General de la República (2013) indicó que la situación de falta de aplicación de los postulados normativos de protección a las minorías étnicas, buscando garantizar en exceso los derechos adquiridos y la libertad económica han hecho perder la eficacia de los instrumentos jurídicos que buscan la protección de los pueblos indígenas y el ambiente, además del consenso entre los intereses estatales generales, los de los particulares en ejercicio los derechos adquiridos y los de los pueblos étnicos.

Es un deber del Estado garantizar la participación de las comunidades étnicas en lo relativo a la explotación de recursos naturales en sus territorios, al ser este un mandato constitucional, consagrado en el parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política.

En efecto, especialmente en cuanto a las decisiones referentes al territorio de las comunidades indígenas la Corte Constitucional (2011) ha entendido que:

> "de la concepción holística de territorio que ostentan los pueblos indígenas se puede concluir que la explotación de recursos naturales yacentes en territorios ancestrales hace parte de su esfera vital y de su forma de relacionarse directamente con la naturaleza, así como de su legado cultural y socioeconómico" (p. 50).

El análisis del modelo minero colombiano implica necesariamente el análisis de la normativa vigente, la jerarquía de los derechos fundamentales y colectivos y el uso de los recursos naturales a cargo del Estado pues aunque muchas de las normas que regulan la participación ciudadana en materia minera se encuentran vigentes, estas no han sido expedidas de la manera en que corresponde o han sido cuestionadas ante la Corte Constitucional (2013).

Es preocupante el progreso de las prácticas nocivas a los derechos humanos de los pueblos étnicamente protegidos en el marco del post acuerdo, al respecto indica la Contraloría General de la República (2014) tomando en cuenta el desinterés por garantizar la efectividad de estos procesos en análogas situaciones internacionales, que:

> "la reacción gubernamental ante las consultas populares existentes actualmente en Colombia donde las comunidades dicen no a la minería carente de criterios de equilibrio y sostenibilidad en sus territorios, es análoga a la de los gobiernos de Perú y Guatemala, y en este último caso, como ya se ha dicho, la indignación apela al texto del acuerdo de paz y permite concluir a los miembros de las comunidades afectadas por la intervención minera inconsulta que la actitud oficial va en contravía de la promesa de la transición" (p. 458).

En consecuencia, la Libre Competencia Económica se ve condicionada por la Diversidad Étnica y Cultural en detrimento del derecho fundamental a la Consulta Previa en el otorgamiento de títulos mineros en Colombia.

La ausencia del cumplimiento del requisito de Consulta Previa a las comunidades étnicas en los procesos de otorgamiento de títulos mineros por parte de la autoridad minera, trae como consecuencia el incumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas por Colombia en el Convenio 169 de la OIT (1989) dando el carácter de absolutos a los derechos adquiridos y desconociendo el carácter pluricultural del Estado colombiano.

Se debe tener en cuenta que las principales áreas o sectores de interés minero se encuentran en territorios indígenas, estas zonas reciben un tratamiento especial por mandato constitucional (Art 7 C.P), las comunidades deben ser partícipes de los procedimientos de otorgamiento de títulos mineros, a consecuencia de que estas prácticas afectan uno de sus principios fundamentales como lo es: la importancia del territorio.

De acuerdo con la Contraloría General de la República (2013) la falta de aplicación de los preceptos normativos de protección a las comunidades indígenas, en aras de garantizar los derechos adquiridos y la libertad económica, han generado la no aplicación de los instrumentos administrativos que tienen como finalidad la protección de los derechos o garantías de las comunidades indígenas, la defensa del medio ambiente, el consenso entre el interés general estatal, respecto a los intereses de los particulares en ejercicio de sus derechos adquiridos.

La Constitución Política de Colombia consagra como uno de los fines del Estado (Art. 2) "[...] facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; [...]" y continúa afirmando que

"[...] Las autoridades de la república están instituidas para [...] asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y los particulares." (Colombia, 1991). De esta cláusula constitucional se debe interpretar: los intereses de la toda la colectividad se deben tener en cuenta en la toma de decisiones.

El Estado colombiano se reconoce a sí mismo a partir de la multiculturalidad, no podría entonces interpretarse el texto constitucional antes citado como una garantía exclusiva de las mayorías, pues el artículo 7 superior indica que "El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana" (Colombia, 1991), territorio al que pertenecen los pueblos negros, indígenas y demás minorías, que en cuanto a sus riquezas culturales y naturales cuentan con la protección en la Constitución Política en el artículo 8.

Los pueblos indígenas y afrodescendientes son titulares del derecho a la libre autodeterminación garantizados en los principios de derecho internacional y en su consagración constitucional en el artículo 9. El reconocimiento de los elementos que conforman la mencionada autodeterminación, son particularmente: el reconocimiento de las lenguas o dialectos de las comunidades como lenguas oficiales, el otorgamiento de cierta discrecionalidad en la educación de los miembros de las comunidades determinadas, al respecto se refieren los decretos 804 de 1995, 2249 de 1995 y 1122 de 1998; dichas disposiciones deberán entenderse en concordancia con el artículo 68 de la Constitución, que indica que "[...]Los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural" (Colombia, 1991).

El derecho a la participación se encuentra consagrado en el artículo 40 constitucional, que indica: "Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político" y relaciona una serie de mecanismos para hacer efectivo este derecho, el artículo 41 expresa que "(...) se fomentarán prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación ciudadana. El Estado divulgará la

Constitución." (Colombia, 1991). Si bien no aparece expresamente indicada la Consulta Previa en la norma constitucional como un mecanismo de participación de las comunidades, la doctrina lo considera un derecho innominado, incorporado por vía del Bloque de Constitucionalidad, particularmente por el Convenio 169 de la OIT , dicho Convenio fue ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, por la cual el Estado contrae la obligación internacional de adaptar su legislación al Convenio en comento. Del mismo modo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha considerado como requisito internacional, la obligatoriedad del Estado de efectuar el proceso de Consulta Previa cada vez que se prevea una medida legislativa o administrativa que afecte de forma directa a las comunidades indígenas, pronunciamiento de la Corte mediante la sentencia C- 169 de 2001.

El Convenio 169 de la OIT dispone que en materia de Consulta Previa, esta debe efectuarse con base en el principio de buena fe atendiendo a la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas que afecten a las comunidades indígenas. Con respecto a la autodeterminación y autodesarrollo, el artículo 7 del convenio 169 de la OIT prescribe que "(...) Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo". Además el Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe de 1992, ratificado mediante la Ley 145 de 1994, establece un mecanismo destinado a apoyar los procesos de autodesarrollo de las comunidades indígenas indicando que mencionado Fondo Indígena debe "canalizar recursos financieros y técnicos para los proyectos o programas prioritarios, concertados con los pueblos indígenas, asegurando que contribuyan a crear las condiciones para el autodesarrollo de dichos pueblos" (Colombia, 1994).

La ley 160 de 1994 otorgó a las comunidades indígenas las "condiciones y oportunidades de participación equitativa en los planes, programas y proyectos de desarrollo agropecuario para la efectiva vinculación al desarrollo económico de su colectividad". En virtud de esto, el artículo 1° de esta Ley 160 dispone que el Estado se compromete a "(...)

promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra con el fin de mejorar el ingreso y la calidad de vida de la población indígena". A su vez, la Ley 99 de 1993 consagra la participación de las comunidades indígenas en el "Consejo Nacional Ambiental para asegurar la coordinación intersectorial a nivel público de las políticas, planes o programas en materia ambiental y de recursos naturales renovables" (Colombia, 1993). Además esta última ley presenta en su Artículo 76 el requisito de la consulta previa al decir que "(...) La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y negras. Además, las decisiones sobre esta materia se tomarán previa consulta a los representantes de tales comunidades".

En virtud de la integridad cultural, social y económica que protege la figura de la Consulta Previa, la Ley 70 de 1993 reconoce el derecho de las comunidades étnicas a la propiedad colectiva, atribuyéndole al Estado la adjudicación sobre las áreas que "comprenden las tierras baldías de las zonas rurales ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico" (Colombia, 1993) y sobre aquellas zonas que han sido ocupadas posteriormente por comunidades indígenas con fines de explotar sus sus prácticas tradicionales de producción.

En la sentencia SU-383 de 2003 especifica la Corte Constitucional que la Consulta Previa se debe realizar respecto a cualquier situación que afecte directamente a la comunidad étnica, refiriéndose no solo a las medidas administrativas, sino también a las leyes aprobatorias de tratados internacionales y las reformas constitucionales. La Corte Constitucional se ha pronunciado respecto a la obligatoriedad de la Consulta Previa, al estudiar la estructura pluricultural y multicultural del Estado colombiano. La línea jurisprudencial sobre la materia ha profundizado las normas constitucionales (artículos 7, 9, 10,40) y los preceptos que conforman el Bloque de Constitucionalidad (Convenio 169 Artículo 6, ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991), resolución que ordena a las autoridades tener en cuenta los derechos y la voluntad de las comunidades indígenas cuando se disponga a adoptar medidas que puedan afectar directamente a estos grupos. La extracción

de los recursos naturales en territorio indígena son procedimientos que han sido identificados en el ordenamiento jurídico interno e internacional, como aquellas situaciones en donde debe persistir el consentimiento de la parte indígena para que el Estado pueda proceder en la ejecución de los mencionados proyectos. Para la Corte, son titulares del derecho a la Consulta Previa no solo los pueblos indígenas sino también las comunidades afrodescendientes, de conformidad con el artículo 1 del Convenio 169 de OIT.

La Consulta Previa se encuentra reglamentada formalmente en Colombia por el Decreto 1320 de 1998 que enfatiza la importancia de este mecanismo de participación para garantizar el derecho al medio ambiente sano, regulando en su Artículo 5 indica

> "El responsable del proyecto, obra o actividad que deba realizar Consulta Previa, elaborará los estudios ambientales con la participación de los representantes de las comunidades indígenas o negras. Para el caso de las comunidades indígenas con la participación de los representantes legales o las autoridades tradicionales y frente a las comunidades negras con la participación de los miembros de la Junta del Consejo Comunal" (Colombia, 1998).

Sin embargo, esta garantía de participación en los diversos procesos que afectan a las comunidades está sujeto a que se cumplan las condiciones de ubicación dadas por la definición que dispone el Decreto 1320 de 1998 en su artículo 2:

> "La Consulta Previa se realizará cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas de resguardo o reservas indígenas o en zonas adjudicadas en propiedad colectiva a comunidades negras. Igualmente, se realizará consulta previa cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por dichas comunidades indígenas o negras, de conformidad con lo establecido en el siguiente artículo" (Colombia, 1998).

El derecho a la información también se encuentra garantizado en el decreto 1320 de 1998 cuando indica en su artículo 19 que la decisión adoptada con respecto al otorgamiento

o no de licencia ambiental mediante acto administrativo deberá ser informada junto a las posibles afectaciones de los recursos naturales a las autoridades de las comunidades que participaron en el proceso mediante el mecanismo de la Consulta Previa.

Además de las dos condiciones estipuladas en el Decreto 1320 de 1998, la Corte Constitucional, en la sentencia C-196 de 2012 , ha considerado las siguientes reglas jurisprudenciales que se deben cumplir :

> "(i) la consulta previa constituye un derecho fundamental; (ii) la consulta previa se relaciona estrechamente con la protección de la identidad cultural de las minorías étnicas; (iii) la consulta previa es obligatoria cuando la medida afecta directamente a las comunidades étnicas; (iv) el Gobierno tiene el deber de promover la consulta previa en todos los casos en que sea procedente; (v) la omisión de la consulta previa vulnera la Carta Política; y (vi) la consulta debe efectuarse antes de radicar el proyecto de ley en el Congreso de la República, sin perjuicio del derecho de participación de los ciudadanos en general durante el trámite legislativo" (Colombia, 2012).

De igual forma la jurisprudencia del Consejo de Estado, considera que mediante la aplicación del artículo 46 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011 la Consulta Previa en el ejercicio de las actuaciones administrativas se encuentra agotada cuando se cumplen los requisitos sustanciales y procedimentales, como lo son: determinación del territorio, identificación de la comunidad afectada y garantía real de su participación. Y adiciona, que el incumplimiento del mencionado requisito generará la nulidad del acto administrativo que se llegara a expedir.

Uno de los temas fundamentales para las comunidades indígenas, que al ser regulado se exige el requisito de la Consulta Previa es: el territorio, la Constitución Política lo regula en el artículo 68: "Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás

bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables" (Colombia, 1991). Esta disposición se encuentra reforzada por el artículo 72 que indica:

> "El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para adquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica"

El Artículo 25 del Decreto 2164 de 1995 que reglamenta la titulación de tierras a las comunidades indígenas, indica que "Los resguardos indígenas quedan sujetos al cumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad, conforme a los usos, costumbres y cultura de la comunidad." y al mismo tiempo "[...] Así mismo, con arreglo a dichos usos, costumbres y cultura, quedan sometidos a todas las disposiciones sobre protección y preservación de los recursos naturales renovables y del ambiente." (Colombia, 1995). Lo anterior es manifestación de la gran trascendencia de la propiedad de la tierra y su influencia ambiental.

El derecho al ambiente sano es garantizado por el artículo 79 constitucional, que además indica "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." (Colombia, 1991). El artículo 80 constitucional indica además:

> "El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados".
> "Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas." (Colombia, 1991).

Parte del cumplimiento de esa obligación por parte del Estado se encuentra en garantizar los procedimientos de consulta previa a comunidades étnicas, por esto el Artículo 15 del Decreto 1745 de 1995 sobre propiedad colectiva de las tierras negras indica que será obligatoria la consulta previa en los casos de:

> "b) El otorgamiento de licencia ambiental, autorización, concesión o permiso para la ejecución de proyectos, obras o actividades que lo requieran y cuya competencia corresponda al Ministerio del Medio Ambiente, a las Corporaciones Autónomas Regionales, a las entidades territoriales o a cualquier otra autoridad del Sistema Nacional Ambiental;
> c) La celebración de cualquier contrato u otorgamiento de título que tenga por objeto el aprovechamiento de los recursos naturales;
> d) El acceso, por cualquier medio legal, a los recursos genéticos ubicados dentro del ámbito de aplicación de la Ley 70 de 1993." (Colombia, 1995).

El supuesto de explotación de recursos minerales en territorios indígenas es contemplado por la Constitución en su artículo 330 parágrafo, e indica que:

> "La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades." (Colombia, 1991).

Este es otro de los postulados que confirman la importancia de la Consulta Previa, que adquiere un papel determinante para las comunidades indígenas en este caso como propietarios de sus territorios ancestrales.

Se puede evidenciar la amplia regulación normativa en los ámbitos nacional e internacional del presente objeto de investigación, al garantizarse "el derecho fundamental a la consulta previa del cual son titulares las comunidades indígenas y afrodescendientes", derecho que adquiere el carácter de trámite o procedimiento obligatorio del cual deben ser partícipes los miembros de cada etnia conforme a las costumbres y usos de los "procesos de

extracción de recursos naturales en sus territorios", toda vez que se busque decidir sobre situaciones que afecten a las comunidades indígenas, las cuales son:

- "Medidas administrativas como la expedición de licencias ambientales con fines de explotación de recursos naturales".
- "Medidas legislativas como expedición de normas que implican o afectan a estas comunidades".

Sin embargo, en la realidad se presenta problemas de eficacia normativa sobre la aplicación de la Consulta Previa, sus beneficios y el cumplimiento efectivo de su finalidad de garantizar o proteger la integridad social, económica y cultural de los pueblos indígenas y afrodescendientes, por tal motivo es pertinente estudiar, discutir y establecer sobre el ámbito de aplicación de la Consulta Previa, su trámite, fines, alcances, etc., en aras de aportar herramientas para su construcción y ejecución.

A nivel global, se reconoció por primera vez la Consulta Previa , como un derecho del cual son titulares las comunidades indígenas, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) , norma adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigencia el 23 de marzo de 1976. La Consulta Previa, es entendida comprendida por mencionado Pacto, en su artículo 27 como aquel derecho que no debe ser negado por parte del Estado, a las personas que conformen las minorías, étnicas, religiosas o lingüísticas, de igual manera se entiende como el deber por parte de los asociados de respetar sus derechos. El Comité de Derechos Humanos ha interpretado el artículo 27 de la norma en comento como fuente de protección del derecho a la Consulta Previa de los pueblos indígenas. En concordancia a la libre determinación en el artículo 1º del documento, para abrir puertas al estudio y debate del significado del concepto de "pueblo".

Posteriormente la OIT garantizó los derechos de las comunidades indígenas en los convenios 107 y 169, este último instrumento es una de las normas más antiguas de

protección, en lo respecta a la Consulta Previa. "El Convenio 169 establece la obligación de realizar consulta a los pueblos indígenas en los casos susceptibles de afectarlos, tales como la adopción de medidas legislativas o administrativas (art. 6º), la formulación, aplicación y evaluación de planes, programas nacionales y regionales de desarrollo (arts. 6º y 7º) y la autorización de cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (art. 15). El convenio determina que la Consulta Previa debe practicarse de buena fe y su fin debe ser obtener el consentimiento de la comunidad o llegar a un acuerdo". "Esto lo desarrolla de manera amplia la Guía de Aplicación del Convenio 169, que la OIT adoptó a manera de respuesta a las numerosas solicitudes de los Estados parte, pueblos indígenas y organizaciones sociales que buscaban conocer el significado, el alcance y los impactos del convenio." "En esta guía se expone que los Estados deberán celebrar consultas, incluso cuando se realicen modificaciones a las disposiciones jurídicas sobre las tierras y el territorio, pero que los pueblos indígenas, como "ningún sector de la población nacional de cualquier país tiene derecho a censurar las políticas de desarrollo que alteren a todo el país"."

Ulteriormente "la Observación General 23 del Comité de Derechos Humanos, aprobada en 1994, desarrolla el significado del artículo 27 del PIDCP sobre los derechos de las personas que conforman las minorías." "La observación general 23, al respecto, manifiesta que, a pesar de que los derechos garantizados por el artículo 27 son derechos individuales, estos necesitan a su vez de la capacidad de los grupos minoritarios para conservar su cultura, su idioma o su religión." En conclusión, "es necesario que los Estados adopten medidas para proteger la identidad de la minoría y los derechos de sus miembros." "La observación señala que los derechos culturales de las minorías se vinculan con sus recursos y territorios, ya que el concepto de cultura se expresa de diferentes maneras, por lo tanto, en necesario tomar medidas jurídicas que protejan la participación eficaz de las minorías en las decisiones que los afectan".

En el año 2007 "la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración de los Pueblos Indígenas, este instrumento afirma el derecho de los pueblos indígenas a su

territorio y a los recursos que tradicionalmente han disfrutado y utilizado (artículos 3, 20 y 26); es deber de los Estados obtener el consentimiento libre, previo e informado de los grupos indígenas antes de ejecutar cualquier proyecto que les afecte, especialmente en relación a la explotación de los recursos minerales (artículos 18, 19 y 32); y persiste en la responsabilidad del Estado en garantizar los derechos consagrados en esta Declaración (artículo 38) así como proteger la reparación justa en caso de que se les vulnere los derechos a los grupos minoritarios (artículos 8, 20, 28 y 32)". "La Declaración es uno de los hitos más recientes a nivel global, en materia de Consulta Previa, al involucrar el principio de consentimiento libre previo e informado de las comunidades étnicas y negras frente a las decisiones que los pueden afectar como pueblo, al explotarse los recursos naturales en sus territorios, sin previo acuerdo con el gobierno".

De igual manera el contexto histórico de la regulación de la Consulta Previa respecto a la extracción de recursos naturales en las comunidades o pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico interno se empezó a desarrollar desde la llegada de los españoles a América. Es así como en la colonia entre el siglo XV y el siglo XVI, los europeos a través de licencias de distribución de tierras otorgadas por la corona invadieron los predios de los indígenas a quienes se les obligó a trabajar las tierras sin ninguna remuneración. Esto generó la disminución demográfica de las comunidades indígenas situación que implicó la creación por parte del rey Felipe II de los resguardos indígenas que jurídicamente adquirieron el carácter de inembargables, se podría considerar estas medidas de la monarquía española como el inicio del reconocimiento del territorio de las comunidades indígenas. Sin embargo no se tenía en cuenta a los pueblos indígenas en la toma de decisiones sobre las tierras en las que ellos estaban asentados.

Debido a la formación del campesinado y a la ampliación de la frontera agrícola que generó un descenso de la población indígena, surge en el siglo XIX un reconocimiento de los derechos de los resguardos indígenas a través de la Ley 89 de 1890. No obstante la división territorial sin sentido de planeación, el Estado colombiano reconoció con esta ley el derecho

de participación de las decisiones de división de tierras generando un pilar importante para el marco legal y constitucional desarrollado en la actualidad.

Sin embargo la participación indígena no se tuvo en cuenta en la promulgación de leyes. Esto se evidenció en el siglo XX en la promulgación de la Ley 200 de 1936 sobre régimen de tierras donde se analiza el tema de la función social de la propiedad sin hacer excepción de los resguardos indígenas. A pesar de esto, se presentaron efectos significativos con la ratificación del Convenio 107 de la OIT de 1957 sobre la delimitación de ciertas tierras baldías con carácter legal de reservas indígenas. Sin embargo, el convenio en comento no tuvo un seguimiento adecuado en su aplicación, por el contrario se promulgó la Ley 135 de 1961 sobre reforma social agraria que tiene como finalidad la explotación de recursos naturales, sin tener en cuenta los territorios de las comunidades indígenas.

La participación de las comunidades indígenas se refleja significativamente con la ratificación del Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes, el cual le da un compromiso al Estado de adecuar la legislación interna, esto se logra con la Constitución Política de 1991 que otorga el carácter de inembargable, inalienable e imprescriptible a los resguardos, además del Decreto 1088 de 1993 que regula la creación de los territorios, las asociaciones indígenas y la participación de las mismas. Lo anterior genera las bases para que los territorios tradicionalmente ocupados por la población indígena y tribal tengan autonomía política, permitiendo su desarrollo económico y social bajo principios de descentralización territorial.

Teniendo en cuenta la observación dada a las sentencias de tutela de la Corte Constitucional, específicamente acerca de la participación de las comunidades dentro de los procesos de otorgamiento de títulos mineros, se destaca un bajo índice de información por parte del Estado y de las empresas del sector privado de los proyectos de explotación de recursos naturales dentro de sus territorios. Es así como en el 92% de los casos estudiados no

se informó a la comunidad acerca de las posibles afectaciones. Este derecho a la información tiene por objeto la protección de la integridad social, cultural y económica, además del derecho a la participación en este tipo de decisiones. En estos procesos se evidencia la vulneración al derecho que tienen las Comunidades Indígenas de participar sobre asuntos, mediante la formulación, aplicación y evaluación de los planes de desarrollo a nivel nacional y regional susceptibles de afectarlos directamente.

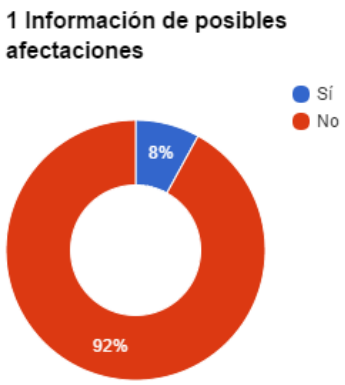

Ilustración 1: Derecho a la información

Acerca de los efectos que deben soportar las comunidades, tenemos que en situaciones de afectación directa, debe aplicarse de manera obligatoria la Consulta Previa, es decir que, si tenemos en cuenta que no existe una correcta publicidad en relación a las posibles afectaciones, no se procederá a realizar la respectiva Consulta a las comunidades para proteger ese derecho de estas a decidir sobre los temas que los afecten de manera directa. Es evidente lo anterior dentro de los cincuenta casos estudiados, ya que en treinta y ocho de ellos hay una afectación directa a la comunidad por la ejecución de los proyectos mineros, lo que implica que en el 76% se llegaron a desconocer principios como la autodeterminación en asuntos fundamentales, además de la importancia de la propiedad colectiva, dejando así de un lado ese carácter de especial de protección reconocido por la Corte Constitucional que tiene como fin la preservación de la diversidad étnica y cultural.

Ilustración 2: Afectaciones a la comunidad

Con respecto a los daños causados a las Comunidades, se analiza que el bloque de constitucionalidad tiene como presupuesto la garantía de reparación de tales daños,pero en la observación efectuada, esta garantía es bastante baja, ya que solo en siete de los cincuenta casos estudiados se indicó que existió reparación por los daños derivados de la explotación de recursos minerales, de la no ejecución o el incorrecto procedimiento de la Consulta Previa, además esta no fue de manera directa. Por lo anterior, se evidencia la escasa intervención del estado en los temas territorial, ambiental, cultural, espiritual, social, económico y de salud de los pueblos indígenas.

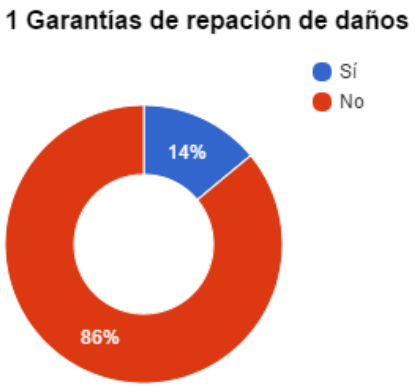

Ilustración 3: Reparación

El análisis da como resultado que al momento de la ejecución de la Consulta Previa, en la mayoría de los casos, no se tiene en cuenta una plena identificación de los territorios a los que tienen derecho las Comunidades Indígenas, por lo tanto, las empresas y entidades que efectúan obras en estos territorios están desconociendo y vulnerando espacios en los cuales los Pueblos Indígenas desarrollan sus actividades de pesca, agricultura, cría de ganado, entre otras, afectando de manera grave la integridad de cada Comunidad o Pueblo indígena asentado en estos sitios, además del derecho que tienen estos a participar sobre las decisiones que afecten a su comunidad y a obtener una completa información con respecto a los proyectos que se tengan por parte del estado y empresas privadas que recaigan sobre sus territorios .

Afectación a la Consulta Previa en el marco del otorgamiento de títulos mineros:

La importancia de la Consulta Previa para Gloria Amparo Rodríguez (2010) radica en el derecho de decisión sobre medidas administrativas, legislativas o proyectos de carácter público o privado que afecten “directamente las formas de vida de los pueblos indígenas en su aspecto territorial, ambiental, cultural, espiritual, social, económico y de salud”; sin

embargo, siguiendo a César Rodríguez Garavito (2009) se encuentra un concepto más amplio fundado en la necesidad de sistematizar y armonizar los estándares nacionales e internacionales existentes para generar la apropiada protección de los derechos de la comunidades indígenas y demás comunidades étnicas, que de acuerdo con Carlos Eduardo Salinas Alvarado (2011) debe ser materializada en la obligación de los gobiernos "de crear las condiciones que permitan a las comunidades indígenas contribuir activa y eficazmente en el proceso de desarrollo económico, social y político".

En cuanto a la manifestación de la Consulta Previa en las prácticas jurídicas Gloria Rodríguez indica que se expresa a través de la participación que se le debe dar a las comunidades que se puedan ver afectadas con ocasión de alguna decisión relacionada con su desarrollo económico, social y político. Esta consulta es clara, veraz y oportuna. Por su parte César Rodríguez considera que basta con la indicación y publicidad de los pormenores del proyecto a realizar en cualquier tema que afecte directamente a las comunidades, los participantes que van a intervenir y la duración de la consulta; mientras que en concepto de Carlos Salinas la Consulta Previa sólo se encuentra perfectamente manifestada al llegar a acuerdos con las comunidades garantizando su derecho de participación, independientemente del tema sobre el cual consista.

En cuanto a los elementos esenciales del concepto de Consulta Previa, Gloria Rodríguez los reconoce como "las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas que van ceñidas a postulados del principio de buena fe"; César Rodríguez los identifica con el ámbito y situaciones en las que se debe practicar la consulta además del procedimiento a seguir y las reparaciones de los daños ocasionados por la falta de la consulta o la incorrecta ejecución de la misma, y por último Carlos Salinas indica que el elemento fundamental se encuentra en la consensualidad pues las comunidades indígenas y étnicas no pueden impedir de lleno las políticas de desarrollo del país, dado que la Consulta Previa no es para vetar sino para consensuar un proyecto a realizar.

Es necesario destacar algunos conceptos implícitos en la Consulta Previa que para los autores mencionados se hace necesario analizar para comprender el concepto de la Consulta Previa, para Gloria Rodríguez es importante relacionar el concepto de Consulta Previa con el derecho a la participación de las comunidades, regido por el principio de la buena fe, los postulados constitucionales y el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, concuerdan estos dos elementos de la autora mencionada con dos ejes importantes para Cesar Rodríguez, quien considera necesarios los estándares nacionales e internacionales, el procedimiento de desarrollo de la consulta previsto en estos y la interpretación legal que del derecho colectivo en cuestión se haga. Para Carlos Salinas en cambio, lo primero a determinar al aplicar el mecanismo de la Consulta Previa es determinar si la materia sobre la cual esta recae y verificar el alcance de la misma en relación con las políticas estatales de desarrollo.

Con base en los anteriores planteamientos, para esta investigación la Consulta Previa será entendida siguiendo a Gloria Rodríguez (2005) como el derecho colectivo necesario para el reconocimiento de la participación de las comunidades en la toma de decisiones y creación de normas jurídicas que afecten su vida y territorio, tendiente a coadyuvar al desarrollo social y cultural, que de acuerdo con Rodríguez Garavito (2009) impone un deber correlativo al ejecutivo y al legislativo de reconocer la importancia de las comunidades y buscar la consensualidad entre los intereses estatales y los de las comunidades consideradas como grupo, como lo indica Salinas (2011), con fundamento en la Constitución Política, los estándares internacionales de derechos humanos y las políticas de desarrollo.

En segundo lugar, Motta (2004), citado por David Bardey *et al*, define la libre competencia como “el conjunto de políticas y de leyes que asegura que la competencia, en un mercado previamente definido, no sea reducida de tal forma que disminuya el bienestar social" (2012, p. 15), la entiende como un derecho que fundamenta la economía y en ese orden de ideas contribuye a la realización del interés general; Aristizábal (2000) considera que es una de las bases fundamentales del derecho económico colombiano, tiene uno doble

contenido: el primero, la libertad de empresa como base de la actividad realizada por el particular y los derechos inherentes a ella, los cuales pueden hacerse efectivos cuando el Estado intervenga por medio de la reglamentación; el segundo, referido a la facultad de emular con otro sin ser objeto de discriminación. En concepto de Miranda (1997), la libertad de competencia se traduce en la efectiva posibilidad que tienen los participantes de un mercado de entrar en contienda con los demás participantes de dicho mercado, simplificando así el concepto.

Para Bardey *et al* (2012) este concepto se hace evidente bien sea como protección general al consumidor, quien se beneficia con la sana dinámica de oferta y demanda existente en el mercado o como un criterio de eficiencia que añade al excedente económico de las empresas y tiene en cuenta los acuerdos, la posición de dominio, las integraciones y los actos de competencia desleal. Aristizabal (2000) contempla que este concepto se manifiesta de dos maneras: por un lado, "la libertad de establecerse o de instalarse, que con la limitación del bien común consagra el inciso primero del artículo 333 de la Constitución Política en su parte final" "Para su ejercicio nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, si autorización de la ley". Sin embargo, existen unas limitaciones a este derecho, las cuales están previstas en los artículos: 150 numeral 19, 189 numerales 25 y 25 y 335. Y por otro lado, la libertad de ejercicio o de explotación de la actividad profesional. Miranda considera que:

> "El Derecho a la Libre Competencia Económica implica dos aspectos fundamentales: de una parte garantiza la libertad de los competidores para concurrir al mercado en busca de una clientela; y de la otra implica la libertad de los consumidores para escoger y adquirir en el mercado, bienes y servicios que se ofrezcan en condiciones de competencia." (1997, p. 3)

En la esencia del concepto de libertad económica encuentran Bardey *et al* (2012) que es elemento evidenciable de la estructura liberal que busca la menor intervención posible del Estado en los asuntos económicos, pero en la regulación para la garantía del bienestar social; Aristizabal (2000) encuentra importante comprender la estructura normativa de este derecho, partiendo del "artículo 333 de la Constitución Política pues consagra que la actividad

económica y la libertad económica son libres dentro del límite común". "Este derecho implica el ejercicio de los particulares en su actividad económica, industrial o comercial en un sistema competitivo, sin que puedan ser limitados, impedidos u obstaculizados, mediante reglamentaciones o prohibiciones por parte del Estado". 2La libre competencia, es una fuente de la libre empresa, sin considerar la actividad del particular en sí misma, sino en la relación de éste con otros". La Constitución tiene una serie de límites a la libre competencia, especialmente en los artículos 333, 334 y 336. Miranda considera que la libertad de competencia paradójicamente se manifiesta de acuerdo al sector que el legislador o la administración se encarguen de regular o reglamentar, en su criterio:

> "En Colombia, además del Régimen General de la Libre Competencia contenido en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2.153 de 1992 y normas concordantes, el legislador ha establecido otros regímenes aplicables al sector financiero y asegurador (D. 663 de 1993), al sector portuario (Ley 1 de 1991), al mercado de los servicios de salud (Ley 100 de 1993 y D. 1.663 de 1994), y a los servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994)." (1997, p. 2)

Para comprender la libre competencia económica Bardey *et al* (2012) consideran importantes los conceptos de empresa como actor fundamental de la competencia, oferta y demanda como elementos del mercado y regulación para garantizar la competencia en los términos del bienestar social; de la definición dada por Aristizábal (2000) son de fundamental relación con la libre competencia los conceptos de orden publico, servicio publico, regulación, restricciones al derecho y monopolios, mientras que de la definición de Miranda se consideran importantes mercado, clientela, consumidores, bienes y servicios, además del régimen general donde el consumidor es el fundamento de la libre competencia.

Para la presente investigación se considerará la "libre competencia económica como la posibilidad efectiva que tienen los participantes en un mercado, de concurrir a él en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores, y de formar y mantener una clientela", en garantía del bienestar económico y social de los consumidores (Motta, 2004) fundamentado en la libertad que tienen estos para

adquirir bienes y servicios en el mercado con respecto a la libertad de los competidores para ofrecer dichos productos (Miranda, 1997).

En tercer lugar, siguiendo a Catherine Walsh (2002) la importancia de la diversidad étnica y cultural se fundamenta en la necesidad de otorgar ciertos derechos, usualmente de rango constitucional, a las comunidades culturalmente diversas o que por motivos de raza forman parte de un Estado como reconocimiento de sus aspectos propios y distintivos. Para Jorge Francisco Aguirre Sala (2009) es un concepto de especial importancia en un Estado "cuyos miembros pertenecen a distintas culturas, y se encuentran constituidos en una unidad superior a las culturas de sus miembros por razones políticas, económicas, estructurales o de dominación" (p. 240). En opinión de Gabriela Olguín (2001) es un concepto necesario hoy en día por el carácter heterogéneo de la mayoría de sociedades del mundo, particularmente en América Latina, que hace considerar la idea de construcción de Estado.

Para Catherine Walsh la diversidad étnica y cultural se manifiesta y logra a través de luchas que buscan el reconocimiento de derechos de las comunidades afro e indígena como en Ecuador o reconocimiento de derechos por carácter pluralista del Estado mismo y su regulación. Jorge Aguirre en cambio considera un concepto amplio de diversidad étnica y cultural manifestado en tres diferentes maneras, la pluriculturalidad o un grupos de múltiples naturalezas unidos por un mismo Estado como entidad abstracta superior, la multiculturalidad o “edificación de una sociedad que no simplemente suma, sino que asimila distintas culturas.” (p. 242) y por último la interculturalidad o relaciones entre distintos grupos y sus elementos. Para Gabriela Olguín las manifestaciones más acertadas de la diversidad étnica y cultural identificada con pluriculturalidad son: restablecimiento de derechos, reconocimiento de derechos, resistencia de los pueblos indígenas, transición del Estado etnocrático a otro tipo de Estado.

Es fundamental en el concepto de diversidad étnica y cultural para Catherine Clash el carácter de derechos constitucionales colectivos cuyos titulares son las comunidades o grupos con condiciones raciales distintas. Para Jorge Aguirre lo importante del concepto se encuentra en la consideración de los miembros de una misma sociedad que cuentan con características diversas en cuanto a diferentes variables. Por último, Gabriela Olguin considera que no habrá diversidad étnica y cultural sin el reconocimiento de derechos a los grupos étnicos como resultado de su lucha social.

Es importante tener en cuenta como elementos del concepto de diversidad étnica y cultural bajo el concepto de Catherine Walsh: la legislación común que no podrá ser aplicadas a los grupos étnicos y culturales diversos reconocidos, el Estado multicultural que de acuerdo con la autora puede ser casi cualquier Estado del mundo hoy en día y el pluralismo jurídico que se debe buscar o al cual se debe llegar a través del reconocimiento de derechos a los grupos étnicos y culturalmente diversos. Para Jorge Aguirre es importante considerar la estructura social del Estado para verificar sus condiciones culturales y la autenticidad de las comunidades o grupos que buscan el reconocimiento de una regulación especial. Gabriela Olguín estudia la diversidad étnica teniendo en cuenta el elemento de la heterogeneidad social en el Estado, la biodiversidad y el fenómeno nacionalista que se pueda presentar y en ocasiones obstruir el desarrollo pluricultural cuando el elemento social del Estado carece de correspondencia con la nación.

En esta investigación se entenderá diversidad étnica y cultural el carácter socio-diverso de un Estado considerado, que hace imperante la inclusión de los grupos que por motivos raciales o de diferencia cultural regulados por una normativa especial puesto que pueden ser discriminados al serles aplicada la legislación común por su carácter de autenticidad y minoría, situación reconocida por parte del Estado en sus normas constitucionales y las que las desarrollan o fruto de exigencias sociales o de los grupos interesados, en cualquier caso entendidos como derechos colectivos, y por tanto de los grupos y no de sus integrantes individualmente considerados.

La autoridad minera colombiana al otorgar los títulos mineros a los oferentes de bienes que concurren al mercado del sector extractivo en garantía de la sus derechos económicos puede afectar asuntos de especial importancia para grupos racial y/o culturalmente, que constitucionalmente son reconocidos como elemento de la diversidad del Estado o diversidad étnica y cultural, como los grupos indígenas, sin haber tomado en cuenta su posición o intereses al respecto, conflicto que origina el desconocimiento del derecho colectivo a la Consulta Previa de las comunidades por el cual se les reconoce la participación en la toma de decisiones y creación de normas jurídicas que afecten su vida y territorio, independientemente de la categoría de norma jurídica, e impone el deber correlativo al ejecutivo del consenso entre los intereses estatales y los de las comunidades indígenas, dentro de los límites de la Constitución Política, los estándares internacionales de derechos humanos y las políticas de desarrollo, que además rigen las obligaciones internacionales que el Estado ha contraído.

El Marco Ruggie de las Naciones Unidas o Principios rectores sobre empresa y derechos humanos es definido por la Organización de Naciones Unidas como:

> "(..)la culminación de seis años de trabajo del que fuese Representante Especial del Secretario General que incluye la investigación en profundidad, amplias consultas con las empresas, los gobiernos, la sociedad civil, personas y comunidades afectadas, juristas, inversores y demás interesados, así como la puesta a prueba de las propuestas en la práctica. Los Principios Rectores se elaboraron para poner en práctica el Marco para "proteger, respetar y remediar" que el Representante Especial presentó a las Naciones Unidas en 2008. Ese Marco se apoya en los tres pilares siguientes:
>
> - "El deber del Estado de proteger los derechos humanos";
> - "La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos";
> - "La necesidad de mejorar el acceso a las vías de reparación de las víctimas de abusos relacionados con las empresas." (2012, p. 6).

Los principios rectores de empresa y derechos humanos o Marco Ruggie de la Organización de Naciones Unidas están fundamentados en los parámetros anteriormente enunciados, es decir, es la consideración a estos parámetros la que hace efectivo su empleo en el contexto del derecho internacional público.

Para David Bilchitz entiende el deber de protección del Estado como la "toma de medidas regulatorias para afianzar el marco legal que rige los derechos humanos y las empresas, así como para brindar mecanismos para el cumplimiento de dichas obligaciones" (2010, p. 5). Aun asi, este deber de protección constituido como el primer peldaño en el cumplimiento de los Principios Rectores de Empresa y Derechos Humanos, "estará guiado por las obligaciones de actores no-estatales y el modo en que estas pueden influir en los derechos fundamentales." (2010, p. 6)

En segundo lugar, señala Bilchitz que las empresas son las obligadas a respetar los derechos humanos como un segundo peldaño en el cumplimiento de los principios enunciados por el profesor John Ruggie en la labor encomendada por la Organización de las Naciones Unidas. "Respetar los derechos significa, esencialmente, no violar los derechos de los otros – sencillamente, no dañar" (Organización de Naciones Unidas citada por Bilchitz, 2010, p. 5). Así pues, el deber de respeto se reduce a una obligación negativa en concordancia con la concepción de su titular: la empresa, que siguiendo al profesor Ruggie no puede ser entendida como una institución pública democrática sino como un ente económico, sin embargo, de acuerdo con el autor Bilchitz la noción de respeto "va más allá de una responsabilidad pasiva y puede implicar tomar medidas positivas" (2010, p. 6). Entonces, esta posible acción positiva se desarrolla del cumplimiento de la obligación negativa de evitar la violación de derechos humanos de la que la persona jurídica es titular.

En tercer lugar, señala el profesor Ruggie en su informe el deber de reparación a las víctimas de abusos relacionados con las empresas, el cual recae directamente en relación con

los anteriormente señalados; “el tercer principio sostiene que deben existir mecanismos legales adecuados en caso de conflictos en lo que respecta al impacto de las empresas sobre los derechos fundamentales” (Organización de Naciones Unidas citada por Bilchitz, 2010, p. 6). Frente a esta situación, señala el autor, han de ser tenidos en cuenta mecanismos judiciales y extrajudiciales existentes en la medida que se garantice principalmente el principio de protección por parte del Estado, para dar cubrimiento integral a los propuestos Principios.

Así pues, la consulta previa, derecho fundamental de las comunidades étnicas es considerado como derecho humano, es decir, debe ser tenido en cuenta por las empresas en el cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos y particularmente en la adopción de los Principios Rectores de Empresa y Derechos Humanos o Marco Ruggie de las Naciones Unidas en sus políticas de responsabilidad social empresarial.

El deber de protección estatal, la obligación de respeto por los derechos humanos de las empresas y los mecanismos de reparación a las víctimas de violaciones de derechos humanos son plenamente aplicables a las comunidades étnicas titulares del derecho a la consulta previa. Frente a eventuales violaciones al derecho a la consulta previa las comunidades deben fundamentar su derecho a reparación por omisión del deber del cumplimiento, bien a la obligación negativa de las empresas consistente en evitar las violaciones de derechos humanos, o bien a la obligación positiva del Estado de proteger sus asociados de eventuales violaciones de derechos humanos.

En el contexto de globalización actual se hace necesario encontrar fundamento a la responsabilidad internacional de los organismos estatales y no estatales en diversas fuentes, si bien la jurisdicción nacional y las normas internas fundamentan la mayoría de los casos de violaciones a los derechos humanos por sí mismas, en determinados casos como es el de la actividad de empresas transnacionales mineras, ha sido el soft law el que ha reglamentado en mayor medida la actividad de estas empresas y ha aportado normatividad internacional que

propende por el respeto a los derechos humanos constituyéndose en parámetros para la cabal aplicación de los mismos como es el caso del Marco Ruggie de las Naciones Unidas que mediante los principios de protección, respeto y reparación busca la garantía de derechos como la consulta previa que eventualmente se podría ver alterada, omitida, modificada, etc por la fuerte influencia de las empresas transnacionales; además de llamar la atención a la comunidad internacional sobre las implicaciones en derechos humanos de la actividad de estas empresas.

De acuerdo con César Rodríguez Garavito (2010) la armonización entre normas vinculantes o de "derecho duro" con las normas de soft law o "derecho blando" como el Marco Ruggie de las Naciones Unidas permitiría armonizar los intereses de los diferentes actores en las diferentes relaciones de consulta previa que se pueden presentar, particularmente en cuanto a explotación de recursos minerales en territorios de las respectivas comunidades.

Encuentra el citado autor que en los diversos instrumentos internacionales existentes sobre la consulta previa y sus eventuales violaciones se han adoptado diferentes posiciones desde el garantismo extremo a los intereses de las comunidades hasta el proteccionismo extremo por los intereses económicos de la empresa; las normas de soft law bajo estudio al no ser vinculantes en estricto sentido han buscado ser principios orientadores de la actividad de las personas jurídicas de derecho privado, en el presente caso, de las empresas transnacionales mineras que operan en zonas ocupadas por comunidades étnicas.

Armonizar esta normativa se constituye en la alternativa para la construcción de la unidad que favorece el análisis de los instrumentos internacionales desde el punto de vista del territorio, de las situaciones susceptibles de consulta previa, sus participantes, el procedimiento a seguir, los efectos y ejecución de resultados y las reparaciones por la violación a los estándares internacionales acá planteados.

Señala Rodríguez (2010) que se hace necesario el cumplimiento del deber de protección del Estado a través del señalamiento de los territorios propios de interés de las comunidades étnicas respectivas para dar correcta aplicación en los casos en que sea procedente la consulta previa, en donde participen los diferentes actores de la actividad o norma que se esté consultando, como sería el caso de las empresas, quienes deberán cumplir con su obligación de respeto, dentro de los parámetros del procedimiento establecido en los instrumentos normativos nacionales e internacionales que regulan este derecho so pena de acarrear las sanciones de reparación correspondientes, también preestablecidas en dichos instrumentos.

En consecuencia, si se armonizan las normas de derecho blando y las de contenido vinculante a través del Marco Ruggie de las Naciones Unidas se logrará conciliar la libre competencia económica y la diversidad étnica y cultural en favor del derecho fundamental a la consulta previa en el contexto de la pregunta a ¿Cómo los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas deben ser adecuados al proceso de consulta previa en el otorgamiento de títulos mineros en el ordenamiento jurídico Colombiano?.

Capitulo II: Principios Rectores sobre Empresas y de Derechos Humanos

El estudio del Marco Ruggie o Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas en relación con el derecho a la Consulta Previa se realiza a través del análisis de dos casos, uno desde el control de convencionalidad y otro desde control concreto de constitucionalidad: el caso de los pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 25 de noviembre de 2015 y el caso de la empresa Cerro Matoso decidido por la Corte Constitucional colombiana en sentencia T-733 de 2017, respectivamente.

Por una parte, en el caso de los pueblos Kaliña y Lokono vs Surinam, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace un análisis de los diferentes actores involucrados en una afectación a los pueblos mencionados, principalmente el Estado y las empresas, haciendo especial énfasis en los elementos fundamentales del Marco Ruggie: Proteger, Respetar y Remediar.

Por otra parte, la sentencia T-733 de 2017 que decide la tutela contra la empresa Cerro Matoso S.A. constituye un importante, aunque precario antecedente de aplicación parcial por vía jurisprudencial a nivel interno de dichos elementos fundamentales del Marco Ruggie, dando así una base mucho más concreta de avance a la armonización de normas vinculantes con estándares internacionales de derechos humanos, en su mayoría, normas de *soft law*.

Se pretende entonces, estudiar los fenómenos sociales relacionados con los pueblos titulares del derecho a la Consulta Previa partiendo del análisis de la evolución de los procesos jurídicos a través del método ontogenético, teniendo en cuenta la comparación de dos poblaciones, una de estas representada en un caso crítico, y la otra población que se establece como el caso revelador.

La presente investigación atiende al método cualitativo, en el cual se plantea una situación real, es decir, se hace un estudio a profundidad mediante la observación, que para

el caso será indirecta, analizando las características y comparándolas con las de otra población, con detenimiento en los métodos y procedimientos que dan sentido a las prácticas evolutivas de la comunidad jurídica para determinar su adecuación a los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas con respecto al mencionado derecho.

El caso crítico que se ha de analizar está establecido en la sentencia T-733/2017, en el cual se evidencia la situación sociojurídica problémica que se ha expuesto a lo largo de esta investigación centrada en la Consulta Previa a las comunidades indígenas, además, es uno más de todos los casos que han llegado por vía de tutela a la Corte Constitucional, por lo cual es la clara representación general del problema acá estudiado. Este caso permite confirmar la propuesta de investigación que se ha planteado, orientado a la armonización del marco Ruggie de Naciones Unidas en el ordenamiento jurídico colombiano. A pesar que no se haga una expresa mención a este marco, a lo largo de la providencia judicial el juez hace alusión a las principales características del instrumento jurídico en mención, éstas son: proteger, respetar y remediar.

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso de los pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, constituye el caso revelador de la presente investigación, ya que este caso otorga la posibilidad de ampliar el conocimiento sobre la propuesta de investigación, al mismo tiempo que permite la confirmación de la hipótesis planteada, adicionalmente, es relevante recurrir a él con el fin de tener claridad y una orientación adecuada frente a la situación problémica y la solución propuesta.

El marco Ruggie en la doctrina jurisprudencial

Resulta de particular importancia en la implementación de la vinculatoriedad del Marco Ruggie de la Organización de las Naciones Unidas el estudio del caso de los pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 25 de noviembre de 2015. Si bien la decisión que se pretende estudiar *prima facie* no es directamente vinculante para el ordenamiento jurídico colombiano, es importante indicar que

sí lo es en virtud del control difuso de convencionalidad y el bloque de constitucionalidad, cuyo respaldo normativo a nivel interno se encuentra en los artículos 93 y 94 de la Constitución Política de Colombia.

La posición de la Corte Constitucional colombiana no ha dudado al indicar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es factor a tener en cuenta en el ejercicio del control de constitucionalidad y por tanto en el ordenamiento interno. Al respecto en la sentencia C-481 de 1998 indicó que "es lógico que nuestro país acoja los criterios jurisprudenciales de los tribunales creados por tales tratados para interpretar y aplicar las normas de derechos humanos. Esa doctrina internacional vincula entonces a los poderes públicos en el orden interno" (Colombia, 1998).

Así mismo la sentencia C-370 de 2006 establece la relevancia de los criterios contenidos en la jurisprudencia interamericana al decir: "La jurisprudencia de las instancias internacionales, encargados de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos humanos" (Colombia, 2006).

En este sentido, si bien el caso de Surinam no es directamente aplicable, dada la similitud fáctica con el problema estudiado en esta investigación del caso de la Consulta Previa en el otorgamiento de títulos mineros en Colombia, es un concepto relevante y trascendente en el contexto de la internacionalización del derecho constitucional, máxime cuando ambos Estados, Surinam y Colombia, han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con base en la que se toman las decisiones por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así pues, se encuentra procedente justificar la conveniencia de la armonización de normas vinculantes y normas de *soft law* a través del Marco Ruggie de las Naciones Unidas para la garantía del derecho a la Consulta Previa en Colombia, por medio del estudio de la jurisprudencia interamericana.

Dentro del estudio de la vinculación del Marco Ruggie de las Naciones unidas, se destacan tres grandes categorías a tener en cuenta para estructurar la importancia de la

armonización de estos estándares de *soft law*. Estas categorías son entonces, la Obligación de reparar, el Deber de Protección del Estado y, el Deber de Respeto de las Empresas.

Obligación de reparar

Con respecto a la jurisprudencia de la Corte Constitucional T-733 de 2017 contra Cerro Matoso S.A., la alta corporación colombiana inicialmente decidió ordenar a la empresa, junto con el Ministerio del Interior, a realizar el trámite de Consulta Previa a las comunidades indígenas y el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré, esto en relación a los daños y perjuicios que pueden ocasionar las continuaciones de exploración y explotación mineras, además del pago de indemnizaciones por los perjuicios ya causados a las respectivas comunidades y un seguimiento institucional que busque proteger la salud de los habitantes cercanos al complejo minero de la empresa Cerro Matoso S.A.

Tal decisión posteriormente fue declarada parcialmente nula, en lo relativo a las reparaciones ordenadas, por violación al debido proceso, sin embargo, para esta investigación las consideraciones de la decisión original son sustancialmente válidas como una oportunidad que representaba un avance de aplicación del Marco Ruggie por vía jurisprudencial. En tal sentido, la decisión de nulidad parcial no priva de relevancia a su estudio desde el punto de vista teórico, como fundamento de la propuesta acá planteada, en la que es necesario partir del análisis de éste caso como uno crítico, para el cuál, dicho sea de paso, se acogen los argumentos expuestos en el salvamento de voto de la posterior sentencia de nulidad.

Como es lógico, el incumplimiento de una obligación conlleva el deber de reparar y, es así como la omisión a los principios de garantía estatal y de respeto empresarial no es una excepción a dicha regla general. El artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos indica lo siguiente al respecto:

> "1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las

consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión" (Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 1969).

Así por ejemplo, en la sentencia del caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, la Corte Interamericana ha establecido unos parámetros respecto de dicho artículo en los que ha indicado que:

"Es un principio de Derecho internacional, que la jurisprudencia ha considerado incluso una concepción general de derecho", que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. La indemnización, por su parte, constituye la forma más usual de hacerlo (Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment Nº. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, Nº. 9, pág. 21 y Factory at Chorzów, Merits, Judgment Nº. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, Nº. 17, pág. 29; Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, pág. 184).

26. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (restitutio in integrum), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral." (CIDH, 1988).

En este sentido, las medidas de reparación, orientadas por el principio de la *restitutio in integrum* deben estar precedidas por el estudio de un juicio de causalidad con los hechos generadores del daño para otorgar los mecanismos eficaces a la afectación consolidada al pueblo indígena correspondiente de acuerdo con cada caso. Las violaciones a los derechos humanos a las poblaciones de especial vulnerabilidad implican el estudio de las causas de dichas violaciones, como se ha indicado anteriormente, si bien las sentencias de organismos

jurisdiccionales supranacionales como es la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaran y condenan la responsabilidad internacional de los Estados, la posición del Estado no siempre es la del violador de derechos humanos directamente, factor a tener en cuenta al momento de imponer unas medidas de reparación, al respecto la doctrina ha indicado:

> "Las violaciones de derechos humanos en el sistema interamericano siguen operando con patrones sistemáticos. Estas violaciones masivas y sistemáticas deben ser vistas hoy en la perspectiva de aquellas violaciones estructurales. En estas, el Estado no necesariamente desarrolla una política de violaciones, pero al menos sí permite, a través de sus estructuras culturales e institucionales, las violaciones masivas de los derechos humanos de ciertos grupos desaventajados, cuyo goce y ejercicio de derechos resultan mermados (piénsese en la situación de los niños, indígenas, migrantes y las mujeres)" (Nash, 2009, p. 85).

En la sentencia T-733 de 2017, la Corte Constitucional colombiana trae un importante concepto sobre las medidas de reparación que pueden resultar del ejercicio de la Consulta Previa, al respecto indica:

> "En este orden de ideas, la Sala concluye que el derecho a la Consulta puede desarrollarse también para obtener una *reparación o compensación* (con enfoque diferencial, esto es, *etnoreparación*) cuando las actividades o proyectos se encuentran en curso -sin haber realizado procesos de consulta- y han terminado afectando a una comunidad étnica determinada.
>
> Como se observó, las medidas de reparación o compensación pueden tener una amplia gama de posibilidades que pueden ir desde la implementación de medidas tanto simbólicas (obras de valor pedagógico y cultural, publicaciones, investigaciones) como pecuniarias (pago de indemnizaciones, compensaciones, creación de Fondos especiales de desarrollo) a fin de proteger los derechos fundamentales de los pueblos étnicos, en particular, su derecho a la supervivencia física, cultural y espiritual" (Colombia, 2017).

Además, dichas medidas de reparación deben detenerse en la verificación de los presupuestos bajo los cuales debe realizarse la Consulta Previa, estudiados en el anterior capítulo, sin embargo, las medidas en sí mismas, de acuerdo con la doctrina constitucional han de observar unos criterios, al respecto indica la sentencia T-733 de 2017:

> "Los profesores César Rodríguez Garavito y Yukyan Lam han sintetizado dichos planteamientos en cuatro criterios, a saber:
>
> 1) A lo largo de todo el proceso de determinación de las medidas de etnorreparación, es necesario consultar con el grupo étnico que, a su vez, debe retener cierto nivel de control sobre su implementación; 2) las medidas de reparación tienen que respetar la identidad cultural particular del grupo étnico; 3) las etnorreparaciones siempre deben tomar en cuenta la dimensión colectiva de las violaciones y las medidas de reparación; 4) para que las reparaciones sean eficaces, la determinación de las medidas de reparación debe partir de lo específico y debe ser enfocada hacia la satisfacción de las necesidades del grupo étnico"" (Rodríguez & Lam, citados por Colombia, 2017).

Entonces, el concepto de reparación por Consulta Previa ineficaz necesariamente conlleva al estudio sobre las circunstancias que han rodeado el caso, pues en varios supuestos es posible concluir que aunque la consulta no se ha realizado de manera previa si va a determinar las medidas de reparación en cabeza de las autoridades públicas o de las empresas según corresponda, así lo manifestó la Corte Constitucional en la sentencia T-197 de 2016 al indicar:

> "(…) (iv) ¿La consulta debe ser previa a las medida objeto de examen? (…) Es necesario reconocer que hay situaciones en las cuales la consulta no se lleva a cabo de manera previa. En tales casos, puede ocurrir que el proyecto, obra o actividad, ya haya causado daños e impactos. Lo dicho anteriormente respecto del carácter eminentemente preventivo de la consulta previa no significa que no se deba realizar la consulta una vez ha sido ejecutado el proyecto respectivo. **Las consultas en tales casos deben ir encaminadas, principalmente, a corregir los impactos debidamente identificados, que hayan sido causados a los derechos colectivos de la comunidad**" (Colombia, 2016).

En la sentencia del caso de los pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, la Corte Interamericana establece una serie de medidas de reparación: a) la restitución, que consistente en restablecer o recuperar el estado anterior de las cosas con respecto a la producción del daño, b) la reparación del territorio de manera conjunta con la entidad privada que ocasionó

el daño, haciendo una evaluación inicial de los daños, y utilizando todas las medidas necesarias con el fin de que el territorio sea recuperado y c) las garantías de no repetición, optando por todas las disposiciones necesarias para garantizar el uso, acceso y participación de las comunidades en las decisiones que les afecten, además de medidas para que no se lleven a cabo actividades que puedan afectar su territorio tradicional realizando los estudios acerca del impacto ambiental y social que podría ocasionar la ejecución de los proyectos mineros, creando mecanismos de delimitación, demarcación y titulación de los territorios indígenas y tribales.

La Corte Constitucional por medio de la providencia T-733 de 2017 proferida el 15 de diciembre de 2017, mediante sus consideraciones y en la parte resolutiva de la sentencia obligaba a la empresa Cerro Matoso S.A el deber de reparar el daño causado producto de los procedimientos de explotación de níquel que iniciaron en el año 1982, los cuales tenían establecidos en los contratos un periodo de explotación el cual vencía el 30 de septiembre de 2012, es decir, un término de 30 años para extraer recursos naturales. **"**El 13 de noviembre de 1996 se celebró un tercer contrato de exploración y explotación, el núm. 051-96M, según el cual el Gobierno otorgó a la empresa Cerro Matoso S.A. el derecho a explotar las áreas ya asignadas por las concesiones números 866 de 1963 y 1727 de 1971 hasta el año 2029, pudiendo prorrogarse este derecho consagrado en el acuerdo de voluntades hasta el año 2044" (Colombia, 2017). Sin embargo, con base en la Función de Advertencia Rad: 2012EE008541 emitida por la Contraloría General de la República el 14 de diciembre de 2012, el proyecto minero amparado por el contrato núm. 051-96M, anteriormente mencionado, no cuenta con licencia ambiental, exponiendo los siguientes motivos:

> "toda vez que a éste le fueron incorporadas las áreas de los contratos 866 y 1727, actualmente no cuentan con ninguna autorización ambiental que ampare las actividades de explotación que allí se realizan, conforme se dispone en el artículo 208 del Código de Minas, norma a la que se acogió CERRO MATOSO S.A. para estos dos contratos, pues los antiguos permisos ambientales con los que cuenta la empresa no cubren todo el territorio de explotación y por ende es necesario que la empresa minera trámite de manera prioritaria una licencia que comprenda todas las áreas de la concesión". (Colombia, 2017)

La Corte Constitucional, en aras de garantizar los derechos fundamentales a la Consulta Previa, a la salud y el disfrute de un "medio ambiente sano de las comunidades étnicas Bocas de Uré, Centro América, Guacarí-La Odisea, Pueblo Flecha, Puente Uré, Puerto Colombia, Torno Rojo y el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré", estableció en la sentencia T- 733 de 2017 que por medio de la coparticipación de la empresa y la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, en coordinación con el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y el Ministerio de Salud y Protección Social, para que en un plazo de un año máximo el cual se empezaba a contar desde la notificación de mencionada providencia , se debe realizar la consulta previa con las comunidades étnicas anteriormente expuestas, proceso en cual se debe establecer medidas de prevención, mitigación y compensación ambiental respecto a los daños o perjuicios que se ocasionen si se llega a continuar las labores de extracción de recursos naturales por parte de la empresa Cerro Matoso S.A., punto no afectado por la nulidad, en tanto se reconoce que existió una vulneración al derecho fundamental a la Consulta Previa.

De igual manera la alta Corte fijó las estrategias específicas de protección que la empresa debe adoptar dentro del proceso consultivo: (i) Medidas tendientes a la descontaminación del ecosistema (aire, suelo y cuerpos de agua); (ii) Adopción de métodos técnicos que impidan el levantamiento y la dispersión de material particulado; (iii) Restauración de la cuenca hídrica del Caño Zaino; (iv) Restablecimiento de la capacidad productiva de los terrenos afectados; (v) Recuperación del paisaje; y, (vi) Aislamiento del complejo minero mediante barreras artificiales y/o naturales. Sin embargo para poder poner en práctica las medidas se debe realizar conforme a un enfoque diferencial respecto al grado de cercanía que tiene cada grupo étnico con el área de explotación y/o extracción de los recursos naturales y el centro industrial de Cerro Matoso S.A.

Para poder reparar la vulneración a los derechos fundamentales a la Consulta Previa, a la salud y el disfrute de un medio ambiente sano de "las comunidades étnicas Bocas de Uré, Centro América, Guacarí-La Odisea, Pueblo Flecha, Puente Uré, Puerto Colombia, Torno Rojo y el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré", (Colombia, 2017) se ordenó a la empresa Cerro Matoso S.A que una vez finalizado el proceso consultivo,

debe iniciar en un término de tres meses contados a partir de la terminación del proceso, la expedición de una nueva licencia ambiental que: (i) fundamentada en las obligaciones asumidas en la consulta previa; (ii) que incluya instrumentos necesarios, suficientes y eficaces para corregir los impactos ambientales de sus operaciones hasta el tiempo estimado de su finalización; y (iii) finalmente que garantice la salud de las personas que habitan las poblaciones accionantes, así como la protección del medio ambiente conforme a los estándares constitucionales vigentes.

No solamente deben participar en la reparación de los daños causados en los derechos fundamentales de las víctimas, la empresa Cerro Matoso, de igual manera debe el Ministerio de Salud y Protección Social constituir una brigada de salud en aras de garantizar el derecho a la salud de las comunidades indígenas, para el cumplimiento de esta garantía constitucional se debe cumplir los siguientes parámetros:

"(i) hacer una valoración médica de las personas que se encuentren registradas en los censos del Ministerio del Interior como integrantes de las comunidades Bocas de Uré, Centro América, Guacarí-La Odisea, Pueblo Flecha, Puente Uré, Puerto Colombia, Torno Rojo así como del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré; (ii) construir el perfil epidemiológico de esas comunidades y de sus integrantes; (iii) hacer entrega de los resultados de la valoración médica y del referido perfil a esas personas; y, (iv) finalmente presentar un informe del cumplimiento de la orden, la actividad desarrollada por la Brigada de Salud y sus resultados, al Tribunal Administrativo de Cundinamarca. De igual manera la atención integral y permanente en salud por parte de la empresa Cerro Matoso S.A debe ser concordante con las prácticas desplegadas por la brigada de salud del Ministerio de de Salud Protección Social, es decir, se debe brindar la reparación a la salud de aquellas personas que se se encuentren registradas en los censos del Ministerio del Interior como integrantes de las comunidades Bocas de Uré, Centro América, Guacarí-La Odisea, Pueblo Flecha, Puente Uré, Puerto Colombia, Torno Rojo así como del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré; las cuales padezcan alguna de las siguientes enfermedades: cáncer de pulmón, atelectasia plana, silicosis, linfangitis carcinomatosa, neumoconiosis reumatoide, nódulos calcificados en el pulmón, enfermedad pulmonar obstructiva crónica, dermatitis,

bandas parenquimatosas, síndrome de Caplan, sarcoma pulmonar, fibromas, niveles elevados de níquel en sangre u orina, engrosamiento de la cisura pulmonar, mesotelioma, lesiones pruriginosas, pitiriasis u otras afecciones de salud producto de las operaciones extractivas de los recursos naturales ejecutas en los territorios indígenas por parte de la empresa. De igual manera las comunidades indígenas afectadas y valoradas por el tienen el derecho de reclamar sus resultados clínicos con el fin de acreditar su estado de salud. Si se llegaran a presentar dudas frente quienes tienen derecho a la atención a la salud integral y permanente, la Corte Constitucional ordena al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al ser el autoridad judicial competente en primera instancia (Expediente T-4.298.584), la verificación del cumplimiento de la tutela T-733 de 2017 y determinación de quiénes son los titulares del derecho a la atención de salud integral y permanente" (Colombia, 2017).

La Corte Constitucional condenó en abstracto por medio de la tutela T-733 de 2017 en los términos del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, a la empresa Cerro Matoso S.A. al pago de los perjuicios causados a los "integrantes de las comunidades Bocas de Uré, Centro América, Guacarí-La Odisea, Pueblo Flecha, Puente Uré, Puerto Colombia, Torno Rojo y el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré", de conformidad con los hechos que fueron debidamente probados en esta providencia mencionada. Esta liquidación respectiva se debía realizar ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por medio de trámites incidentales que deben ser resueltos en un término máximo establecido de seis (6) meses. Para ello, la Secretaría General de la Corte Constitucional remitió inmediatamente copias de toda la actuación surtida en el proceso.

La reparación específica de cada peticionario se sustenta en los hechos que acredite ante el Tribunal los cuales deben tener apoyarse en los siguientes como criterios de carácter orientador:

I. En relación con las enfermedades anteriormente mencionadas se deben resarcir: (i) Los gastos erogados respecto a tratamientos clínicos y adquisición de medicamentos; (ii) La pérdida de capacidad laboral generada por la enfermedad; y (iii) La congoja interna, dolor o sufrimiento causado.

II. Respecto a los daños al medio ambiente que tengan consecuencias patrimoniales individuales, se deben indemnizar: (i) Los cultivos o cosechas que se hayan visto deteriorados como producto de la contaminación ambiental; y (ii) Las pérdidas económicas causadas por la disminución de productividad agrícola y/o pesquera.

La empresa Cerro Matoso S.A dentro de un término de nueve meses contados a partir de la notificación de la sentencia T-733 de 2017 debe crear, financiar y poner en funcionamiento un Fondo Especial de Etnodesarrollo, bajo el cumplimiento estricto de los siguientes parámetros:

i) El Fondo debe tener una naturaleza privada y debe ser administrado por la empresa Cerro Matoso S.A.;

ii) Su objeto general debe ser la reparación y compensación de las víctimas desde una óptica colectiva y étnica -*etnoreparación*-, en razón a los perjuicios causados durante años por la compañía minera;

iii) Los recursos deben ser utilizados exclusivamente para atender las necesidades que padecen las comunidades indígenas accionantes y que comprometen su supervivencia física, cultural y espiritual;

iv) Como resultado de lo anterior, se debe implementar proyectos de salud, ambientales, educativos y de actividades productivas (agricultura), así como, estrategias adicionales de reparación simbólica con las poblaciones étnicas afectadas;

v) La duración que debe tener el Fondo y su forma específica de financiación será establecida atendiendo la gravedad de las daños causados, los años de explotación minera y la proyección en el tiempo de la misma, todo lo cual debe llevarse a cabo con la participación de la *relatoría especial de seguimiento*

La Corte Constitucional estableció que para el efectivo cumplimiento de esta orden de crear el Fondo Especial de Etnodesarrollo, por parte de la empresa Cerro Matoso S.A., se debe presentar el proyecto de creación e implementación del Fondo a las comunidades indígenas accionantes y a la *relatoría especial de seguimiento*, con el propósito de acordar su puesta en funcionamiento.

Finalmente la Corte Constitucional en la parte resolutiva de la sentencia T-733 de 2017 estableció que de no llegarse a cumplir la obligación por parte de la empresa Cerro Matoso respecto a los deberes asumidos en el proceso consultivo, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en ejercicio de las competencias previstas para obtener el eficaz amparo constitucional decretado en la providencia mencionada, puede ordenar la suspensión de las actividad y/o procedimiento extractivos de los recursos naturales.

Ahora bien, a partir de las dos exposiciones de reparación sobre los casos bajo estudio, si bien las condenas que impone la Corte Interamericana van dirigidas al Estado, es importante destacar la perspectiva "suave" desde la que la Corte indica que los actores privados empresariales también inciden en dicha consolidación de daños por violaciones a los derechos humanos, la Corte lo expresa así:

> "223. En este particular, el Tribunal toma nota de que las actividades mineras que generaron las afectaciones al medio ambiente y por ende a los derechos de los pueblos indígenas, fueron llevadas a cabo por actores privados, primero por la empresa Suralco y posteriormente por la joint venture denominada BHP Billiton-Suralco.
>
> (…)
>
> 224. Al respecto, la Corte toma nota de los <<Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos>>, avalados por el Consejo de Derechos Humanos de la Naciones Unidas, mediante los cuales se ha establecido que las empresas deben actuar de conformidad con el respeto y la protección de los derechos humanos, así como prevenir, mitigar y hacerse responsables por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos. En este sentido, tal como lo reiteran dichos principios, los Estados tienen la responsabilidad de proteger los derechos humanos de

> las personas contra las violaciones cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. Para tal efecto los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar, mediante políticas adecuadas, los abusos que aquéllas puedan cometer, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia" (CIDH, 2015, p. 62-63).

Dicha distribución en la carga del deber de reparar de acuerdo al contexto previo ha sido bien demostrado en el análisis que sobre el particular se ha hecho del caso crítico de la empresa Cerro Matoso, donde la Corte Constitucional ha analizado factores propios de la empresa y de autoridades públicas que en todo el proceso de Consulta Previa se debieron presentar sin haber sido así.

Deber de protección del estado

La sentencia del caso de los pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam declara la responsabilidad del Estado por la violación de los derechos a la propiedad colectiva, reconocimiento de la personalidad jurídica, derechos políticos, la identidad cultural y el deber de adoptar las normas de derecho interno. Todos estos derechos relacionados entre sí con el derecho fundamental a la Consulta Previa, que como se ha estudiado está principalmente contemplado por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Las decisiones como el caso revelador que se estudia son tomadas con fundamento en tratados internacionales, estos son normas que imponen obligaciones jurídicas a los Estados que los ratifican, en consecuencia, sus destinatarios directos son los Estados, sujetos de derecho internacional, por el contrario, no están concebidos para establecer alguna clase de responsabilidad en los particulares. El Estado comprometido ante la comunidad internacional es el encargado de tomar las medidas que considere para garantizar en su ordenamiento el cumplimiento de las obligaciones contraídas, en este caso, por ejemplo, en materia de derechos humanos.

Sin embargo, la anterior concepción no implica que no existan normas de derecho blando o *soft law* tendientes a reglamentar el comportamiento y las potenciales responsabilidades que pueden surgir de las actuaciones de los particulares o sujetos diferentes a los Estados, claro ejemplo de esto son los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, propuesta del profesor John Ruggie, adoptados normativamente por el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas en el año 2011.

Es importante aclarar la obligación que tienen los Estados de prevenir las conductas de las empresas contrarias al derecho internacional. Por ello se debe resaltar la responsabilidad que tienen dichas empresas al fomentar el incumplimiento de estándares internacionales de derechos humanos en cuanto al territorio, salud, ambiente, etc. evidenciándose la importancia de la armonización del ordenamiento jurídico local con estándares internacionales de Derechos Humanos que determinen la característica vinculante de tales normas de derecho blando. Estas normas se sintetizan en el marco normativo Ruggie de la Organización de las Naciones Unidas que presenta un informe sobre los Principios Rectores sobre las Empresas y los derechos humanos que tiene como finalidad proteger, respetar y remediar las directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

Hasta entonces, se expone un panorama general del que se colige que es el Estado el responsable de garantizar a los pueblos étnicos el derecho a la Consulta Previa con la finalidad de exaltar la identidad, integridad y costumbres en el contexto de la diversidad étnica y cultural. En dicha tarea de respeto por la diversidad étnica y cultural de la Nación, el sector empresarial desempeña un papel principal quien, si bien no es sujeto de responsabilidad internacional sí es sujeto del ordenamiento interno y en consecuencia debe asumir una postura de debida diligencia frente a los derechos humanos.

En el caso de los pueblos Kaliña y Lokono contra Surinam, teniendo en cuenta que los derechos de los pueblos indígenas revisten el carácter de fundamental por los Principios Rectores sobre Empresa y Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos encuentra que el Estado omitió su función de

establecer las normas suficientes y necesarias para dar cumplimiento a las garantías previstas en el Marco Ruggie, como norma de *soft law* y además en el convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, como norma vinculante al ser ratificada, ya que mediante los postulados de protección, respeto y reparación se puede garantizar la eficacia de derechos como la Consulta Previa que por la falta de establecimiento de una reglamentación nacional conforme a dichos principios podría verse alterada, omitida, modificada, etc.

Por otra parte, la labor de supervigilancia sobre la explotación de los recursos naturales del subsuelo corresponde al Estado, pues por mandato constitucional dichos recursos son de propiedad de la Nación, así el proceso de extracción o explotación sea realizado por particulares, en este caso empresas mineras seleccionadas previamente en el proceso de concesión del respectivo título.

De dicho otorgamiento de títulos y correspondiente supervigilancia del proceso de explotación es posible derivar la responsabilidad del Estado, pues a través de estas tareas fundamentales se encarga de "certificar" a una determinada empresa en la intervención ambiental que implica la explotación de recursos naturales y en la intervención al territorio de pueblos étnicos de especial protección constitucional y convencional. En este sentido, la selección de una empresa minera que no cuente con las políticas de responsabilidad social empresarial acordes a las normas vinculantes y no vinculantes que deben garantizar tal especial protección además de los fines del Estado implicaría estar frente a un Estado negligente o cómplice de las violaciones a los derechos humanos y en tal sentido, pasible de responsabilidad internacional tal como lo ha reconocido la sentencia de los pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam.

Lo anterior es igualmente tratado en la jurisprudencia constitucional colombiana contra la empresa Cerro Matoso S.A., en esta la Corte Constitucional retoma el concepto de la sentencia T-462A de 2014 al citar el siguiente aparte:

> "En síntesis, puede afirmarse que el desarrollo normativo de la licencia ambiental ha tenido varios cambios a lo largo del tiempo, pero se ha mantenido la necesidad de tener

> en cuenta en los estudios de impacto, las circunstancias socioeconómicas de las comunidades que residen en el área de influencia. El deber de consultar a la población en general y a las comunidades diferenciadas como las indígenas, étnicas y afro colombianos 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. Como se puede evidenciar, para aquellos proyectos sobre los que ya había iniciado su ejecución y funcionamiento, no se requiere de licencia ambiental, circunstancia que no exime a las autoridades ambientales, por una parte, y a las empresas encargadas, por otra, de realizar un control y seguimiento sobre los impactos de estos proyectos que se generen a través del tiempo" (Colombia, 2014).

La reglamentación nacional es necesaria para el reconocimiento y estructuración del derecho a la propiedad colectiva de las tierras y recursos naturales de los pueblos indígenas, que constituyen elementos de especial importancia para estos pueblos en pos de su reconocimiento como sujetos de especial protección, dada su particular identidad en razón de la que existen derechos como la Consulta Previa.

Siguiendo a César Rodríguez Garavito (2009) el Estado es el encargado de la delimitación de los territorios de especial interés para los pueblos étnicos, para el caso en concreto pueblos indígenas, y consecuente protección frente a eventuales afectaciones con el objeto de lograr las condiciones que en principio auguran una consulta previa eficaz, esto es, con la participación de actores como la empresa minera en el caso de otorgamiento de títulos mineros en donde además de cumplir con su obligación de respeto, también se cumpla con los derechos a la información completa y oportuna con el fin de obtener el consentimiento previo, libre e informado en concordancia con los instrumentos normativos nacionales e internacionales vinculantes y de derecho blando.

Es así como dentro del caso crítico estudiado, es decir la Sentencia T-733 de 2017, se hace referencia a dicho deber que tiene el Estado de garantizar las condiciones óptimas de vida con respecto a la preservación del ambiente y del patrimonio natural, trayendo a colación la protección de carácter constitucional establecida en el año 1991, para lo cual acudió a la sentencia T-411 de 1992 que declaró que:

> "La protección al medio ambiente no es un *amor platónico hacia la madre naturaleza*, sino una respuesta a un problema que de seguirse agravando al ritmo presente, acabaría planteando una auténtica cuestión de vida o muerte: la contaminación de los ríos y mares, la progresiva desaparición de la fauna y la flora, la conversión en irrespirable de la atmósfera de muchas grandes ciudades por la polución, la desaparición de la capa de ozono, el efecto de productos químicos, los desechos industriales, la lluvia ácida, los melones nucleares, el empobrecimiento de los bancos genéticos del planeta, etc., son cuestiones tan vitales que merecen una decisión firme y unánime de la población mundial. Al fin y al cabo, el patrimonio natural de un país, al igual que ocurre con el histórico - artístico, pertenece a las personas que en él viven, pero también a las generaciones venideras, puesto que estamos en la obligación y el desafío de entregar el legado que hemos recibido en condiciones óptimas a nuestros descendientes" (Colombia, 1992).

Por otro lado, La Corte Constitucional hace referencia a la garantía que el Estado debe dar a las comunidades de participar en las decisiones en materia de explotación de recursos naturales que afecten a sus territorios de manera directa o indirecta. Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el aspecto ambiental y el participativo que se enmarcan en el deber de garantía por parte del Estado, está consagrado en el parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política, el cual indica que "La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades".

Para que se puedan cumplir las consideraciones y decisión establecidas por la Corte Constitucional en la sentencia T-733 de 2017, se le ordenó a la Agencia Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- y a la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y San Jorge -CVS- que, de manera conjunta y coordinada, deben adoptar los ajustes

administrativos necesarios para la realización de un control ambiental efectivo y estricto sobre las actividades productivas y extractivas de la empresa Cerro Matoso S.A. y el correcto cumplimiento de las medidas de mitigación, prevención y compensación dentro del proceso consultivo.

Es esencial entonces el papel del Estado en la protección de los derechos de las comunidades indígenas que, como lo indica la Declaración de los Principios Rectores de la Organización de las Naciones Unidas sobre Empresas y los Derechos Humanos, el Estado debe tomar las medidas adecuadas para garantizar los mecanismos necesarios para prevenir, investigar, castigar y reparar.

La anterior declaración implica una delimitación de las funciones de cada uno de los actores alrededor de una violación al derecho fundamental a la Consulta Previa. Es el Estado el encargado de desarrollar el proceso de concesión de títulos mineros y garantizar la integridad de los pueblos en los términos antedichos cuando la intervención de la empresa minera tenga influencia alguna sobre los pueblos étnicos o indígenas en particular, con el objetivo de lograr un consentimiento previo, libre e informado en reconocimiento de la diversidad cultural y la personería jurídica de dichos pueblos.

Para David Bilchitz el deber de protección del Estado debe ser entendido como la "toma de medidas regulatorias para afianzar el marco legal que rige los derechos humanos y las empresas, así como para brindar mecanismos para el cumplimiento de dichas obligaciones" (2010, p. 5). La protección es el primer parámetro fundamental contemplado por el Marco Ruggie para dar cumplimiento a su contenido, sin embargo, "el deber del Estado de proteger [...] estará guiado por las obligaciones de actores no-estatales y el modo en que estas pueden influir en los derechos fundamentales." (2010, p. 6).

Es entonces la Consulta Previa el mecanismo idóneo de garantía de los derechos de las comunidades indígenas debido al papel participativo que genera en la toma de decisiones que afectan a sus territorios, pero no solo basta con tener preestablecido tal mecanismo, ya que se evidencia la falta de garantía por parte del Estado en la ejecución de este dentro de los

procesos de otorgamiento de licencias ambientales. Lo anterior se ve reflejado en las numerosas tutelas que se han presentado, como la que estamos examinando, donde la Corte Constitucional en relación a este parámetro concluyó que "la realización del procedimiento de Consulta Previa como garantía del derecho fundamental que tienen las ocho comunidades étnicas involucradas, a participar en las decisiones que las afectan. Atendiendo a que si bien los proyectos extractivos representan un factor de progreso y desarrollo económico para el país, esto no es óbice para evitar o ignorar el amparo que merecen los derechos fundamentales de los sujetos de especial protección en comento." (Colombia, 2017).

Deber de respeto de las empresas

Así, estas violaciones a los derechos de los pueblos indígenas implican serias afectaciones sobre sus territorios, costumbres, espiritualidad, cultura, etc. A su vez, dichas afectaciones conllevan la intervención de un tercero, en el caso estudiado, la empresa minera que se hace presente gracias a la concesión hecha por el Estado sin observar los presupuestos generales y específicos del derecho a la Consulta Previa del que son titulares los pueblos étnicos.

Como se ha insinuado anteriormente, dichas normas, aunque carecen de carácter vinculante, revisten un alto sentido persuasivo que debe ser considerado por las autoridades nacionales en sus actividades, dicho sentido se encuentra fundamentado en su proximidad con el derecho humanitario al regular la influencia de las empresas como motor de la economía sobre los derechos humanos. Tal estudio se desarrolla en el contexto del alcance del respeto como deber propio de las empresas y su interrelación con las obligaciones estatales y la debida reparación en caso de daño.

En determinados casos, como es el de la actividad de empresas transnacionales mineras, ha sido el soft law el que ha reglamentado en mayor medida la actividad de estas empresas y ha aportado normatividad internacional que propende por el respeto a los derechos humanos constituyéndose en parámetros para la cabal aplicación de los mismos como es el caso del Marco Ruggie de las Naciones Unidas que mediante los principios de protección, respeto y reparación busca la garantía de derechos como la Consulta Previa que

eventualmente se podría ver alterada, omitida, modificada, etc. por la fuerte influencia de las empresas transnacionales; además de llamar la atención a la comunidad internacional sobre las implicaciones en derechos humanos de la actividad de estas empresas.

La regla general consiste en que los casos de responsabilidad de las empresas son de conocimiento de los organismos, legislación y jurisdicción nacionales. Sin embargo, tratándose de violaciones a los derechos humanos, la Organización de las Naciones Unidas ha reconocido que las empresas no adaptadas a las normas internacionales pueden llegar a constituir un factor de riesgo a estos derechos. En efecto, ha indicado que "[l]a experiencia demuestra que las empresas pueden vulnerar los derechos humanos, y de hecho lo hacen, cuando no prestan suficiente atención a la existencia de ese riesgo y la forma de mitigarlo" (Organización de las Naciones Unidas, 2012, p. 13). En síntesis, el respeto por los derechos humanos implica más allá que una actitud de observación, requiere actividad en su giro económico ordinario.

Guarda especial importancia y trascendencia la sentencia de La Corte Interamericana de Los Pueblos Kaliña y Lokono contra Surinam, al constituirse como el principal antecedente de reconocimiento de las violaciones de derechos humanos por parte de las empresas, que en el caso es por parte de las empresas mineras, esto es, una declaración judicial en la que se declara que las empresas cometen más que simples abusos a los derechos humanos como se venía reconociendo; dicho reconocimiento de violaciones solo es posible gracias al estudio que se hace del Marco Ruggie de las Naciones Unidas y al alcance del deber de respeto por parte de las empresas.

Desafortunadamente, "con ocasión de la explotación minera, la cual se desarrollaba en el epicentro del Resguardo Zenú del Alto San Jorge, y especialmente con la construcción en 1980 de unos hornos, los habitantes cercanos a la mina empezaron a percatarse de un cambio en el entorno, generando impactos negativos en el territorio, el ambiente, las fuentes hídricas y su propia salud" (Colombia, 2017).

En el momento antes de proferirse la sentencia T- 733 de 2017, la empresa Cerro Matoso S.A no había adoptado los "controles necesarios para evitar la contaminación de las fuentes hídricas", generando así la proliferación de cáncer y el aumento en las tasas de aborto de los habitantes cercanos a la mina (Colombia, 2017).

De igual manera, según el estudio anteriormente mencionado emitido por la Contraloría General de la República, la empresa Cerro Matoso S.A, no contaba con estudios sólidos que permitían garantizar el óptimo mantenimiento de "las condiciones de calidad del aire, ni los recursos hídricos superficiales y subterráneos en los niveles que aseguren el buen estado de salud de los habitantes de las poblaciones aledañas a la explotación de la mina, por lo cual se pueden configurar pasivos sociales por problemáticas de salud pública derivados de la exposición de habitantes a elementos dañinos que se encuentran relacionados con el hierro y el níquel que se constituyen en el objeto y su posterior transformación en ferroníquel".

Infortunadamente, dentro de los hechos alegados por los accionantes en la sentencia T-733 de 2017, se afirma que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, sostuvo que:

> "no es posible hacer la prórroga de los contratos 866 de 1963 y 1727 de 1971 porque ya existe un acuerdo anterior entre el Ministerio de Minas y la multinacional para continuar con la explotación de níquel una vez los dos primeros contratos expiren el 30 de septiembre de 2012, y el Gobierno debe renegociar los términos del contrato que queda vigente, fue claro en señalar que esta podría darse, siempre y cuando se cumpla con los estándares de la legislación minera y ambiental, se proteja en toda su integridad el patrimonio de la Nación y los derechos sociales de todos los implicados en la actividad de la minería".

La Corte Constitucional, dentro del caso contra Cerro Matoso, estableció una serie de factores que debe acatar la empresa dentro del proceso consultivo en un periodo máximo de un año, tales como: (i) La suscripción del Otrosí No. 4 de 2012 al Contrato No. 051-96M; (ii) La duración estimada de las actividades de exploración y explotación de Cerro Matoso

S.A. en todo el complejo minero; y (iii) Los hallazgos contemplados en esta sentencia en materia de afectaciones al medio ambiente y a la salud.

Al resolver el caso colombiano ya presentado, la Corte Constitucional no hace una especial referencia al deber de respeto por parte de las empresas, sin embargo se pueden inferir varios aspectos que las empresas habrán de tener en cuenta antes, durante y después de la ejecución de los proyectos mineros que hayan de realizar.

El primero de estos aspectos será pues, efectivizar su proceso de diligencia debida con el fin de identificar a las comunidades que podrían verse afectadas, en qué modo, y qué derechos se pueden llegar a vulnerar en la ejecución de los proyectos mineros, de la misma manera que se deben realizar los estudios previos necesarios para determinar las afectaciones al medio ambiente que se pueden causar, esto con el fin de mitigar su impacto negativo, prevenir o reducir las huellas y evitar causar daños al ambiente innecesarios.

En esta primera fase, se encuentra la obligación de las empresas de realizar la Consulta Previa a las comunidades, mediante la cual se les debe informar de forma completa, precisa y significativa de los proyectos que se habrán de realizar y la afectación directa que se pueda generar, dicha afectación la Corte la definió como "el impacto, positivo o negativo, que tiene una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica". (Colombia, 2017).

Al momento de aplicar la consulta previa las comunidades podrán formular preguntas, desarrollar discusiones, y proponer las fórmulas de acuerdo que consideren pertinentes con el fin de llegar a un acuerdo que será vinculante para ambas partes. Ahora bien, al aplicar las empresas la Consulta Previa estarían respetando los derechos de identidad social y cultural como comunidad indígena o afrodescendiente. Para brindar un amparo completo del derecho fundamental a la Consulta Previa, la Corte Constitucional estableció que no solo se debe realizar por única vez al inicio del proyecto sino que se debe existir un proceso que la Corte denominó post consultivo, en el cual se deben realizar revisiones

posteriores a corto, mediano y largo plazo. Si el proyecto se ha ejecutado sin la realización de la Consulta Previa existe la obligación por parte de la empresa de realizarla con el fin de darles espacios de participación para la implementación del proyecto si aún no ha finalizado, o de recibir una reparación por los daños que se ocasionaron, protegiendo así sus derechos de acuerdo con los criterios ya expuestos. Con el fin de amparar los derechos a las comunidades indígenas y tribales, en el Proceso de Consulta Previa estas deben estar acompañadas de la Defensoría del Pueblo y de la Procuraduría General de la Nación.

Ahora bien, el deber de respeto por parte de las empresas no solo implica obligaciones positivas como las mencionadas, sino que también implica unas obligaciones negativas como lo son el proteger los recursos naturales y el medio ambiente, no intervenir áreas de especial importancia ecológica y prevenir el deterioro ambiental.

En relación a lo anterior, se manifiesta en el seguimiento que han de tener las empresas durante la ejecución de los proyectos sobre los recursos ambientales que se puedan ver afectados, ya sea sobre la calidad del aire, de aguas subterráneas y superficiales, y los impactos a la flora y fauna del sector, este seguimiento debe ser periódico y no solo lo debe efectuar la empresa, sino también la autoridad administrativa. Así lo manifestó la Corte al citar la sentencia T 462A de 2014 de la siguiente manera:

> "En síntesis, puede afirmarse que el desarrollo normativo de la licencia ambiental ha tenido varios cambios a lo largo del tiempo, pero se ha mantenido la necesidad de tener en cuenta en los estudios de impacto, las circunstancias socioeconómicas de las comunidades que residen en el área de influencia. El deber de consultar a la población en general y a las comunidades diferenciadas como las indígenas, étnicas y afro colombianos 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. Como se puede evidenciar, para aquellos proyectos sobre los que ya había iniciado su ejecución y funcionamiento, no se requiere de licencia ambiental, circunstancia que no

exime a las autoridades ambientales, por una parte, y a las empresas encargadas, por otra, de realizar un control y seguimiento sobre los impactos de estos proyectos que se generen a través del tiempo".

Concepto previo de Responsabilidad Social Empresarial para la Consulta Previa

De acuerdo con el anterior análisis, los mecanismos de integración del derecho internacional de los derechos humanos al ordenamiento jurídico colombiano no son eficaces por su simple consagración normativa, si bien dicha consagración es el punto de partida, es necesaria la actuación de las autoridades públicas en la regulación de las cargas de los diferentes actores intervinientes en una violación o abuso a los derechos humanos, incluidos los agentes económicos como son las empresas trasnacionales del sector extractivo.

En Colombia el panorama es diverso, la mayoría de empresas anuncian sus políticas de responsabilidad social empresarial como una política respetuosa de los derechos humanos y en consecuencia observante de los postulados vinculantes y no vinculantes en materia de Consulta Previa, sin embargo, dichos esfuerzos formales no encuentran respaldo absoluto en las normas que regulan la Consulta Previa, lo que deja a la discrecionalidad de las empresas la implementación de medidas como el marco Ruggie de las Naciones Unidas y en consecuencia abre un amplio margen de interpretación a la forma en que se cumple el deber de respeto, dando como resultado la ocurrencia de casos como los estudiados con precedencia.

Como se ha establecido, la Consulta Previa es requisito *sine qua non* para el otorgamiento del título, por lo menos en lo formal, aun así, los estándares como los principios enunciados por la Corte Interamericana y la Corte Constitucional parecen ser menospreciados por las autoridades por su carácter blando y por estar contenidos en decisiones que en principio generan efectos inter partes.

Se considera acertado dar regulación precisa a los postulados abstractos contenidos en el *soft law* en materia de derechos humanos dentro del proceso de Consulta Previa. La

regulación administrativa de normas de superior jerarquía es parte de la potestad reglamentaria del ejecutivo en dicha materia y si bien en principio corresponde al ejecutivo la regulación de normas del orden legal y no directamente del orden constitucional o convencional como acá se plantea, la regulación administrativa da mayor garantía de precisión a la regulación en la introducción de postulados como el Marco Ruggie de la Organización de Naciones Unidas al ordenamiento para garantizar su acatamiento desde el proceso de Consulta Previa, por ejemplo, a partir la creación de órganos de consulta, control y vigilancia que en el proceso de Consulta Previa garanticen los parámetros de aplicación de dichos principios.

Para la armonización entre las normas de *soft law* y las normas vinculantes colombianas se encuentra oportuno proponer la creación de referentes normativos por los cuales se de la integración de las normas sobre el Proceso de Consulta Previa creando una autoridad consultiva de los mencionados procesos que se adelanten en la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior cuya función asignada por el acto administrativo de su creación se remite a emitir conceptos sobre la pertinencia de los diferentes procesos de consulta con especial énfasis en las normas internacionales de *soft law* como el Marco Ruggie de la Organización de Naciones Unidas.

La conveniencia de la creación de dicho organismo se encuentra además respaldada por el supuesto según el cual tal autoridad podría ir más allá de las decisiones hasta hoy tomadas por la Corte Constitucional en tutela del derecho a la Consulta Previa. Tal afirmación se explica fácilmente bajo el estudio acá realizado del caso crítico en el cual si bien se hace explícita mención a los elementos de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos no se da pleno desarrollo a ellos, siendo aún así la jurisprudencia la principal vía de incorporación de *soft law* en la materia, hasta hoy existente en Colombia.

La vinculatoriedad del concepto producto de la creación de la autoridad acá propuesta para las autoridades ambiental y minera encargadas del otorgamiento de la correspondiente licencia ambiental y el título minero serán objeto de estudio del siguiente capítulo, sin embargo, lo cierto es que dicho concepto al ser parte del Proceso de Consulta Previa y

provenir de un organismo altamente especializado en los postulados de *soft law* que sobre derechos humanos regulan la materia, por lo menos guarda un alto grado persuasivo incluso frente al soft law considerado en abstracto en la toma de decisiones para la administración.

Así pues, es procedente que a través de la creación de los propuestos parámetros normativos centrados en la creación de un organismo especializado en estándares internacionales de derechos humanos se armonicen las normas vinculantes y de *soft law* en Colombia, integrando así parte del ordenamiento jurídico colombiano en materia de Consulta Previa, generando un desarrollo para la mejor implementación de los convenios y tratados internacionales por los que Colombia se ha obligado.

Capitulo III: El *pacta sunt servanda* como instrumento de armonización

Del problema estudiado se propone armonizar normas de derecho blando y normas de contenido vinculante a través del Marco Ruggie de las Naciones Unidas, con el fin de lograr conciliar la libre competencia económica y la diversidad étnica y cultural en favor del derecho fundamental a la consulta previa. En el presente capitulo se darán las aproximaciones metodológicas y teóricas a seguir para cumplir el fin propuesto.

Inicialmente es preciso entender qué es la armonización legal y su funcionamiento. La armonización de normas se puede entender como el proceso que va dirigido a la conformidad de la normatividad aplicable a cierto punto de derecho, permitiendo así, que el sistema legal sea coherente. Según Medina y Plazas (2016) debe existir un interés por asimilar o asemejar ciertas normas locales con otras normas, que en nuestro caso son de carácter internacional, sin dejar que las normas locales pierdan su identidad o sean subsumidas por las normas internacionales. Es entender las normas que se aplican a un mismo objeto jurídico, bajo los mismos criterios que ha dado ya sea la jurisprudencia, la doctrina, las normas, entre otras, con el fin de que la orientación de estas sea unitaria y se garantice la seguridad jurídica.

Sobre la armonización jurídica Julio Mario Bonilla (2013) ha indicado que

> "Distintos autores han creado definiciones de la armonización del derecho, que si bien pueden variar de un autor a otro, nunca llegan a tener diferencias significativas. Así, Lerner la define como un proceso por el cual las barreras entre los sistemas jurídicos tienden a desaparecer y los sistemas jurídicos van incorporando normas comunes o similares; Bogdan la define como hacer compatibles las disposiciones de dos o más sistemas. Goldring, como un proceso por medio del cual los efectos de una transacción, bajo un determinado ordenamiento, son llevados lo más cerca posible a los que se generarían por la misma transacción, bajo otro conjunto de disposiciones. Keily hace referencia a acercar las disposiciones y hacerlas

similares; Gopalan la establece como la producción de resultados armónicos mediante la extracción de las mejores soluciones, en un área determinada, de los distintos ordenamientos; y, por último, Rodríguez afirma que por la armonización normativa nos referimos a los procedimientos que suponen una modificación de la legislación de varios Estados sin alcanzar una completa unificación, pero con el propósito de crear un afinidad esencial entre varias legislaciones, ya sea de tipo sustantivo o de tipo adjetivo o procesal"".

Entendido esto, para el presente caso, se busca la interpretación bajo los mismos parámetros de una norma de carácter vinculante, que es la relativa a la consulta previa, en el mismo sentido o a través del acercamiento con una norma de soft law, como lo es el Marco Ruggie o Principios Rectores sobre las Empresas y Derechos Humanos. Esta armonización se debe hacer a partir de la integración de ambas normas mediante procesos que pueden ser legislativos, administrativos o jurisprudenciales a través de la analogía o la doctrina, o mediante la creación de instituciones que incorporen ambas normas.

El derecho europeo ha dado grandes ejemplos de la armonización de normas mediante la construcción de una cultura jurídica, ya que a través del establecimiento de principios, directrices, reglas y modelos, han logrado una armonización en el derecho privado principalmente, aunque han tenido grandes avances en el mismo sentido en el derecho público a partir del derecho comparado. Sin embargo, en la presente investigación la propuesta va enfocada a la armonización de la consulta previa y el Marco Ruggie mediante los principios generales del derecho, principalmente, el principio de *pacta sunt servanda*, y la integración hermenéutica del Marco Ruggie en la proyección de una propuesta legislativa que cursa en el Congreso actualmente.

Inicialmente se propone la creación de un organismo asesor especializado en estándares internacionales de derechos humanos en el otorgamiento de títulos mineros en Colombia, teniendo en cuenta que actualmente existe la dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior como la encargada de ejecutar los procesos de Consulta Previa en

Colombia para coordinar, asesorar y formular directrices alrededor de los procesos de consulta previa y que en todo proceso de otorgamiento de títulos mineros que se desarrolle en Colombia y dicho proyecto cause afectación alguna a pueblos étnicos de especial protección como indígenas o afrodescendientes, dicho organismo asesor debe hacer parte especializada de los procesos desarrollados por tal Dirección.

Así, el acto de creación de dicho organismo se proyecta a partir de la siguiente aproximación académica:

Créase la Oficina de Estándares Internacionales de Derechos Humanos como organismo asesor especializado de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior cuya principal función es emitir concepto sobre la pertinencia del proyecto a desarrollar, que hace necesario convocar al proceso de consulta previa fundamentado en las posibilidades de reparación de perjuicios que ofrece la empresa que espera desarrollar el proyecto respectivo, potencial afectación al ambiente, su restablecimiento y los principios del pueblo étnico o tribal determinado, garantías ofrecidas antes de la ejecución del proyecto, comportamiento de la empresa en anteriores proyectos similares y demás estándares que se encuentre procedente evaluar. En ningún caso podrán emitirse conceptos no motivados con base en los parámetros antes enunciados.

La conducta de dicho organismo debe estar adecuada a los convenios internacionales que guarden relación con el objeto de su actividad, principalmente al convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

En el otorgamiento de títulos mineros, cuando el concepto emitido por dicho organismo asesor sea negativo por considerar que no encuentra garantías a los principio de

respeto y reparación de daños en cabeza de las empresas, y además del resultado de la consulta previa no se obtenga consentimiento previo, libre e informado del pueblo étnico asentado en el territorio que sería objeto de intervención y/o afectación, dicho concepto prevalecerá sobre el otorgamiento del correspondiente título minero para la autoridad Minera.

En todo caso, si el organismo asesor en estándares internacionales de derechos humanos emite concepto negativo, el ejecutor interesado en el proyecto podrá subsanar los cuestionamientos o motivos por los cuales se emitió concepto negativo, en ejercicio del recurso de reposición.

En caso que el mencionado concepto negativo se emita con fundamento en otros motivos no cobijados por los principios de respeto y reparación a cargo de las empresas, el valor de dicho concepto sólo será de alto sentido persuasivo para la autoridad minera en el otorgamiento de títulos mineros, al provenir de un organismo altamente especializado en postulados de soft law que sobre derechos humanos regulan la consulta previa, presupuesto sine qua non de los proyectos de intervención mineroenergenticos y derecho fundamental de los pueblos étnicos en Colombia.

La anterior propuesta encuentra fundamento, además, en los fines del Estado colombiano ya comentados, pues dando cumplimiento a las obligaciones internacionales del Estado en sentido amplio, esto es, dando incluso cumplimiento a normas de bajo carácter vinculante, honrando las obligaciones internacionales tal como lo postula el principio *pacta sunt servanda* y brindando una reglamentación precisa a dicho cumplimiento se asegura la participación de los diferentes sectores, para el caso bajo estudio, de los pueblos étnicos de especial protección constitucional, indígenas y afrodescendientes, en las decisiones que los afectan respetando el carácter multicultural de Colombia.

En este orden de ideas se ha demostrado que el reconocimiento de los dialectos y el reconocimiento de la discrecionalidad en la educación de los pueblos étnicos contemplados en el ordenamiento jurídico colombiano no satisfacen totalmente el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos del que trata el artículo 9 constitucional; por el contrario, y en análisis respecto de la eficacia de la consulta previa, dicha libre autodeterminación se ve fortalecida mediante la correcta asesoría en estándares internacionales de derechos humanos como son los principios de garantía, respeto y reparación contemplados por el Marco Ruggie de la Organización de las Naciones Unidas desde el enfoque de la protección a los pueblos de especial protección dando coherencia al artículo 68 constitucional relacionado con el desarrollo de la formación e identidad cultural de los grupos étnicos. Dicho reconocimiento sólo podrá ser efectivo cuando el Estado asuma una postura proteccionista antes que facilitadora y las empresas encuentren límites coercitivos a su actuar, que impongan una postura respetuosa, so pena de las correspondientes reparaciones.

No puede ser otro el alcance de éste último artículo constitucional mencionado, pues en el contexto de la globalización e industrialización propias del modelo económico neoliberal es difícil comprender que la libertad de formación e identidad cultural de los grupos étnicos respetando los fundamentos axiológicos de la multiculturalidad sea una patente de corzo dirigida exclusivamente a de dichos pueblos, por el contrario, teniendo en cuenta que las relaciones especialmente en materia de territorio se hacen susceptibles cuando la minería es actividad de prioridad para el modelo económico del país, dicho postulado de respeto a los valores y principios de la formación cultural e identidad los pueblos debe ser extendido en su correlativa obligación a todos los posibles agentes que intervengan sobre tal identidad, que como se mencionó es el fundamento del derecho a la consulta previa, que se busca proteger a través de la aplicación de altos estándares de derechos humanos.

El derecho a la participación, traducido en la consulta previa incorporada al ordenamiento colombiano mediante el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo debe propender por su desarrollo en garantía de la buena fe, que si bien por principio

general se presume, en la situación diagnosticada para el caso colombiano se requiere de un especial esfuerzo en cabeza del Estado y las empresas mineras que demuestre intención de cambio frente a los problemas presentados por la omisión de información, falta de reparación o subestimación del proceso de consulta que aquí se proponen solucionar mediante la incorporación al ordenamiento vinculante de un examen sobre los principios internacionales de protección, respeto y reparación, apropiados para proteger el proceso objeto de análisis sin dejar de lado su naturaleza consultiva.

La buena fe se ve además reflejada en el desarrollo que sobre dichas normas se puedan dar con unas bases mucho más claras y concretas en las políticas de responsabilidad social empresarial de las compañías dedicadas al sector extractivo, cuando con total tranquilidad que desde el punto de vista oficial se hayan establecido unos parámetros mínimos que conjuren la crisis diagnosticada dando desarrollo y cumplimiento a los fines del Estado.

Así, por ejemplo, conductas como la dilación de los procesos de consulta, promoción de migraciones de los pueblos o comunidades, atribución fraudulenta de la representación de un pueblo o comunidad, minimizar los impactos del proyecto de intervención, la obstaculización de los acuerdos o la adopción de ellos sin ser el competente para ello, la adopción de acuerdos de imposible cumplimiento, la alteración de los proyectos al darlos a conocer a los interesados o el incumplimiento de los acuerdos son consideradas de mala fe y en consecuencia deben ser sancionadas conforme a las normas existentes, generando además vicios en la consulta realizada, que se vería protegida mediante la incorporación específica del deber de respeto corporativo.

Se encuentra además oportuno que en la sostenibilidad financiera de dicho organismo asesor, lo cual corresponderá al debate de la formación del acto que lo crea, encuentre lugar el Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe, ya

reseñado, teniendo en cuenta que la aplicación de los principios de garantía, respeto y reparación contribuyen para el autodesarrollo de dichos pueblos.

Es importante destacar que los objetivos legales perseguidos en Colombia como el acceso progresivo a la propiedad de la tierra por parte de la población indígena y la coordinación de los planes de interés ambiental, agropecuario, etc., sólo podrán ser cumplidos si se otorgan las garantías como la propuesta en esta investigación que fortalece el papel verdaderamente participativo de los pueblos étnicos en el proceso de consulta previa.

Así mismo es importante recordar que la propuesta acá planteada constituye una alternativa al cumplimiento del ya antiguo precepto legal por el cual "(...) La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y negras. Además, las decisiones sobre esta materia se tomarán previa consulta a los representantes de tales comunidades" (Colombia, 1993) en el sentido de dar verdadero valor jurídico la voluntad de los pueblos titulares del derecho de consulta a través de la aplicación de postulados de derecho blando.

Además, de lo expuesto se encuentra que el decreto 1320 de 1998, reglamentario del derecho a la consulta previa requiere una actualización a las condiciones recientes en que se desarrolla la libertad económica del sector extractivo y en particular de las empresas mineras, pues hoy en día es necesaria una contextualización internacional en derechos humanos para dar verdadera protección al ambiente como lo persigue dicho reglamento.

De igual manera, el derecho a la información perseguido por el decreto en comento hoy en día consiste en más que simplemente dar a conocer la decisión adoptada con fundamento en la consulta, por el contrario, implica un análisis riguroso de cada variable que conforma el derecho a la consulta previa, que de acuerdo con esta propuesta hace parte

del Marco Ruggie de la Organización de las Naciones Unidas y en tal sentido, por ejemplo, no indicar la falta de reparación a los daños causados en anteriores proyectos vulnera directamente el derecho a la información que se busca proteger, por lo que dicho postulado de reparación debe alcanzar un carácter preventivo vinculante.

De la misma manera, la protección constitucional al ambiente se vería favorecida mediante un desarrollo más concreto a partir de los Principios rectores sobre Empresas y Derechos Humanos acá propuestos, por la especial conexidad que guarda dicha protección con la identidad y formación cultural de los pueblos étnicos y esta a su vez con el derecho fundamental a la consulta previa, que entre otras razones para el caso indígena se ve fundamentado en la propiedad de sus los territorios ancestrales que otorga la Constitución Política y que en tal sentido, se deben buscar todos los mecanismos de protección.

Recientemente fue radicado en el Congreso de la República un proyecto de ley que busca la reglamentación del derecho fundamental a la Consulta Previa, dicho proyecto de ley contiene importantes avances frente a los problemas que se encuentran en la implementación de la consulta, a pesar de que su contenido puede variar en virtud del trámite legislativo, se encuentra una interesante oportunidad para incorporar la propuesta de esta investigación, en el sentido que ciertos puntos puedan llegar a ser armonizados mediante los principios rectores sobre las empresas y derechos humanos, así como se expone a continuación.

El primero de los grandes aportes de este proyecto es la creación de una Unidad de Consulta Previa, el cual suprimirá la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, dicha Unidad tendrá como funciones dirigir, coordinar y ejecutar la totalidad del procedimiento de Consulta Previa atendiendo al Convenio 169 de la OIT de 1989, de manera tal que desde la identificación de las comunidades y pueblos indígenas, rom, negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, hasta el seguimiento que se ha de tener a los acuerdos realizados entre las partes en la consulta previa, la Unidad de Consulta Previa tendrá

una participación plena. Además, dicha Unidad creará un sistema de información integral de las etnias que se encuentran en el territorio colombiano, con el fin de que se tenga un registro completo de cada una de ellas y su ubicación, garantizando así su participación en los proyectos, operaciones o actividades que los puedan llegar a afectar.

Esta Unidad cumplirá funciones de gran importancia como lo son la implementación y planeación del proceso de consulta previa, mediante el cual se establecerán las mejores alternativas de participación de la comunidad teniendo en cuenta sus tradiciones y costumbres, que deben ser respetadas a lo largo del proceso. Así mismo esta unidad establecerá las directrices que se deben seguir en tal proceso, buscando como fines la garantía del cumplimiento de sus derechos. Además deberá verificar la existencia de comunidades en sitios que puedan ser objeto de proyectos, y podrá ordenar la suspensión de proyectos que puedan estar vulnerando los derechos de comunidades aún no reconocidas. también resolverá los conflictos que puedan surgir en el proceso consultivo cualesquiera que sean sus causas, y realizará una capacitación con ayuda de otras entidades del gobierno a las comunidades sobre la consulta previa, igualmente exigirá el pago de la consulta previa por la parte interesada en su realización.

Así, encuentra lugar la propuesta del organismo especializado en derechos humanos de esta investigación como asesor de dicha Unidad, sin alterar el contenido y significado de lo anteriormente reseñado.

Por otra parte, el proyecto de ley establece los principios a los cuales deberá ceñirse el procedimiento, dentro de éstos podemos destacar la buena fe, en el cual el proponente fija ciertas conductas que pueden entorpecer el proceso de consulta previa y se entienden como vulneración a este principio, entre ellas podemos resaltar: la dilatación innecesaria del proceso consultivo, promover migraciones de las comunidades en áreas que van a ser intervenidas, transgiversar la información relacionada con los impactos de las obras, entre

otras conductas, esto relacionado con el derecho que tienen las comunidades a la completa y veraz información acerca de los proyectos que se han de realizar en sus territorios. Tal disposición además fortalece el expuesto postulado ya existente por el cual todas las consultas deben desarrollarse en ejercicio de principio de buena fe, que además constituye desarrollo a los principios de prevención y garantía.

Otro principio de vital importancia es la preservación de la integridad cultural de las comunidades, así como la garantización de la interculturalidad, dichos principios se garantizan mediante la atención de los demás derechos con los que gozan las comunidades, estos principios están directamente relacionados con el deber de respeto de las empresas establecido en el marco Ruggie, este deber de respeto además de ir en pro de las costumbres y todos los aspectos que envuelven la identidad cultural, debe ir acompañado de una identificación, prevención y mitigación de los impactos culturales que pueden conllevar los proyectos o actividades que ha de ejecutar la empresa.

Cabe resaltar que uno de los inconvenientes que se han evidenciado en los procesos de consulta previa es la falta de traductores con las capacidades para garantizar el cabal entendimiento por parte de las comunidades de los proyectos a ejecutar, por lo cual se proyecta como un principio el bilingüismo. Así mismo, deben estar presentes los principios de razonabilidad y proporcionalidad de las actuaciones del Estado y las partes en el proceso, con el fin de evitar todo tipo de arbitrariedad en las decisiones que se han de ejecutar.

Otro punto que ha manejado el proyecto de ley es la diferenciación entre los procesos de consulta previa, tomando como referente los tipos de proyectos que se han de realizar, como proyectos de ley, actos administrativos del orden nacional, regional, departamental, distrital o municipal. A través de tal diferenciación se determinarán cuales son las partes en el proceso, teniendo en cuenta que el ministerio público deberá estar presente en todos los procesos de consulta.

En el mismo sentido se proyectan casos específicos en los cuales deberá existir el consentimiento previo, libre e informado, es decir, situaciones en las cuales será vinculante el resultado de la consulta previa, este punto es de importancia a nuestra investigación, ya que estos casos en su mayoría pueden presentarse en el desarrollo de las actividades mineras, tales casos son: vertimiento o almacenamiento de sustancias tóxicas dentro del territorio de la comunidad, si el proyecto, operación o actividad presente afectaciones que pongan en riesgo la supervivencia física o cultural de la comunidad, o en los casos que exista la necesidad de reubicar a la comunidad en un territorio diferente. Sobre este punto, es de especial importancia incorporar la propuesta de otorgar carácter vinculante a los principios de garantía, respeto y reparación pues si en el estudio específico de dichos principios se encuentra que el proyecto bajo análisis de un organismo asesor en derechos humanos afecta los eventos mencionados e incluso nuevos eventos, dicho hallazgo constituye razón suficiente para revaluar el proyecto de intervención por el cual se realiza la consulta.

El procedimiento sugerido por el proyecto inicia por la certificación de la comunidad que habita el territorio, esta certificación será expedida por la Unidad de Consulta Previa, evidenciando el deber de respeto de las empresas, ya que mediante el reconocimiento de la comunidad se tienen en consideración sus derechos. La certificación debe ir seguida por la solicitud ante la Unidad de Consulta Previa para la ejecución de dicha consulta, posteriormente el proceso deberá ir compuesto por una preconsulta, mediante la cual se establece la ruta metodológica, proseguida por un taller a la comunidad mediante el cual se expondrán los potenciales impactos sociales, culturales, económicos, ambientales, y la forma de manejo de los efectos adversos, el cual deberá llevar a los acuerdos entre las partes, mediante los cuales se determinarán las medidas de manejo para prevenir y controlar los impactos negativos, en caso tal de que estos impactos no se puedan prevenir, se podrán acordar medidas de compensación, que podemos entender como el deber de reparar de las empresas que se ha estipulado en los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos, y su derivado seguimiento, dicho seguimiento lo realizará el comité encargado, él

cual al evidenciar incumplimiento de los acuerdos realizados podrá suspender las actividades o proyectos que se estarían ejecutando.

Así mismo, se propone que en el anterior diseño el momento de expedición del acto administrativo contentivo del concepto de responsabilidad social empresarial que constituye la principal solución al problema diagnosticado en ésta investigación sea al momento de la preconsulta con el objetivo que sea expuesto a la comunidad o pueblo correspondiente en la etapa del taller que contempla el proyecto de ley que se comenta.

En síntesis, el comentado proyecto de ley intenta actualizar la legislación ya existente y anteriormente comentada en relación a la solución a problemas como el diagnosticado con ocasión a esta investigación, sin embargo y aunque se encuentra el complemento a la dicha solución en la ampliación y reglamentación de principios como la buena fe, se considera insuficiente en materia de protección a los derechos humanos que los postulados acá propuestos ofrecen. En este orden de ideas, se hace un llamado a la integración de la propuesta acá contenida con el expuesto proyecto de ley para obtener así una protección integral a los postulados de la consulta previa en Colombia.

Bajo el anterior panorama, se encuentra que la armonización de las normas ya existentes en el ordenamiento jurídico colombiano con las normas internacionales de *soft law* o que carecen de vinculatoriedad contribuye a la realización efectiva de la consulta previa como derecho fundamental de los pueblos étnicos de especial protección constitucional. En este sentido, el privilegio de los postulados de estándares internacionales de derechos humanos, concretados a la situación de otorgamiento de títulos mineros estudiada, a partir del Marco Ruggie de la Organización de las Naciones Unidas, contribuye a la consolidación del deber de protección que el mismo marco predica en cabeza del Estado para la institucionalización de los principios de respeto empresarial y reparación de perjuicios, generando un parámetro normativo interno que se constituya en un estándar mínimo de

cumplimiento de los derechos humanos en la actividad económica extractiva sin dejar estos a la iniciativa de las políticas de responsabilidad social empresarial. Así mismo, se ha demostrado como en una eventual reforma a la estructura de la consulta previa actualmente existente deberían incluirse dichos parámetros si se busca una protección integral de los problemas existentes.

Pacta Sunt Servanda como instrumento de armonización

Ahora bien, el Marco Ruggie de Naciones Unidas debe ser armonizado en Colombia en aplicación de la propuesta antes enunciada de acuerdo al principio general del derecho *pacta sunt servanda*, este principio es fundamental en el derecho internacional ya que establece que los acuerdos realizados por las partes son para cumplirse, así se ha establecido en la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados en su artículo 26, el cual determina que todo tratado que se encuentre en vigor debe ser cumplido por las partes de buena fe, así mismo está consagrado en el preámbulo de la carta de Naciones Unidas, donde consagra que los Estados cumplirán las obligaciones por ellos adquiridas de buena fe, este principio es de carácter coercitivo y garantiza que los Estados cumplirán sus compromisos.

El principio *pacta sunt servanda* se encuentra ligado a otros dos principios de carácter imperativo, como lo son el *res inter actos alia*, relativo a la relación subjetiva entre las partes que celebran un tratado y que en virtud de su consentimiento deben cumplir lo pactado, el principio *bona fide*, el cual estipula que los Estados deben celebrar tratados de buena fe, es decir, sin la intención de causar daños, y actuando con plena transparencia. Por último, el principio *ex consensu advenit vinculum* el cual podemos traducir "del consentimiento deviene la obligación", este principio también se encuentra consagrado en la convención de Viena 1969 al momento de dar las pautas relativas al consentimiento.

Así pues, es posible inferir que los tratados celebrados por dos o más Estados se convierten en ley para las partes, y estas se encuentran en la obligación de cumplirlos de buena fe. Colombia pertenece a la Organización de Naciones Unidas desde el año 1945, siendo uno de los miembros fundadores de la misma, lo cual implica que las decisiones que alli se adopten por unanimidad vinculan al Estado Colombiano, el Marco Ruggie de Naciones Unidas, fue acogido en el año 2011, mediante Resolución 17/04 con decisión unánime, por lo cual, Colombia tiene el deber de promover dicho marco dentro de su ordenamiento jurídico, aun cuando no constituya tratado, pues no puede ser indiferente a la decisión adoptada por la Organización.

Ahora bien, a pesar de que el Marco Ruggie pertenezca al denominado *soft law* o derecho blando, no implica que deba existir su desconocimiento en el ordenamiento jurídico colombiano, la Corte Constitucional en diferentes sentencias ha dado una aplicación directa de las normas de *soft law* en sede de tutela. Esta aplicación lo podemos evidenciar en diferentes casos:

Mediante sentencia de tutela T 235 de 2011, la cual fue presentada ante los daños y riesgos generados a partir de la falta de prevención de las autoridades frente a los desastres ambientales ocasionados por la ola invernal acontecida en el municipio de Dagua, Valle del Cauca, dicha obligación de prevención subyace de la Estrategia y plan de acción de Yokohama, la Declaración de Hyogo, surgidos en el seno de la ONU, la Corte reconoce el carácter no vinculante de dichos documentos, sin embargo, afirma que estos tratados integran y hacen parte del derecho internacional, y constituyen criterios que permiten fallar de manera objetiva frente al caso en concreto, y deben ser tenidos en cuenta como de obligatorio cumplimiento.

La Corte Constitucional en sede de revisión de tutela, en la sentencia T-371 de 2013 nuevamente hace alusión a normas de *soft law* y las aplica como normas vinculantes,

específicamente la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por las Naciones Unidas en el año 2007” (ONU, 2007), dicha declaración se aplicó junto a una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad, el Convenio 169 de la OIT.

De la misma manera, la Corte Constitucional en la sentencia T-384 de 2014 reitero su posición frente a las normas de *soft law* que pueden ser aplicadas por el juez, en este caso, por la estrecha relación de las comunidades indígenas al medio ambiente y su protección que ha sido consagrada en normas de derecho blando.

Es importante aclarar que la propuesta formulada pretende la armonización a través de la incorporación de los parámetros de estudio del Marco Ruggie en el ordenamiento, como una mejor manera de honrar las obligaciones internacionales y proteger los derechos humanos, creando un parámetro mínimo para la actividad estatal y empresarial en garantía del derecho a la consulta previa, aplicable a todos los casos, más que la aplicación de un parámetro de interpretación caso por caso como lo hace la Corte Constitucional en las sentencias enunciadas, casos en los cuales manejó las normas de *soft law* como normas de interpretación, como directivas de comportamiento que deben seguir los Estados, no como obligaciones directas, sino como parámetros a tener en cuenta en la administración y gestión de sus actuaciones.

El cumplimiento de la Convención de Viena 1969 no implica, en el caso que se estudia, solamente el cumplimiento de las obligaciones adoptadas en sentido estricto mediante tratados internacionales, el principio pacta sunt servanda puede a su vez ser aplicado a la implementación de resoluciones y normas propias del sistema de la Organización de las Naciones Unidas al ser Colombia un Estado miembro de dicho organismo y en consecuencia presentarse como un gestor por el cumplimiento de los derechos humanos.

Proteger, respetar y reparar la consulta previa:

Mediante la armonización del Marco Ruggie sobre Empresas y Derechos Humanos, con las normas vinculantes del ordenamiento jurídico colombiano, se llegaría a la protección, respeto y reparación de la consulta previa, ya que al atender dichas necesidades existirá:

La protección y respeto a la consulta previa, ya que si el Estado mediante la Unidad de Consulta Previa es el encargado de todo el mecanismo de participación ciudadana, tendrá las herramientas y capacidades para garantizar su correcta aplicación, desde la identificación de los grupos o comunidades indígenas, en la cual, en la fase de observación se pudo evidenciar que muchas empresas con el fin de evitar este trámite legal, y el Ministerio de Ambiente en ausencia de la documentación y censo requerido a las comunidades, afirmaban que no existían grupos indígenas o pueblos tribales en la zona a intervenir, lo cual implica una total omisión de la consulta previa. Así mismo, con el procedimiento antes señalado por el proyecto de ley que se habría de realizar frente a la consulta se protegerá su correcta aplicación a las comunidades indígenas y tribales. Además, el respeto se evidencia en el establecimiento de un procedimiento reglado que respondería a su correcta aplicación.

Cabe resaltar que dentro de la aplicación del marco Ruggie existen varias alternativas que permiten a la empresa garantizar un efectivo diálogo con las comunidades que puedan ser afectadas, ya sea a través de talleres de capacitación e información de los resultados del proyecto, campañas de sensibilización, socialización de los proyectos, visitas a los sitios de explotación minera, entre otras, que permitirían el cumplimiento efectivo de los fines establecidos a la consulta previa, situación hasta ahora no garantizada por el Estado y que podrá ser encaminada a través de la incorporación del deber de protección para el caso específico de la consulta previa en el otorgamiento de títulos mineros en Colombia.

Por otra parte, la conducta empresarial se verá necesariamente condicionada a dicho actuar estatal, generando indirectamente unos nuevos mínimos parámetros a cumplir por los entes económicos, que en desarrollo del proceso de otorgamiento de títulos mineros deberán acogerse a la consulta previa reforzada por los otros derechos de los pueblos étnicos, constitucional y prácticamente protegidos, manifestando así la inclusión del deber de respeto que acá se ha estudiado.

En cuanto a la reparación, es importante tenerla como una obligación autónoma de las empresas y del Estado generada como consecuencia del incumplimiento de los anteriores deberes de acuerdo con lo que resulte probado dentro de cada uno de los procesos de otorgamiento de titulos mineros, ya que al verse una comunidad afectada directamente en sus principios fundamentales, tiene la legitimación para exigir la responsabilidad social empresarial o del Estado, específicamente por los daños causados al no realizar la consulta previa, dichas reparaciones se pueden dar ya sea judicialmente o extrajudicialmente, mediante la aplicación de mecanismos alternos de resolución de conflictos, dentro de los cuales se pueden adoptar medidas que van más allá de las reparaciones económicas en garantía del principio de *restitutio in integrum*.

Así mismo, es importante indicar que la creación de un organismo asesor en estándares internacionales de derechos humanos, estructurado a partir de los principios de protección, respeto y reparación, encuentra fundamento práctico una vez se ha establecido la incidencia de la actividad minera sobre los derechos humanos, en tal sentido, es claro que garantías del derecho humanitario se han visto vulneradas en Colombia a partir del ejercicio de la actividad económica extractiva, así fue indicado por Sergio Andrés Coronado (2013) en "ponencia presentada en Audiencia Pública ante la Comisión de Desarrollo del Parlamento Europeo", así:

> "La minería a gran escala no ha facilitado la superación de condiciones de pobreza en los municipios en los cuales se han desarrollado actividades extractivas durante más de dos

décadas. Por el contrario, la garantía de derechos sociales para el conjunto de la población es aún una tarea pendiente en estas áreas". (p.1).

De igual manera, es necesario conocer cómo dichas vulneraciones inciden sobre las comunidades o pueblos étnicos de especial protección y su derecho fundamental a la consulta previa, al respecto la misma ponencia indica:

> "Las actividades de exploración minera suelen ignorar la realización de procedimientos de consulta previa con miras a obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas y afrodescendientes. Además, tal como lo señaló la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) en su último informe anual sobre Colombia, luego de un "amplio proceso participativo" sobre el derecho a la consulta, "no se determinó la existencia de una sola buena práctica", lo cual pone en riesgo la supervivencia de varios pueblos indígenas" (Coronado, 2013, p. 3).

Tal como quedó establecido en el diagnóstico presentado, dicha situación ha sido reiterativa y estudiada por la jurisprudencia y la doctrina, sin embargo, la verdadera protección a dichos derechos vulnerados en actividades económicas de especial interés se ha encontrado en normas de derecho blando o bajo carácter vinculante, lo que ha permitido que, por un lado, las empresas del sector extractivo a través de sus políticas de responsabilidad social empresarial adecuen el cumplimiento de dichas normas a su convicción y/o conveniencia, y por otro, los Estados tiendan a trasladar cualquier responsabilidad surgida de estos conflictos al ámbito privado con la empresa respectiva.

Aun así, el modelo económico adoptado en Colombia propende por el derecho a la libre competencia económica, que justifica la presencia de las empresas transnacionales en ejercicio del modelo extractivista y se puede conciliar con la diversidad étnica y cultural que se ve afectada por dichas prácticas, a través de la implementación como vinculante de los principios de protección, respeto y reparación, estos son, los Principios rectores sobre Empresa y Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico, armonizando normas vinculantes

y de *soft law* por medio del principio del *pacta sunt servanda* para impulsar el verdadero cumplimiento de las directrices internacionales a las que se ha comprometido el Estado colombiano, para posicionarse como un defensor de los derechos humanos.

Conclusiones

Con respecto a la finalidad de esta investigación de analizar la armonización de las normas vinculantes del ordenamiento jurídico colombiano con aquellas normas de derecho blando, como lo es el Marco Ruggie de las Naciones Unidas, para garantizar la protección de Derechos Fundamentales de las comunidades indígenas en el otorgamiento de títulos mineros, se evidencia la importancia de la decisión de estas en relación a proyectos que afecten directamente los territorios donde las mismas residen.

La protección de los derechos de las comunidades indígenas a través del mecanismo de la Consulta Previa debe entonces gozar de una adecuada vigilancia por parte de organismos estatales, además de la característica del deber de respeto por parte de las empresas que van a intervenir en las actividades de exploración y explotación en territorios en los cuales se pueda ver afectada la salud, integridad e identidad de dichas comunidades étnicas, esto ofreciendo información completa y detallada acerca de los proyectos que se quieren ejecutar en la zona. Con respecto a lo anterior se demostró a lo largo de esta investigación la omisión por parte del estado y de las empresas de los deberes de protección y respeto respectivamente, generando un estado de vulnerabilidad de los respectivos pueblos étnicos.

Es así como se ha evidenciado la conveniencia de la adecuación de Los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos del Profesor John Ruggie al ordenamiento jurídico interno, debido al completo contenido dentro de la protección de las comunidades étnicas y tribales estructurado en tres elementos fundamentales; Proteger, Respetar y Remediar y acogiendo la similitud con situaciones ocurridas en el territorio nacional donde se puede reflejar la intervención de distintos actores dentro de la vulneración de estos derechos, estos son, el Estado y las empresas. También se resalta en este escrito que la armonización materializaría las decisiones de controversias acerca de la vulneración del derecho a la consulta previa puesto que en jurisprudencia analizada se estudiaron aquellos elementos del Marco Ruggie de las Naciones Unidas, dejando entrever la necesidad de

adecuar aquellos parámetros para concretar normativamente estándares de protección que involucren a todos los sujetos que intervienen dentro de los procesos de otorgamiento de licencias ambientales y así otorgarle el carácter de importancia que se le debe a aquellas comunidades a la hora de la toma de decisiones que las puedan afectar.

Es así como queda establecido que la aplicación vinculante a través de la armonización propuesta entre el ordenamiento jurídico colombiano y los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos constituye un avance en el ejercicio del derecho a la consulta previa de los pueblos de especial protección constitucional, en garantía de los postulados de derecho humanitario que se traduce en el reconocimiento del "otro" tal como es planteado por los estándares internacionales y los fines del Estado colombiano.

Referencias

Aguirre Sala, Jorge Francisco (2009). Ciudadanía Hermenéutica (Un enfoque que rebasa el multiculturalismo de la aldea global en la sociedad del conocimiento). Consultado el 23/03/2016 en: http://www.scielo.org.mx/pdf/anda/v6n11/v6n11a10.pdf

Aristizabal, Javier (2000). Aproximación al Marco Jurídico de la Libertad Económica en Colombia. Consultado el 02/04/2016 en página web Universidad Icesi. Recuperado de http://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/estudios_gerenciales/article/view/228/html

Bardey, David, Becerra, Alejandro y Cabrera, Pilar (2012). Análisis económico de la normativa de la libre competencia en Colombia. Consultado el 02/04/2016 en pagina web Fedesarrollo. Recuperado de http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2011/08/An%C3%A1lisis-econ%C3%B3mico-de-la-normativa-de-libre-competencia-en-Colombia-Fedesarrollo-Competencia_FINAL-MAYO-7.pdf

Bilchitz, David (2010). El Marco Ruggie: ¿Una propuesta adecuada para las obligaciones de derechos humanos de las empresas? Consultado en página web Corte Interamericana de Derechos Humanos el 27/05/2018. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26672.pdf

Bilchitz, David (2010). El Marco Ruggie: ¿Una propuesta adecuada para las obligaciones de derechos humanos de las empresas?. Consultado en página web Corte Interamericana de Derechos Humanos el 01/05/2016. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26672.pdf

Bonilla, Julio Mario (2013). La armonización del Derecho, concepto y críticas en cuanto a su implementación. Consultado el 20 de junio de 2018 en Universidad Externado de Colombia. Recuperado de https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/3749/3943

Buriticá, Paula, Morris, Meghan, Orduz, Natalia, Rodríguez Garavito, César (2010). La Consulta Previa a Pueblos Indígenas: Los Estándares del Derecho Internacional. Consultado el 30 de marzo de 2016 en página web Banco de la República. Recuperado de: http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/89983/La_consulta_previa_a_pueblos_indigenas.pdf

Cepeda Rodriguez, Emerson (2016) Interrelación Entre El Ius Cogens Y El Derecho Blando. Derechos Sociales Y Responsabilidad Social Corporativa En La Justicia Transicional. Consultado en: https://derechopublico.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=563%3Ainterrelacion-entre-el-ius-cogens-y-el-derecho-blando-derechos-sociales-y-responsabilidad-social-corporativa-en-la-justicia-transicional&catid=43%3A36&Itemid=137&lang=es

Céspedes, Lina (2011) Derechos humanos y responsabilidad de las personas jurídicas privadas: una tarea pendiente. Revista Aportes DPLF No. 15: p. 15-16. Consultado en http://www.dplf.org/sites/default/files/1317248743_1.pdf el 20 de abril de 2016.

Colombia, Congreso de la República (1993). Ley 70 de 1993. Consultado en página web alcaldía de Bogotá D.C. el 12 de abril de 2016. Recuperado de http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7388

Colombia, Congreso de la República (1993). Ley 99 de 1993. Consultado en página web alcaldía de Bogotá D.C. el 12 de abril de 2016. recuperado de http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=297

Colombia, Congreso de la República (1994). Ley 160 de 1994. Consultado en página web Senado de la República el 12 de abril de 2016. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0160_1994.html

Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena. (13 de mayo de 2003), Sentencia SU- 383 de 2003, [MP. Alvaro Tafur Galvis].

Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena. (14 de marzo de 2012) Sentencia C-196 de 2012, [MP. María Victoria Calle Correa].

Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena. (14 de febrero de 2001),Sentencia C-169 de 2001, [MP. Carlos Gaviria Díaz].

Colombia, Corte Constitucional. (09 de septiembre de 1998). Sentencia C-481 de 1998 [MP. Alejandro Martínez Caballero] Consultado 23/05/2018 en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-481-98.htm

Colombia, Corte Constitucional. Sala de revisión de Tutela (08 de julio de 2014) sentencia T-462A de 2014 [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub] Consultado 24/05/2018 en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-462a-14.htm

Colombia, Corte Constitucional. Sala de revisión de Tutela (15 de diciembre de 2017). Sentencia T-733 de 2017 [MP. Alberto Rojas Ríos] Consultado 24/05/2018 en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-733-17.htm

Colombia, Corte Constitucional. Sala de revisión de tutela (17 de junio de 2014) Sentencia T 384a-2014 [MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo] Consultado el 13 de julio de 2018 en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-384a-14.htm

Colombia, Corte Constitucional. Sala de revisión de Tutela (26 de abril de 2016). Sentencia T-197 de 2016 [MP. Jorge Iván Palacio Palacio] Consultado 25/05/2018 en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-197-16.htm

Colombia, Corte Constitucional. Sala de revisión de tutela (27 de junio 2013) Sentencia T 371 de 2013 [MP. Jorge Iván Palacio Palacio] Consultado el 13 de julio de 2018 en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-371-13.htm

Colombia, Corte Constitucional. Sala de revisión de Tutela (31 de marzo de 2011). Sentencia T 235 de 2011[MP. Luis Ernesto Vargas Silva] Consultado el 13 de julio de 2018 en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-235-11.htm

Colombia, Corte Constitucional. Sala Plena (18 de mayo de 2006). Sentencia C-370 de 2006 [MP. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil,

Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández] Consultado 23/05/2018 en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-370-06.htm

Colombia. Corte Constitucional (2011). Sentencia C-1195 de 2011 [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva]

Colombia. Congreso de la República (18 de febrero de 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.[Ley 1437 de 2011]. DO. 47. 956.

Colombia. Congreso de la República (2015). Constitución Política. Bogotá D.C: Ed. Legis.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. (11 de mayo de 2011) Sentencia C-366 de 2011. [MP. Luis Ernesto Vargas Silva].

Colombia. Ministerio de Agricultura (1995). Decreto 2164 de 1995. Consultado en página web Ministerio del Interior el 12 de abril de 2016. Recuperado de http://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/1_decreto_2164_de_1995.pdf

Colombia. Ministerio de Educación (1998). Decreto 1122 de 1998. Consultado en página web alcaldía de Bogotá D.C. el 12 de abril de 2016. Recuperado de http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1498

Colombia. Ministerio del Interior (1995). Decreto 2249 de 1995. Consultado en página web Universidad del Rosario el 12 de abril de 2016. Recuperado de http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/Documentos/Decreto_2249_de_1995.pdf

Colombia. Ministerio del Interior (1998). Decreto 1320 de 1998. Consultado en página web alcaldía de Bogotá D.C. el 12 de abril de 2016. Recuperado de http://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/co-decreto-1320-98-consulta-previa-indigenas-_2.pdf

Colombia. Presidencia de la República (1995). Decreto 1745 de 1995. Consultado en página web alcaldía de Bogotá D.C. el 12 de abril de 2016. Recuperado de http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7389

Colombia. Presidencia de la República (1995). Decreto 804 de 1995. Consultado en página web alcaldía de Bogotá D.C. el 12 de abril de 2016. Recuperado de http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1377

Contraloría General de la República (2013). Minería en Colombia Derechos, políticas públicas y gobernanza. Recuperado de http://www.contraloriagen.gov.co/documents/10136/182119332/Libro_mineria_sep3_2013.pdf/65bf77a0-8b0b-430a-9726-dad0e72639c6 el 07/03/2016.

Contraloría General de la República (2014). Control Público, memoria y justicia socio-ecológica, movimientos sociales y posconflicto. Recuperado de https://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2014/08/libro-mineria_contraloria_vol-iv.pdf el 05/03/2018.

Coronado, Sergio Andrés (2013). Impactos de las industrias extractivas en los derechos humanos en Colombia. Consultado el 20/06/2018 en Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo. Recuperado de https://www.colectivodeabogados.org/IMG/pdf/pcdhdd_presentacion_parlamento_europeo_160913_.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988). Sentencia Caso de Velásquez Rodríguez vs Honduras. Consultado en : http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=189&lang=e

Corte Interamericana de Derechos Humanos (25 de noviembre de 2015). Sentencia Caso de los pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. En línea. 2015. Consultado el 25/05/2018 en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf

Gonzalez, Patricia (2015). Retos de la actividad minera en Colombia. Revista Advocatus, volumen 12 No. 24: p. 141-155. Barranquilla.: Universidad Libre

Hernandez, Carlos Arturo, et al (2013). Consulta Previa. La explotación de recursos naturales y su incidencia en los grupos étnicos nacionales. Bogotá D.C.: Universidad Libre.

Hinestroza, Lisneider y Mena, Marisela (2014). Eficacia de la consulta previa en el trámite de licencias ambientales en el departamento del Chocó 2006-2011. Consultado en http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v14n26/v14n26a04.pdf el 19 de abril de 2016.

Lerner, Pablo. (2004). Sobre armonización, derecho comparado y la relación entre ambos. *Boletín mexicano de derecho comparado*, *37*(111), 919-966. Recuperado en 12 de julio de 2018, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332004000300004&lng=es&tlng=es.

Medina Velandia, Sindy, Plazas Estepa, Rodrigo (2016) Proceso de Armonización del Derecho Privado en América Latina. Encontrado en: Vlex Colombia: http://app.vlex.com.sibulgem.unilibre.edu.co:2048/#CO/search/jurisdiction:CO+content_type:4/armonizaci%C3%B3n/CO/vid/648829405/graphical_version

Miranda, Alfonso (1997). El Régimen General de Libre Competencia. Características principales. Consultado el 02/04/2016 en https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/el-regimen-general-de-la-libre-competencia-alfonso-miranda-londono.pdf

Olguín, Gabriela (2001). Estado Nacional y Pueblos Indígenas. El Caso de México. Consultado el 23/03/2016 en: http://www.aacademica.org/iv.congreso.chileno.de.antropologia/155.pdf

Organización de las Naciones Unidas (1992). Convenio constitutivo del fondo para el desarrollo de los pueblos indígenas de América Latina y el Caribe. Consultado en página web Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Recuperado de http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7631.pdf?view=1

Organización de Naciones Unidas (2012). La responsabilidad de las empresas de respetar los Derechos Humanos. Consultado en página web Naciones Unidas el 24/05/2018.

Recuperado de: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_sp.pdf

Organización de Naciones Unidas (2012). La responsabilidad de las empresas de respetar los Derechos Humanos. Consultado en página web Naciones Unidas el 01/05/2016. Recuperado de: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_sp.pdf

Organización Internacional del Trabajo (1989). Convenio 169. Consultado 07/03/2016 en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100910.pdf

Patiño Carmona, Edgar, (2010) Principios del Tratado Internacional. Recuperado de:http://derechointernacional02.blogspot.com/2010/05/principios-del-tratado-internacional.html

Rodríguez Garavito, César (2009). La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional. Consultado el 24/05/2018 en http://www.libertadciudadana.org/archivos/Biblioteca%20Virtual/Documentos%20Informes%20Indigenas/Documentos%20Internacionales/Derecho/Consulta%20Previa%20a%20Pueblos%20Indigenas%20Los%20Estandares%20del%20Derecho%20Internacional%202009.pdf

Rodríguez Garavito, César (2009). La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional. Consultado el 23/03/2016 en http://www.libertadciudadana.org/archivos/Biblioteca%20Virtual/Documentos%20Informes%20Indigenas/Documentos%20Internacionales/Derecho/Consulta%20Previa%20a%20Pueblos%20Indigenas%20Los%20Estandares%20del%20Derecho%20Internacional%202009.pdf

Rodríguez Garavito, César, et al (2010). La consulta previa a pueblos indígenas. los estándares del derecho internacional. Consultado en página web Banco de la República el 01/05/2016. Recuperado de:

http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/89983/La_consulta_previa_a_pueblos_indigenas.pdf

Rodriguez, Gloria A (2011). La Consulta previa en medidas legislativas: perspectivas desde la jurisprudencia constitucional. Revista Verba Iuris, volumen 25. p. 149-163. Bogotá D.C.: Universidad Libre.

Rodríguez, Gloria Amparo (2005). La consulta previa a pueblos indígenas. Consultado el 23/03/2016 en: https://books.google.es/books?id=UvtlPW6KdlkC&lpg=PA114&ots=m6bnLfD6Ph&dq=consulta%20previa&lr&pg=PA114#v=onepage&q=consulta%20previa&f=false

Ruiz, Fabio Alberto (2006). *La construcción de la territorialidad para los grupos étnicos en Colombia.* Consultado el 25/03/2016 en página web Departamento Administrativo Nacional de Estadística. Recuperado de: http://www.dane.gov.co/revista_ib/html_r2/articulo7_r2.htm

Salinas Alvarado, Carlos Eduardo (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. Consultado el 23/03/2016 en http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n27/n27a11.pdf

Sanborn, Cynthia y Paredes, Alvaro (2014). Consulta previa Perú. Consultado en http://www.as-coa.org/sites/default/files/ConsultaPreviaPeru.pdf el 19 de abril de 2016.

Semper, Frank (2006) Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional - Anuerio de Derecho Constitucional Latinoamericano. Consultado en http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-3.pdf el 28 de marzo de 2018.

Vargas Carreño, Edmundo (2007). Derecho Internacional Público. De acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI. Consultado en: Vlex global: https://app.vlex.com/#WW/search/*/edmundo+vargas+carre%C3%B1o/WW/sources/6197

Vicente, Ana, et al (2011). *Colompbia: Mineria Ilegal a qué Precio.* Consultado el 30 de marzo de 2016 en pagina web pbi Colombia. Recuperado de: http://www.pbi-colombia.org/fileadmin/user_files/projects/colombia/files/colomPBIa/111122_boletin_final_web.pdf

Walsh, Catherine (2002). Interculturalidad, Reformas Constitucionales y Pluralismo Jurídico. Consultado el 23/03/2016 en: http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/543/1/RAA-02-Walsh-Interculturalidad%20reformas%20constitucionales%20y%20pluralismo.pdf

Anexo 1: Informe observación de la Consulta Previa

De acuerdo con el informe Minería en Colombia: derechos, políticas públicas y gobernanza (2013) el otorgamiento de títulos mineros por parte de la autoridad minera no ha respetado los mecanismos de participación de las comunidades ni el derecho de información.

El informe Minería en Colombia: derechos, políticas públicas y gobernanza (Contraloría General de la República, 2013), establece que el otorgamiento de títulos mineros por parte de la autoridad minera no ha respetado los mecanismos de participación de las comunidades ni el derecho de información, aduciendo como factores que dan origen a esta situación como el modelo extractivista adoptado sobre la base de los principios de economía privada y libre mercado que posiciona al Estado como facilitador y no como empresario, por lo que se le da un gran margen de regulación de la actividad.

Teniendo en cuenta que las principales áreas de interés minero se encuentran en zonas tradicionales de comunidades étnicas, estas reciben un tratamiento especial por orden constitucional (Art 7 C.P) como el derecho a intervenir en los procesos de otorgamiento de títulos mineros, que afectan uno de sus principios fundamentales como es la importancia del territorio, por su mayor grado de vulnerabilidad frente a la situación de conflicto y diversidad cultural; además de la garantía que la Constitución Política y los tratados internacionales sobre derechos humanos y ambiente son los parámetros bajo los que deben estar encaminadas las políticas gubernamentales sobre explotación de recursos naturales a cargo del estado, los instrumentos administrativos mineros además del manejo y control ambiental (Corte Constitucional, 2011).

De acuerdo con la Contraloría General de la República (2013) esta situación de falta de aplicación de los postulados normativos de protección a las comunidades indígenas, buscando garantizar en exceso los derechos adquiridos y la libertad

económica han hecho perder la eficacia de los instrumentos administrativos que buscan la protección de las comunidades indígenas y el ambiente, además del consenso entre los intereses estatales generales, los de los particulares en ejercicio los derechos adquiridos y los de las comunidades étnicas.

Así pues, la libre competencia económica se ve condicionada por la diversidad étnica y cultural en detrimento del derecho fundamental a la consulta previa en el otorgamiento de títulos mineros.

Objetivo General:

Demostrar la viabilidad de la armonización entre normas vinculantes y normas de soft law a través del marco Ruggie de las Naciones Unidas para garantizar el cumplimiento de la consulta previa en el otorgamiento de títulos mineros.

Objetivo Específico:

Analizar el proceder de la consulta previa en casos específicos en el otorgamiento de títulos mineros en Colombia.

La consulta previa como unidad de análisis de esta investigación es entendida siguiendo a Gloria Rodríguez (2005), la consulta como el derecho colectivo necesario para el reconocimiento de la participación de las comunidades en la toma de decisiones y creación de normas jurídicas que afecten su vida y territorio, tendiente a coadyuvar al desarrollo social y cultural, que de acuerdo con Rodríguez Garavito (2009) impone un deber correlativo al ejecutivo y al legislativo de reconocer la importancia de las comunidades y buscar la consensualidad entre los intereses estatales y los de las comunidades consideradas como grupo, como lo indica Salinas (2011), con fundamento en la Constitución Política, los estándares internacionales de derechos humanos y las políticas de desarrollo.

En este orden de ideas, la consulta previa lleva implícito el concepto de participación de las comunidades, que no es más que participar en la en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional, susceptibles de afectarles directamente (Rodríguez, 2014).

Se busca que el producto de estos procesos de inclusión de las comunidades en la toma de decisiones sea la consensualidad entre intereses estatales y los de la comunidad que de acuerdo con Anaya (2005) se traduce en que las consultas previas no pueden consistir simplemente en informar a las comunidades indígenas sobre las medidas susceptibles de afectarles, sino en la influencia directa de sus opiniones en las decisiones que les afecten.

Como es lógico, esta clase de procedimientos debe estar adecuada a las políticas de desarrollo y el bloque de constitucionalidad, que de acuerdo con el profesor Quinche Ramírez “es un recurso metodológico que permite la integración del Derecho Internacional, pero sometiendo éste a la norma nacional” (Rodriguez, 2015 p. 51).

En la presente investigación la población afectada son las comunidades que se han establecido como beneficiarias del derecho a la consulta previa, es decir, afrodescendientes y comunidades indígenas de Colombia. Sin embargo, para este diagnóstico se examinará el comportamiento de la consulta previa en los pueblos indígenas exclusivamente, tomando como muestra a observar cincuenta sentencias de revisión de tutela en sede de la Corte Constitucional en las que se invoca la protección a este derecho.

Esta observación tiene la particularidad de ser externa, pues el sujeto no coincide con el objeto de la observación, encubierta, indirecta y no participante, además de tener en cuenta las siguientes categorías e indicadores, que presentan la frecuencia indicada a continuación:

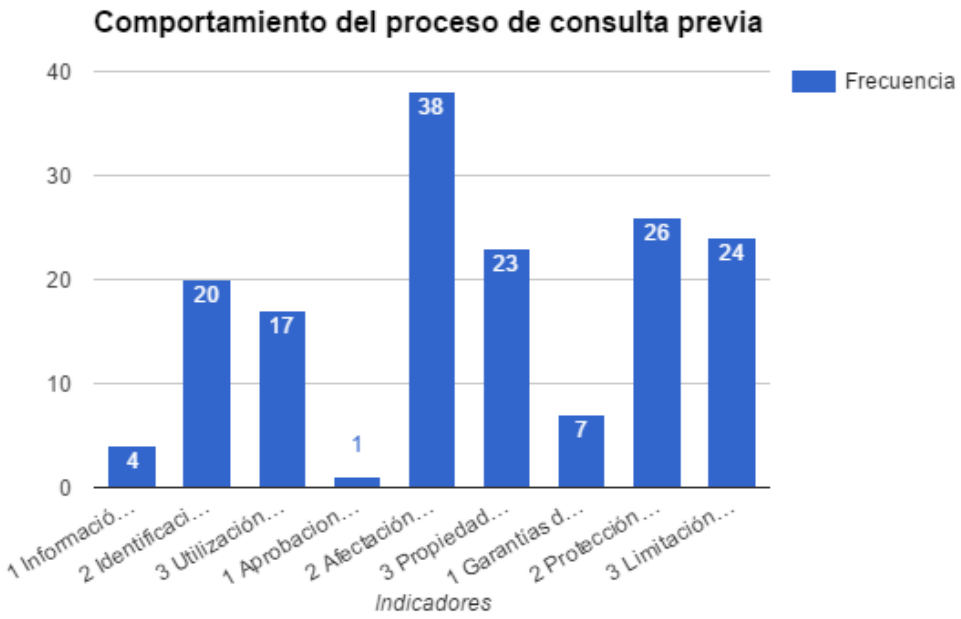

Ilustración 4: Comportamiento consulta previa

Categoría 1 : Participación de la Comunidad:

Indicador 1: Información de posibles afectaciones:

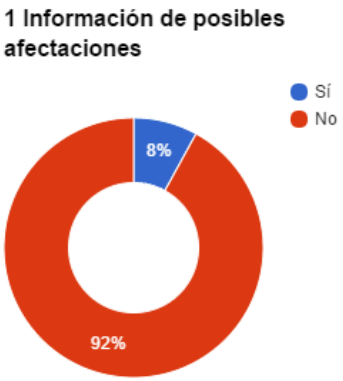

Ilustración 5: Derecho a la información

En los casos analizados se tiene como componente genérico la carencia de información previa a las comunidades por parte de las entidades del Estado y empresas del sector privado, respecto a los proyectos en materia de explotación de los recursos naturales dentro de sus territorios. Información que tiene como objeto proteger la integridad social, cultural y económica y el derecho a la participación. Procesos en donde se evidencia la violación al derecho que tienen los pueblos indígenas de participar sobre sus propios asuntos, mediante la formulación, aplicación y evaluación de los planes de desarrollo a nivel nacional y regional susceptibles de afectarlos directamente.

Indicador 2: Identificación de la comunidad

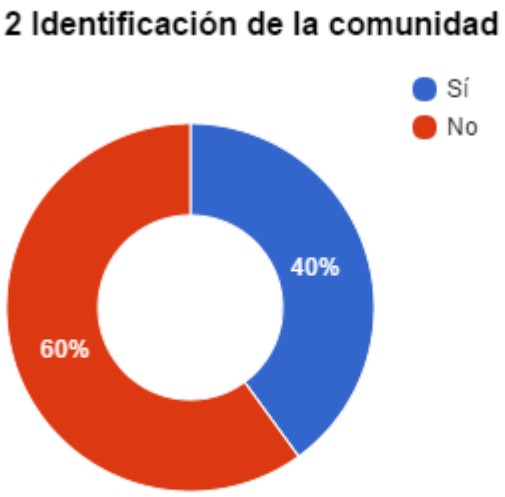

Ilustración 6: Identificación comunitaria

En la mayoría de casos estudiados se identifica a la comunidad, sin embargo la explotación de los recursos naturales en los respectivos territorios indígenas no es acorde a la

protección integral que debe brindar el Estado pues a pesar de dicha identificación no se tiene en cuenta a las comunidades determinadas previamente para garantizar su consentimiento, parte importante de este indicador.

Indicador 3: Utilización de mecanismos de socialización:

Ilustración 7: Socialización

Se tiene como resultado desfavorable la materialización de mecanismos de socialización, son pocos los casos en donde se evidencia la consulta de cualquier medida estatal que pueda tener impacto en la integridad cultural de los grupos étnicos. Son escasos los procesos, en donde por medio de actos administrativos se les consulta a las comunidades todas aquellas situaciones específicas, individuales y particulares que les pueden interesar. Desafortunadamente los resultados arrojan la violación al derecho de participación por parte de las entidades estatales al adoptar medidas administrativas sin previa consulta a las comunidades. Situación que genera la imposibilidad de que los grupos indígenas puedan revisar y expresar sus puntos

de vista sobre la intervención en sus territorios, al vulnerarse el derecho a la participación por medio de la no implementación de mecanismos de socialización se está impidiendo la intervención no sólo de forma previa sino durante y después del proceso.

Colombia al constituirse como un Estado Social de Derecho, fundamentado en un sistema político de democracia participativa, tiene como uno de sus fines garantizar a los ciudadanos el derecho fundamental a la participación. Las comunidades indígenas son titulares del mencionado derecho el cual se exterioriza mediante la intervención de la toma de decisiones de la vida económica, política y cultural del Estado. Los pueblos indígenas cuenta con el mecanismo de consulta previa , el cual implica la posibilidad de hacer parte en la toma de decisiones que los afectan, situación que en la práctica ha sido vulnerada por entidades del Estado y empresas del sector privado , al no vincularlos en los procesos de explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas.

Categoría 2: Consensualidad entre los intereses estatales y los de la comunidad:

Indicador 1: Aprobación de la comunidad:

Ilustración 8 Aprobación

La regla general en los casos observados es que el desarrollo de los proyectos que afectan las comunidades no es aprobado por éstas, esto tiene directas implicaciones sobre sus principios, pues en general implica que se han empleado imposiciones para la implementación de los proyectos mineros y los procesos previos como es el otorgamiento de los correspondientes títulos y licencias ambientales, presuntamente en beneficio de intereses particulares, o incluso de las autoridades correspondientes sin consideración a los principios y valores comunitarios, desconociendo así la normativa nacional e internacional aplicable, pues si bien las decisiones de las comunidades no es de obligatoria aplicación, la consulta previa sí busca que estas decisiones influyen en la actividad de las autoridades y esto sólo se presenta en uno de los casos observados.

Indicador 2: Afectación directa a la comunidad:

Ilustración 9: Afectación comunitaria

La consulta previa exige ser realizada sobre actos de las autoridades o de los particulares que sean causa de una afectación directa a la respectiva comunidad, sin embargo, jurisprudencialmente se ha reconocido la amplitud de dicha afectación. En ese orden de ideas, dado que esta afectación se presenta en la mayoría de los casos observados, se evidencia que la actividad de las autoridades y los actos de los particulares en sus territorios generalmente influyen y afectan a las comunidades en cuyo territorio se realizan distintas clases de operaciones, cabe destacar, en muchos de estos casos desconociendo por parte de los ejecutores de los proyectos dicha afectación, buscando eludir la realización de la consulta previa, a la que habría lugar por indicaciones jurisprudenciales y legales.

Indicador 3: Propiedad Colectiva:

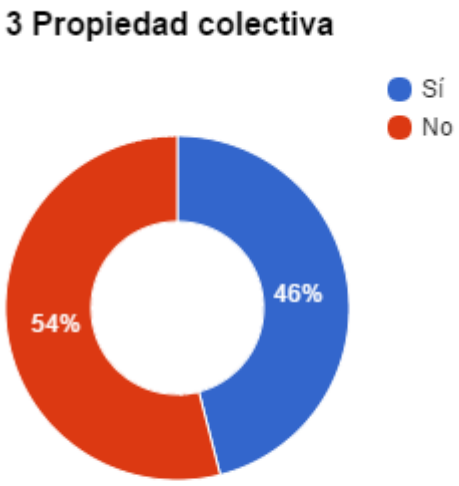

Ilustración 10: Propiedad colectiva

Al ser el respeto a la propiedad colectiva uno de los puntos fundamentales en los principios de la mayoría de comunidades indígenas, la normativa internacional reconoce que las afectaciones que a este respecto deben ser siempre consultadas, en la observación se puede evidenciar que en menos de la mitad de los casos se reconoce la afectación a este indicador buscando evitar la consulta y así la influencia de las comunidades en la actividad del correspondiente ejecutor de la medida o actividad correspondiente, lo que conlleva al desconocimiento de la comunidad.

El consenso entre los intereses estatales y los de la comunidad e incluso entre los intereses particulares de los ejecutores y estos parece ser tan solo un precepto conceptual y académico de poca aplicación de acuerdo con los resultados de los indicadores antes explicados, toda vez que en la mayoría de las ocasiones la actividad de las autoridades o de las personas que se van a beneficiar de las medidas que estas tomen, como es el caso del otorgamiento o no de un título minero o una licencia

ambiental, va dirigida a evitar la realización de la consulta, o en el peor de los casos, de acuerdo a sus objetivos, transformar la consulta en un proceso de notificación incompleto sobre una medida al parecer ya decidida.

En consecuencia, principios como la importancia de la propiedad colectiva y la autodeterminación en sus asuntos fundamentales se ven flagrantemente desconocidos.

Categoría 3: Concordancia con el Bloque de Constitucionalidad

Indicador 1: Garantías de reparación de daños

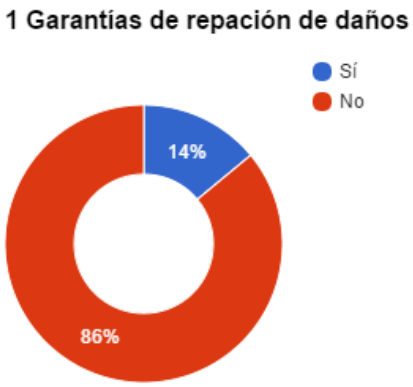

Ilustración 11: Garantías de reparación

De los casos analizados se evidencia que en la mayoría de los casos no hay garantías de reparación de daños por parte de la entidad que ejecutó las obras que ocasionaron tales daños. Esto es desfavorable para las comunidades que se ven directamente afectadas por la actividad minera en particular en las diversas etapas que esta actividad implica tales como las propuestas de planes de exploración y explotación, y el otorgamiento de las licencias ambientales y los títulos mineros.

Indicador 2: Riesgo a la protección ambiental y/o cultural

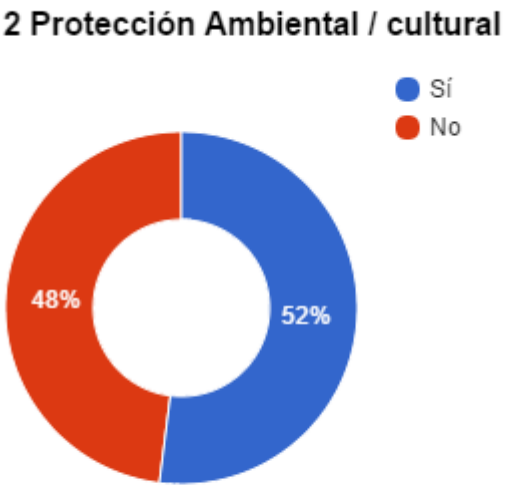

Ilustración 12: Protección ambiental y cultural

Según los casos estudiados, hay una protección insuficiente de los derechos del medio ambiente y culturales, lo cual indica que hay una deficiente intervención del Estado para proteger el aspecto territorial, ambiental, cultural, espiritual, social, económico y de salud de los pueblos indígenas, y que los derechos consagrados en la Constitución y tratados internacionales, frente a los derechos del medio ambiente y los derechos culturales no son cumplidos ni garantizados eficazmente.

Indicador 3: Limitación del territorio

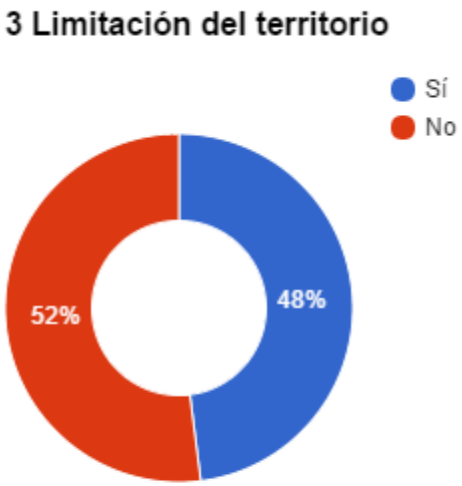

Ilustración 13: Delimitación territorial

El análisis da como resultado que en el momento de realizar la consulta previa, en la mayoría de los casos no se identifica plenamente el territorio al que tienen derecho los pueblos o comunidades indígenas asentados ahí, así, las entidades que ejecutan las obras en tales asentamientos, están desconociendo e interviniendo espacios en los cuales las comunidades indígenas realizan actividades como la pesca, la agricultura, la cría de ganado, lo cual vulnera gravemente sus derechos y afecta a la totalidad de la comunidad establecida en tal sitio. Esto se debe a que en el momento de realizar la consulta no establecen claramente que zonas pertenecen a la comunidad indígena y que no deben ser objeto de intervención por parte de estas empresas.

Conclusión valorativa del comportamiento observado de toda la Unidad de Observación:

Teniendo en cuenta cada uno de los indicadores correspondientes a su respectiva categoría, se observa la deficiente aplicación de la figura de la consulta previa, limitando la participación de las comunidades que a pesar de estar en su mayoría plenamente identificadas, se están viendo afectadas por las impositivas decisiones estatales que terminan perjudicando sus territorios y su cultura ancestral.

Al no tener en cuenta la opinión de las comunidades respecto de los diferentes proyectos, se genera la discrepancia entre los intereses del estado y los de las comunidades, esto por el hecho de que no se realicen los trámites en pro de las afectaciones que puedan sufrir las personas y generando garantías de reparación y conservación del ambiente, cumpliendo de esta manera con los estándares internacionales y nacionales de protección y participación.

Anexo 2: Aplicación del método ontogenético

	Caso los pueblos Kaliña y Lokono vs Surinam	Caso control de constitucionalidad Cerro Matoso S.A.
CATEGORIA: obligacion de reparar	Dentro del marco Ruggie de las Naciones Unidas se destaca la diligencia debida en los derechos humanos y los procesos que las empresas deben seguir para identificar, prevenir y remediar las consecuencias negativas de sus operaciones.En teoría, las víctimas de los daños causados parcial o íntegramente por una empresa deberían poder reclamar ante las autoridades gubernamentales y obtener una reparación.Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana314, la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño, comporta el deber de	PRIMERO. La Corte Constitucional por medio de la providencia T-733 de 2017 proferida el 15 de diciembre de 2017, mediante sus consideraciones y en la parte resolutiva de la sentencia obliga a la empresa Cerro Matoso S.A el deber de reparar el daño causado producto de los procedimientos de explotación de níquel que iniciaron en el año 1982, los cuales tenían establecidos en los contratos un periodo de explotación el cual vencía el 30 de septiembre de 2012, es decir, un término de 30 años para extraer recursos naturales. SEGUNDOPara poder reparar la vulneración a los derechos fundamentales a la Consulta Previa, a la salud y el disfrut e de un medio ambiente sano de las comunidades étnicas Bocas de Uré, Centro América, Guacarí-La Odisea, Pueblo

	repararlo adecuadamente y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado. La Corte considera que la reparación en casos como el presente, debe reconocer el fortalecimiento de la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales, garantizando el control de sus propias instituciones, culturas, tradiciones y territorios, a fin de contribuir con su desarrollo de acuerdo con sus proyectos de vida, necesidades presentes y futuras. Asimismo, el Tribunal reconoce que la situación de los pueblos indígenas varía según las particularidades nacionales y regionales,	Flecha, Puente Uré, Puerto Colombia, Torno Rojo y el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré, se ordenó a la empresa Cerro Matoso S.A que una vez finalizado el proceso consultivo, debe iniciar en un término de tres meses contados a partir de la terminación del proceso, la expedición de una nueva licencia ambiental que: (i) fundamentada en las obligaciones asumidas en la consulta previa; (ii) que incluya instrumentos necesarios, suficientes y eficaces para corregir los impactos ambientales de sus operaciones hasta el tiempo estimado de su finalización; y (iii) finalmente que garantice la salud de las personas que habitan las poblaciones accionantes, así como la protección del medio ambiente conforme a los estándares constitucionales vigentes. TERCERO. Es importante

	así como con las diversas tradiciones históricas y culturales. En vista de ello, la Corte estima que, las medidas de reparación otorgadas deben proporcionar mecanismos eficaces, enfocados desde su propia perspectiva étnica, que les permita definir sus prioridades en lo que atañe a su proceso de desarrollo y evolución como pueblo. En la sentencia del caso de los pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, la Corte Interamericana establece una serie de medidas de reparación: a) la restitución, que consistente en restablecer o recuperar el estado anterior de las cosas con respecto a la producción del daño, b) la reparación del territorio de manera conjunta con la entidad privada que ocasionó el daño, haciendo una evaluación inicial de los	una delimitación de las funciones de cada uno de los actores alrededor de una violación al derecho fundamental a la Consulta Previa. Dicha distribución en la carga del deber de reparar de acuerdo al contexto previo ha sido bien demostrado en el análisis que sobre el particular se ha hecho del caso crítico de la empresa Cerro Matoso, donde la Corte Constitucional ha analizado factores propios de la empresa y de autoridades públicas que en todo el proceso de Consulta Previa se debieron presentar sin haber sido así. Además, en la parte resoluiva indicó la Corte Constitucional que La empresa Cerro Matoso S.A dentro de un término de nueve meses contados a partir de la notificación de la sentencia T-733 de 2017 debe crear, financiar y poner en funcionamiento un Fondo Especial de Etnodesarrollo, bajo el cumplimiento estricto de los siguientes parámetros:

	daños, y utilizando todas las medidas necesarias con el fin de que el territorio sea recuperado y c) las garantías de no repetición, optando por todas las disposiciones. necesarias para garantizar el uso, acceso y participación de las comunidades en las decisiones que les afecten, además de medidas para que no se lleven a cabo actividades que puedan afectar su territorio tradicional realizando los estudios acerca del impacto ambiental y social que podría ocasionar la ejecución de los proyectos mineros, creando mecanismos de delimitación, demarcación y titulación de los territorios indígenas y tribales. Por lo anterior, la selección de una empresa minera que no cuente con las políticas de responsabilidad social	i) El Fondo debe tener una naturaleza privada y debe ser administrado por la empresa Cerro Matoso S.A.; ii) Su objeto general debe ser la reparación y compensación de las víctimas desde una óptica colectiva y étnica -etnoreparación-, en razón a los perjuicios causados durante años por la compañía minera; iii) Los recursos deben ser utilizados exclusivamente para atender las necesidades que padecen las comunidades indígenas accionantes y que comprometen su supervivencia física, cultural y espiritual; iv) Como resultado de lo anterior, se debe implementar proyectos de salud, ambientales, educativos y de actividades productivas (agricultura), así como, estrategias adicionales de reparación simbólica con las

	empresarial acordes a las normas vinculantes y no vinculantes que deben garantizar tal especial protección además de los fines del Estado implicaría estar frente a un Estado negligente o cómplice de las violaciones a los derechos humanos y en tal sentido, pasible de responsabilidad internacional tal como lo ha reconocido la sentencia de los pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam.	poblaciones étnicas afectadas; v) La duración que debe tener el Fondo y su forma específica de financiación será establecida atendiendo la gravedad de las daños causados, los años de explotación minera y la proyección en el tiempo de la misma, todo lo cual debe llevarse a cabo con la participación de la relatoría especial de seguimiento La Corte Constitucional estableció que para el efectivo cumplimiento de esta orden de crear el Fondo Especial de Etnodesarrollo, por parte de la empresa Cerro Matoso S.A., se debe presentar el proyecto de creación e implementación del Fondo a las comunidades indígenas accionantes y a la relatoría especial de seguimiento, con el propósito de acordar su puesta en funcionamiento.
CATEGORIA: obligacion	PRIMERO:la Corte Interamericana en	PRIMERO:la Sentencia T-733 de 2017, se hace referencia al

de garantizar del Estado	sentencia declara la responsabilidad del Estado por la violación de los derechos a la propiedad colectiva, reconocimiento de la personalidad jurídica, derechos políticos, la identidad cultural y el deber de adoptar las normas de derecho interno. Todos estos derechos relacionados entre sí con el derecho fundamental a la consulta previa, que como se ha estudiado está principalmente contemplado por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. SEGUNDO: es el Estado el responsable de garantizar a los pueblos étnicos el derecho a la consulta previa con la finalidad de exaltar la identidad, integridad y costumbres en el contexto de la diversidad étnica y	deber que tiene el Estado de garantizar las condiciones óptimas de vida con respecto a la preservación del ambiente y del patrimonio natural, trayendo a colación la protección de carácter constitucional establecida en el año 1991, para lo cual acudió a la sentencia T-411 de 1992 que declaró que: "La protección al medio ambiente no es un amor platónico hacia la madre naturaleza, sino una respuesta a un problema que de seguirse agravando al ritmo presente, acabaría planteando una auténtica cuestión de vida o muerte: la contaminación de los ríos y mares, la progresiva desaparición de la fauna y la flora, la conversión en irrespirable de la atmósfera de muchas grandes ciudades por la polución, la desaparición de la capa de ozono, el efecto de productos químicos, los desechos industriales, la lluvia ácida, los melones nucleares,

	cultural. En dicha tarea de respeto por la diversidad étnica y cultural de la Nación el sector empresarial desempeña un papel principal, quien si bien no es sujeto de responsabilidad internacional sí es sujeto del ordenamiento interno y en consecuencia debe asumir una postura de diligencia debida frente a los derechos humanos. TERCERO: la Corte Interamericana de Derechos Humanos encuentra que el Estado omitió su función de establecer las normas suficientes y necesarias para dar cumplimiento a las garantías previstas en el Marco Ruggie, como norma de soft law y además en el convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, como norma vinculante al ser ratificada, ya que mediante los postulados	el empobrecimiento de los bancos genéticos del planeta, etc., son cuestiones tan vitales que merecen una decisión firme y unánime de la población mundial. Al fin y al cabo el patrimonio natural de un país, al igual que ocurre con el histórico - artístico, pertenece a las personas que en él viven, pero también a las generaciones venideras, puesto que estamos en la obligación y el desafío de entregar el legado que hemos recibido en condiciones óptimas a nuestros descendientes" (Colombia, 1992). SEGUNDO: La Corte Constitucional hace referencia a la garantía que el Estado debe dar a las comunidades de participar en las decisiones en materia de explotación de recursos naturales que afecten a sus territorios de manera directa o indirecta. Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el aspecto ambiental y el participativo que se enmarcan en el deber de

	de protección, respeto y reparación se puede garantizar la eficacia de derechos como la consulta previa que por la falta de establecimiento de una reglamentación nacional conforme a dichos principios podría verse alterada, omitida, modificada, etc.La reglamentación nacional es necesaria para el reconocimiento y estructuración del derecho a la propiedad colectiva de las tierras y recursos naturales de los pueblos indígenas, que constituyen elementos de especial importancia para estos pueblos en pos de su reconocimiento como sujetos de especial protección dada su particular identidad en razón de la que existen derechos como la consulta previa. CUARTO:En la sentencia del caso de los pueblos Kaliña y Lokono	garantía por parte del Estado, está consagrado en el parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política, el cual indica que "La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades". TERCERO:

	Vs. Surinam, la Corte Interamericana establece una serie de medidas de reparación: a) la restitución, consistente en restablecer o recuperar el estado de cosas que anterior a la producción del daño, b) la reparación del territorio de manera conjunta con la entidad privada que ocasionó el daño, haciendo una evaluación inicial de los daños, y utilizando todas las medidas necesarias con el fin de que el territorio sea recuperado y c) las garantías de no repetición, optando por todas las disposiciones necesarias para garantizar el uso, acceso y participación de las comunidades en las decisiones que les afecten, además de medidas para que no se lleven a cabo actividades que puedan afectar su territorio tradicional realizando los	

	estudios acerca del impacto ambiental y social que podría ocasionar la ejecución de los proyectos mineros, creando mecanismos de delimitación, demarcación y titulación de los territorios indígenas y tribale	
CATEGORIA: Deber de respeto de las empresas	La actividad de empresas transnacionales mineras, ha sido el soft law el que ha reglamentado en mayor medida la actividad de estas empresas y ha aportado normatividad internacional que propende por el respeto a los derechos humanos constituyéndose en parámetros para la cabal aplicación de los mismos como es el caso del Marco Ruggie de las Naciones Unidas que mediante los principios de protección, respeto y reparación busca la garantía de derechos como la consulta previa	La Corte Constitucional por medio de la providencia T-733 de 2017 proferida el 15 de diciembre de 2017, mediante sus consideraciones y en la parte resolutiva de la sentencia obliga a la empresa Cerro Matoso S.A el deber de reparar el daño causado producto de los procedimientos de explotación de níquel que iniciaron en el año 1982, los cuales tenían establecidos en los contratos un periodo de explotación el cual vencía el 30 de septiembre de 2012, ea decir, un térmico de 30 años para extraer recursos naturales. El 13 de noviembre

	que eventualmente se podría ver alterada, omitida, modificada, etc. por la fuerte influencia de las empresas transnacionales; además de llamar la atención a la comunidad internacional sobre las implicaciones en derechos humanos de la actividad de estas empresas. Es importante aclarar la obligación que tienen los Estados de prevenir las conductas de las empresas, contrarias al derecho internacional. Por ello se debe resaltar la responsabilidad que tienen dichas empresas al fomentar el incumplimiento de estándares internacionales de derechos humanos en cuanto al territorio, salud, ambiente, etc. Por ello la importancia de la armonización del ordenamiento jurídico local con estándares internacionales de	de 1996 se celebró un tercer contrato de exploración y explotación, el núm. 051-96M, según el cual el Gobierno otorgó a la empresa Cerro Matoso S.A. el derecho a explotar las áreas ya asignadas por las concesiones números 866 de 1963 y 1727 de 1971 hasta el año 2029, pudiendo prorrogarse este derecho consagrado en el acuerdo de voluntades hasta el año 2044. Sin embargo, con base en la Función de Advertencia Rad: 2012EE008541 emitida por la Contraloría General de la República el 14 de diciembre de 2012, el proyecto minero amparado por el contrato núm. 051-96M, anteriormente mencionado, no cuenta con licencia ambiental, “toda vez que a éste le fueron incorporadas las áreas de los contratos 866 y 1727, actualmente no cuentan con ninguna autorización ambiental que ampare las actividades de explotación que

	Derechos Humanos que determinen la característica vinculante de tales normas de derecho blando. Estas normas se sintetizan en el marco normativo Ruggie de la Organización de las Naciones Unidas que presenta un informe sobre los principios rectores sobre las Empresas y los derechos humanos que tiene como finalidad proteger, respetar y remediar las directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. La regla general consiste en que los casos de responsabilidad de las empresas son de conocimiento de los organismos, legislación y jurisdicción nacionales. Sin embargo, tratándose de violaciones a los derechos humanos la Organización de las Naciones Unidas ha	allí se realizan, conforme se dispone en el artículo 208 del Código de Minas, norma a la que se acogió CERRO MATOSO S.A. para estos dos contratos, pues los antiguos permisos ambientales con los que cuenta la empresa no cubren todo el territorio de explotación y por ende es necesario que la empresa minera trámite de manera prioritaria una licencia que comprenda todas las áreas de la concesión". Desafortunadamente, con ocasión de la explotación minera, la cual se desarrollaba en el epicentro del Resguardo Zenú del Alto San Jorge, y especialmente con la construcción en 1980 de unos hornos, los habitantes cercanos a la mina se empezaron a percatar de un cambio en el entorno, generando impactos negativos en el territorio, el medio ambiente, las fuentes hídricas y su propia salud. Para el momento antes de

	reconocido que las empresas no adaptadas a las normas internacionales pueden llegar a constituir un factor de riesgo a los derechos humanos. En efecto, ha indicado que "[l]a experiencia demuestra que las empresas pueden vulnerar los derechos humanos, y de hecho lo hacen, cuando no prestan suficiente atención a la existencia de ese riesgo y la forma de mitigarlo" (Organización de las Naciones Unidas, 2012, p. 13). En síntesis, el respeto por los derechos humanos implica más allá que una actitud de observación, requiere actividad en su giro económico ordinario. Hasta entonces, se expone un panorama general del que se colige que es el Estado el responsable de garantizar a los pueblos étnicos el derecho a la	proferirse la sentencia T- 733 de 2017, la empresa Cerro Matoso S.A no había adoptado los controles necesarios para evitar la contaminación de las fuentes hídricas, generando así la proliferación de cáncer y el aumento en las tasas de aborto de los habitantes cercanos a la mina. De igual manera, según el estudio anteriormente mencionado emitido por la Contraloría General de la Republica, la empresa Cerro Matoso S.A, no contaba con estudios solidos que permitían garantizar el obtimo mantenimiento de las condiciones de calidad del aire, ni los recursos hídricos superficiales y subterraneos en los niveles que aseguren el buen estado de salud de los habitantes de las poblaciones aledañas a la explotación de la mina, por lo cual se pueden configurar pasivos sociales por problemáticas de salud pública derivados de la exposición de habitantes a

	consulta previa con la finalidad de exaltar la identidad, integridad y costumbres en el contexto de la diversidad étnica y cultural. En dicha tarea de respeto por la diversidad étnica y cultural de la Nación el sector empresarial desempeña un papel principal, quien si bien no es sujeto de responsabilidad internacional sí es sujeto del ordenamiento interno y en consecuencia debe asumir una postura de diligencia debida frente a los derechos humanos. En el caso de los pueblos Kaliña y Lokono contra Surinam, teniendo en cuenta que los derechos de los pueblos indígenas revisten el carácter de fundamental por los Principios Rectores sobre Empresa y Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, la Corte	elementos dañinos que se encuentran relacionados con el hierro y el níquel que se constituyen en el objeto y su posterior transformación en ferroníquel. Infortunadamente la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, sostenía que "no es posible hacer la prórroga de los contratos 866 de 1963 y 1727 de 1971 porque ya existe un acuerdo anterior entre el Ministerio de Minas y la multinacional para continuar con la explotación de níquel una vez los dos primeros contratos expiren el 30 de septiembre de 2012, y el Gobierno debe renegociar los términos del contrato que queda vigente, fue claro en señalar que esta podría darse, siempre y cuando se cumpla con los estándares de la legislación minera y ambiental, se proteja en toda su integridad el patrimonio de la Nación y los derechos sociales de todos los implicados en la actividad de

	Interamericana de Derechos Humanos encuentra que el Estado omitió su función de establecer las normas suficientes y necesarias para dar cumplimiento a las garantías previstas en el Marco Ruggie, como norma de soft law y además en el convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, como norma vinculante al ser ratificada, ya que mediante los postulados de protección, respeto y reparación se puede garantizar la eficacia de derechos como la consulta previa que por la falta de establecimiento de una reglamentación nacional conforme a dichos principios podría verse alterada, omitida, modificada, etc. Ahora bien, a partir de las dos exposiciones de reparación sobre los casos bajo estudio, si bien las	la minería". La Corte Constitucional en aras de garantizar los derechos fundamentales a la consulta previa, a la salud y el disfrute de un medio ambiente sano de las comunidades étnicas Bocas de Uré, Centro América, Guacarí-La Odisea, Pueblo Flecha, Puente Uré, Puerto Colombia, Torno Rojo y el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré, estableció en la sentencia T- 733 de 2017 que por medio de la coparticipación de la empresa y la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, en coordinación con el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y el Ministerio de Salud y Protección Social, para que en un plazo de un año máximo el cual se empezaba a contar desde la notificación de mencionada providencia , se debe realizar la consulta

	condenas que impone la Corte Interamericana van dirigidas al Estado, es importante destacar la perspectiva "suave" desde la que la Corte indica que los actores privados empresariales también inciden en dicha consolidación de daños por violaciones a los derechos humanos, la Corte lo expresa así: "223. En este particular, el Tribunal toma nota de que las actividades mineras que generaron las afectaciones al medio ambiente y por ende a los derechos de los pueblos indígenas, fueron llevadas a cabo por actores privados, primero por la empresa Suralco y posteriormente por la joint venture denominada BHP Billiton-Suralco. (…) 224. Al respecto, la Corte toma nota de los	previa con las comunidades étnicas anteriormente expuestas, proceso en cual se debe establecer medidas de prevención, mitigación y compensación ambiental respecto a los daños o perjuicios que se ocasionen si se llega a continuar las labores de extracción de recursos naturales por parte de la empresa Cerro Matoso S.A. La Corte Constitucional en la tutela T- T-733 de 2017 estableció una serie de factores que debe acatar la empresa dentro del proceso consultivo en un periodo máximo de un año, tales como: (i) La suscripción del Otrosí No. 4 de 2012 al Contrato No. 051-96M; (ii) La duración estimada de las actividades de exploración y explotación de Cerro Matoso S.A. en todo el complejo minero; y (iii) Los hallazgos contemplados en esta sentencia en materia de afectaciones al medio ambiente y a la salud.

	<<Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos>>, avalados por el Consejo de Derechos Humanos de la Naciones Unidas, mediante los cuales se ha establecido que las empresas deben actuar de conformidad con el respeto y la protección de los derechos humanos, así como prevenir, mitigar y hacerse responsables por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos. En este sentido, tal como lo reiteran dichos principios, los Estados tienen la responsabilidad de proteger los derechos humanos de las personas contra las violaciones cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. Para tal efecto los Estados deben adoptar las medidas apropiadas	De igual manera la alta Corte fijo las estrategias específicas de protección que la empresa debe adoptar dentro del proceso consultivo: (i) Medidas tendientes a la descontaminación del ecosistema (aire, suelo y cuerpos de agua); (ii) Adopción de métodos técnicos que impidan el levantamiento y la dispersión de material particulado; (iii) Restauración de la cuenca hídrica del Caño Zaino; (iv) Restablecimiento de la capacidad productiva de los terrenos afectados; (v) Recuperación del paisaje; y, (vi) Aislamiento del complejo minero mediante barreras artificiales y/o naturales. Sin embargo para poder poner en práctica las medidas se debe realizar conforme a un enfoque diferencial respecto al grado de cercanía que tiene cada grupo étnico con el área de explotación y/o extracción de los recursos naturales y el centro industrial de Cerro Matoso S.A

	para prevenir, investigar, castigar y reparar, mediante políticas adecuadas, los abusos que aquéllas puedan cometer, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia" (CIDH, 2015, p. 62-63). Guarda especial importancia y trascendencia esta sentencia al constituirse como el principal antecedente de reconocimiento de las violaciones de derechos humanos por parte de las empresas, en el caso por parte de las empresas mineras, esto es, una declaración judicial en la que se declara que las empresas cometen más que simples abusos a los derechos humanos como se venía reconociendo; dicho reconocimiento de violaciones solo es	Para poder reparar la vulneración a los derechos fundamentales a la consulta previa, a la salud y el disfrute de un medio ambiente sano de las comunidades étnicas Bocas de Uré, Centro América, Guacarí-La Odisea, Pueblo Flecha, Puente Uré, Puerto Colombia, Torno Rojo y el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré, se ordenó a la empresa Cerro Matoso S.A que una vez finalizado el proceso consultivo, debe iniciar en un término de tres meses contados a partir de la terminación del proceso, la expedición de una nueva licencia ambiental que: (i) fundamentada en las obligaciones asumidas en la consulta previa; (ii) que incluya instrumentos necesarios, suficientes y eficaces para corregir los impactos ambientales de sus operaciones hasta el tiempo estimado de su finalización; y (iii) finalmente que garantice

	posible gracias al estudio que se hace del Marco Ruggie de las Naciones Unidas y al alcance del deber de respeto por parte de las empresas. La anterior declaración implica más que restar responsabilidad al Estado en los procesos de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones internacionales, por el contrario, implica una delimitación de las funciones de cada uno de los actores alrededor de una violación al derecho fundamental a la consulta previa. Es el Estado el encargado de desarrollar el proceso de concesión de títulos mineros y garantizar la integridad de los pueblos en los términos antedichos cuando la intervención de la empresa minera tenga influencia alguna sobre	la salud de las personas que habitan las poblaciones accionantes, así como la protección del medio ambiente conforme a los estándares constitucionales vigentes. No solamente deben participar en la reparación de los daños causados en los derechos fundamentales de las víctimas, la empresa Cerro Matoso, de igual manera debe el Ministerio de Salud y Protección Social constituir una brigada de salud en aras de garantizar el derecho a la salud de las comunidades indígenas, para el cumplimiento de esta garantía constitucional se debe cumplir los siguientes parámetros: (i) hacer una valoración médica de las personas que se encuentren registradas en los censos del Ministerio del Interior como integrantes de las comunidades Bocas de Uré, Centro América, Guacarí-La Odisea, Pueblo Flecha, Puente Uré, Puerto Colombia, Torno

	los pueblos étnicos o indígenas en particular, con el objetivo de lograr un consentimiento previo, libre e informado en reconocimiento de la diversidad cultural y la personería jurídica de dichos pueblos. De dicho otorgamiento de títulos y correspondiente supervigilancia del proceso de explotación es posible derivar la responsabilidad del Estado, pues a través de estas tareas fundamentales se encarga de "certificar" a una determinada empresa en la intervención ambiental que implica la explotación de recursos naturales y en la intervención al territorio de pueblos étnicos de especial protección constitucional y convencional. En este sentido, la selección de una empresa minera que	Rojo así como del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré; (ii) construir el perfil epidemiológico de esas comunidades y de sus integrantes; (iii) hacer entrega de los resultados de la valoración médica y del referido perfil a esas personas; y, (iv) finalmente presentar un informe del cumplimiento de la orden, la actividad desarrollada por la Brigada de Salud y sus resultados, al Tribunal Administrativo de Cundinamarca. De igual manera la atención integral y permanete en salud por parte de la empresa Cerro Matoso S.A debe ser concordante con las practicas desplegadas por la brigada de salud del Ministerio de de Salud Proteccion Social, es decir, se debe brindar la reparación a la salud de aquellas personas que se se encuentren registradas en los censos del Ministerio del Interior como integrantes de las comunidades Bocas de

	no cuente con las políticas de responsabilidad social empresarial acordes a las normas vinculantes y no vinculantes que deben garantizar tal especial protección además de los fines del Estado implicaría estar frente a un Estado negligente o cómplice de las violaciones a los derechos humanos y en tal sentido, pasible de responsabilidad internacional tal como lo ha reconocido la sentencia de los pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam.	Uré, Centro América, Guacarí-La Odisea, Pueblo Flecha, Puente Uré, Puerto Colombia, Torno Rojo así como del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré; las cuales padezcan alguna de las siguientes enfermedades: cáncer de pulmón, atelectasia plana, silicosis, linfangitis carcinomatosa, neumoconiosis reumatoide, nódulos calcificados en el pulmón, enfermedad pulmonar obstructiva crónica, dermatitis, bandas parenquimatosas, síndrome de Caplan, sarcoma pulmonar, fibromas, niveles elevados de níquel en sangre u orina, engrosamiento de la cisura pulmonar, mesotelioma, lesiones pruriginosas, pitiriasis u otras afecciones de salud producto de las operaciones extractivas de los recursos naturales ejecutas en los territorios indígenas por parte de la empresa. De igual manera las comunidades

		indígenas afectadas y valoradas por el tienen el derecho de reclamar sus resultados clínicos con el fin de acreditar su estado de salud. Si se llegaran a presentar dudas frente quienes tienen derecho a la atención a la salud integral y permanente, la Corte Constitucional ordena al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al ser el autoridad judicial competente en primera instancia (Expediente T-4.298.584), la verificación del cumplimiento de la tutela T-733 de 2017 y determinación de quienes son los titulares del derecho a la atención de salud integral y permanente. La Corte Constitucional condenó en abstracto por medio de la tutela T-733 de 2017 en los términos del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, a la empresa Cerro Matoso S.A. al pago de los perjuicios causados a los integrantes de las comunidades Bocas de Uré,

		Centro América, Guacarí-La Odisea, Pueblo Flecha, Puente Uré, Puerto Colombia, Torno Rojo y el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré, de conformidad con los hechos que fueron debidamente probados en esta providencia mencionada. Esta liquidación respectiva se debe realizar ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por medio de trámites incidentales que deben ser resueltos en un término máximo establecido de seis (6) meses. Para ello, la Secretaría General de la Corte Constitucional remitirá inmediatamente copias de toda la actuación surtida en el proceso. La reparación específica de cada peticionario se sustenta los hechos que acredite ante el Tribunal los cuales deben tener apoyarse en los siguientes como criterios de carácter orientador:

		I. En relación con las enfermedades anteriormente mencionadas se deben resarcir: (i) Los gastos erogados respecto a tratamientos clínicos y adquisición de medicamentos; (ii) La pérdida de capacidad laboral generada por la enfermedad; y (iii) La congoja interna, dolor o sufrimiento causado. II. Respecto a los daños al medio ambiente que tengan consecuencias patrimoniales individuales, se deben indemnizar: (i) Los cultivos o cosechas que se hayan visto deteriorados como producto de la contaminación ambiental; y (ii) Las pérdidas económicas causadas por la disminución de productividad agrícola y/o pesquera. La empresa Cerro Matoso S.A dentro de un término de nueve meses contados a partir de la notificación de la sentencia T-

		733 de 2017 debe crear financiar y poner en funcionamiento un Fondo Especial de Etnodesarrollo, bajo el cumplimiento estricto de los siguientes parámetros: i) El Fondo debe tener una naturaleza privada y debe ser administrado por la empresa Cerro Matoso S.A.; ii) Su objeto general debe ser la reparación y compensación de las víctimas desde una óptica colectiva y étnica -etnoreparación-, en razón a los perjuicios causados durante años por la compañía minera; iii) Los recursos deben ser utilizados exclusivamente para atender las necesidades que padezcan las comunidades indígenas accionantes y que comprometen su supervivencia física, cultural y espiritual; iv) Como resultado de lo anterior, se debe implementar

		proyectos de salud, ambientales, educativos y de actividades productivas (agricultura), así como, estrategias adicionales de reparación simbólica con las poblaciones étnicas afectadas; v) La duración que debe tener el Fondo y su forma específica de financiación será establecida atendiendo la gravedad de las daños causados, los años de explotación minera y la proyección en el tiempo de la misma, todo lo cual debe llevarse a cabo con la participación de la relatoría especial de seguimiento La Corte Constitucional estableció que para el efectivo cumplimiento de esta orden de crear el Fondo Especial de Etnodesarrollo, por parte de la empresa Cerro Matoso S.A., se debe presentar el proyecto de creación e implementación del Fondo a las comunidades indígenas accionantes y a la

		relatoría especial de seguimiento, con el propósito de acordar su puesta en funcionamiento. Para que se puedan cumplir las consideraciones y decisión establecidas por la Corte Constitucional en la sentencia T-733 de 2017, se le ordenó a la Agencia Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- y a la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y San Jorge -CVS- que, de manera conjunta y coordinada, deben adoptar los ajustes administrativos necesarios para la realización de un control ambiental efectivo y estricto sobre las actividades productivas y extractivas de la empresa Cerro Matoso S.A. y el correcto cumplimiento de las medidas de mitigación, prevención y compensación dentro del proceso consultivo. Finalmente la Corte Constitucional en la parte resolutiva de la sentencia T-733 de 2017 estableció que de

		no llegarse a cumplir la obligación por parte de la empresa Cerro Matoso respecto a los deberes asumidos en el proceso consultivo, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en ejercicio de las competencias previstas para obtener el eficaz amparo constitucional decretado en la providencia mencionada, puede ordenar la suspensión de las actividad y/o procedimiento extractivos de los recursos naturales.
CATEGORIA: Deber de respeto de las empresas		La Corte Constitucional por medio de la providencia T-733 de 2017 proferida el 15 de diciembre de 2017, mediante sus consideraciones y en la parte resolutiva de la sentencia obliga a la empresa Cerro Matoso S.A el deber de reparar el daño causado producto de los procedimientos de explotación de níquel que iniciaron en el año 1982, los cuales tenían establecidos en los contratos un periodo de

		explotación el cual vencía el 30 de septiembre de 2012, ea decir, un térmico de 30 años para extraer recursos naturales. El 13 de noviembre de 1996 se celebró un tercer contrato de exploración y explotación, el núm. 051-96M, según el cual el Gobierno otorgó a la empresa Cerro Matoso S.A. el derecho a explotar las áreas ya asignadas por las concesiones números 866 de 1963 y 1727 de 1971 hasta el año 2029, pudiendo prorrogarse este derecho consagrado en el acuerdo de voluntades hasta el año 2044. Sin embargo, con base en la Función de Advertencia Rad: 2012EE008541 emitida por la Contraloría General de la República el 14 de diciembre de 2012, el proyecto minero amparado por el contrato núm. 051-96M, anteriormente mencionado, no cuenta con licencia ambiental, “toda vez que a éste le fueron incorporadas las áreas de los

		contratos 866 y 1727, actualmente no cuentan con ninguna autorización ambiental que ampare las actividades de explotación que allí se realizan, conforme se dispone en el artículo 208 del Código de Minas, norma a la que se acogió CERRO MATOSO S.A. para estos dos contratos, pues los antiguos permisos ambientales con los que cuenta la empresa no cubren todo el territorio de explotación y por ende es necesario que la empresa minera trámite de manera prioritaria una licencia que comprenda todas las áreas de la concesión". Desafortunadamente, con ocasión de la explotación minera, la cual se desarrollaba en el epicentro del Resguardo Zenú del Alto San Jorge, y especialmente con la construcción en 1980 de unos hornos, los habitantes cercanos a la mina se empezaron a percatar de un cambio en el entorno,

		generando impactos negativos en el territorio, el medio ambiente, las fuentes hídricas y su propia salud. Para el momento antes de proferirse la sentencia T- 733 de 2017, la empresa Cerro Matoso S.A no había adoptado los controles necesarios para evitar la contaminación de las fuentes hídricas, generando así la proliferación de cáncer y el aumento en las tasas de aborto de los habitantes cercanos a la mina. De igual manera, según el estudio anteriormente mencionado emitido por la Contraloría General de la Republica, la empresa Cerro Matoso S.A, no contaba con estudios solidos que permitían garantizar el obtimo mantenimiento de las condiciones de calidad del aire, ni los recursos hídricos superficiales y subterraneos en los niveles que aseguren el buen estado de salud de los habitantes de las poblaciones aledañas a la explotación de la

		mina, por lo cual se pueden configurar pasivos sociales por problemáticas de salud pública derivados de la exposición de habitantes a elementos dañinos que se encuentran relacionados con el hierro y el níquel que se constituyen en el objeto y su posterior transformación en ferroníquel. Infortunadamente la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, sostenía que "no es posible hacer la prórroga de los contratos 866 de 1963 y 1727 de 1971 porque ya existe un acuerdo anterior entre el Ministerio de Minas y la multinacional para continuar con la explotación de níquel una vez los dos primeros contratos expiren el 30 de septiembre de 2012, y el Gobierno debe renegociar los términos del contrato que queda vigente, fue claro en señalar que esta podría darse, siempre y cuando se cumpla con los estándares de la legislación minera y

		ambiental, se proteja en toda su integridad el patrimonio de la Nación y los derechos sociales de todos los implicados en la actividad de la minería". La Corte Constitucional en aras de garantizar los derechos fundamentales a la consulta previa, a la salud y el disfrute de un medio ambiente sano de las comunidades étnicas Bocas de Uré, Centro América, Guacarí-La Odisea, Pueblo Flecha, Puente Uré, Puerto Colombia, Torno Rojo y el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré, estableció en la sentencia T- 733 de 2017 que por medio de la coparticipación de la empresa y la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, en coordinación con el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y el Ministerio de Salud y Protección Social, para que en

		un plazo de un año máximo el cual se empezaba a contar desde la notificación de mencionada providencia , se debe realizar la consulta previa con las comunidades étnicas anteriormente expuestas, proceso en cual se debe establecer medidas de prevención, mitigación y compensación ambiental respecto a los daños o perjuicios que se ocasionen si se llega a continuar las labores de extracción de recursos naturales por parte de la empresa Cerro Matoso S.A. La Corte Constitucional en la tutela T- T-733 de 2017 estableció una serie de factores que debe acatar la empresa dentro del proceso consultivo en un periodo máximo de un año, tales como: (i) La suscripción del Otrosí No. 4 de 2012 al Contrato No. 051-96M; (ii) La duración estimada de las actividades de exploración y explotación de Cerro Matoso S.A. en todo el complejo

		minero; y (iii) Los hallazgos contemplados en esta sentencia en materia de afectaciones al medio ambiente y a la salud. De igual manera la alta Corte fijo las estrategias específicas de protección que la empresa debe adoptar dentro del proceso consultivo: (i) Medidas tendientes a la descontaminación del ecosistema (aire, suelo y cuerpos de agua); (ii) Adopción de métodos técnicos que impidan el levantamiento y la dispersión de material particulado; (iii) Restauración de la cuenca hídrica del Caño Zaino; (iv) Restablecimiento de la capacidad productiva de los terrenos afectados; (v) Recuperación del paisaje; y, (vi) Aislamiento del complejo minero mediante barreras artificiales y/o naturales. Sin embargo para poder poner en práctica las medidas se debe realizar conforme a un enfoque diferencial respecto al grado de cercanía que tiene

		cada grupo étnico con el área de explotación y/o extracción de los recursos naturales y el centro industrial de Cerro Matoso S.A Para poder reparar la vulneración a los derechos fundamentales a la consulta previa, a la salud y el disfrute de un medio ambiente sano de las comunidades étnicas Bocas de Uré, Centro América, Guacarí-La Odisea, Pueblo Flecha, Puente Uré, Puerto Colombia, Torno Rojo y el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré, se ordenó a la empresa Cerro Matoso S.A que una vez finalizado el proceso consultivo, debe iniciar en un término de tres meses contados a partir de la terminación del proceso, la expedición de una nueva licencia ambiental que: (i) fundamentada en las obligaciones asumidas en la consulta previa; (ii) que incluya instrumentos necesarios, suficientes y

		eficaces para corregir los impactos ambientales de sus operaciones hasta el tiempo estimado de su finalización; y (iii) finalmente que garantice la salud de las personas que habitan las poblaciones accionantes, así como la protección del medio ambiente conforme a los estándares constitucionales vigentes. No solamente deben participar en la reparación de los daños causados en los derechos fundamentales de las víctimas, la empresa Cerro Matoso, de igual manera debe el Ministerio de Salud y Protección Social constituir una brigada de salud en aras de garantizar el derecho a la salud de las comunidades indígenas, para el cumplimiento de esta garantía constitucional se debe cumplir los siguientes parámetros: (i) hacer una valoración médica de las personas que se encuentren registradas en los censos del Ministerio del Interior como

		integrantes de las comunidades Bocas de Uré, Centro América, Guacarí-La Odisea, Pueblo Flecha, Puente Uré, Puerto Colombia, Torno Rojo así como del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré; (ii) construir el perfil epidemiológico de esas comunidades y de sus integrantes; (iii) hacer entrega de los resultados de la valoración médica y del referido perfil a esas personas; y, (iv) finalmente presentar un informe del cumplimiento de la orden, la actividad desarrollada por la Brigada de Salud y sus resultados, al Tribunal Administrativo de Cundinamarca. De igual manera la atención integral y permanete en salud por parte de la empresa Cerro Matoso S.A debe ser concordante con las practicas desplegadas por la brigada de salud del Ministerio de de Salud Proteccion Social, es decir, se debe brindar la reparación a la

		salud de aquellas personas que se se encuentren registradas en los censos del Ministerio del Interior como integrantes de las comunidades Bocas de Uré, Centro América, Guacarí-La Odisea, Pueblo Flecha, Puente Uré, Puerto Colombia, Torno Rojo así como del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré; las cuales padezcan alguna de las siguientes enfermedades: cáncer de pulmón, atelectasia plana, silicosis, linfangitis carcinomatosa, neumoconiosis reumatoide, nódulos calcificados en el pulmón, enfermedad pulmonar obstructiva crónica, dermatitis, bandas parenquimatosas, síndrome de Caplan, sarcoma pulmonar, fibromas, niveles elevados de níquel en sangre u orina, engrosamiento de la cisura pulmonar, mesotelioma, lesiones pruriginosas, pitiriasis u otras afecciones de salud producto de las

		operaciones extractivas de los recursos naturales ejecutas en los territorios indígenas por parte de la empresa. De igual manera las comunidades indígenas afectadas y valoradas por el tienen el derecho de reclamar sus resultados clínicos con el fin de acreditar su estado de salud. Si se llegaran a presentar dudas frente quienes tienen derecho a la atención a la salud integral y permanente, la Corte Constitucional ordena al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al ser el autoridad judicial competente en primera instancia (Expediente T-4.298.584), la verificación del cumplimiento de la tutela T-733 de 2017 y determinación de quienes son los titulares del derecho a la atención de salud integral y permanente. La Corte Constitucional condenó en abstracto por medio de la tutela T-733 de 2017 en los términos del artículo 25 del Decreto 2591

		de 1991, a la empresa Cerro Matoso S.A. al pago de los perjuicios causados a los integrantes de las comunidades Bocas de Uré, Centro América, Guacarí-La Odisea, Pueblo Flecha, Puente Uré, Puerto Colombia, Torno Rojo y el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré, de conformidad con los hechos que fueron debidamente probados en esta providencia mencionada. Esta liquidación respectiva se debe realizar ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por medio de trámites incidentales que deben ser resueltos en un término máximo establecido de seis (6) meses. Para ello, la Secretaría General de la Corte Constitucional remitirá inmediatamente copias de toda la actuación surtida en el proceso. La reparación específica de cada peticionario se sustenta

		los hechos que acredite ante el Tribunal los cuales deben tener apoyarse en los siguientes como criterios de carácter orientador: I. En relación con las enfermedades anteriormente mencionadas se deben resarcir: (i) Los gastos erogados respecto a tratamientos clínicos y adquisición de medicamentos; (ii) La pérdida de capacidad laboral generada por la enfermedad; y (iii) La congoja interna, dolor o sufrimiento causado. II. Respecto a los daños al medio ambiente que tengan consecuencias patrimoniales individuales, se deben indemnizar: (i) Los cultivos o cosechas que se hayan visto deteriorados como producto de la contaminación ambiental; y (ii) Las pérdidas económicas causadas por la disminución de productividad agrícola y/o pesquera.

		La empresa Cerro Matoso S.A dentro de un término de nueve meses contados a partir de la notificación de la sentencia T-733 de 2017 debe crear financiar y poner en funcionamiento un Fondo Especial de Etnodesarrollo, bajo el cumplimiento estricto de los siguientes parámetros: i) El Fondo debe tener una naturaleza privada y debe ser administrado por la empresa Cerro Matoso S.A.; ii) Su objeto general debe ser la reparación y compensación de las víctimas desde una óptica colectiva y étnica -etnoreparación-, en razón a los perjuicios causados durante años por la compañía minera; iii) Los recursos deben ser utilizados exclusivamente para atender las necesidades que padezcan las comunidades indígenas accionantes y que comprometen su

		supervivencia física, cultural y espiritual; iv) Como resultado de lo anterior, se debe implementar proyectos de salud, ambientales, educativos y de actividades productivas (agricultura), así como, estrategias adicionales de reparación simbólica con las poblaciones étnicas afectadas; v) La duración que debe tener el Fondo y su forma específica de financiación será establecida atendiendo la gravedad de las daños causados, los años de explotación minera y la proyección en el tiempo de la misma, todo lo cual debe llevarse a cabo con la participación de la relatoría especial de seguimiento La Corte Constitucional estableció que para el efectivo cumplimiento de esta orden de crear el Fondo Especial de Etnodesarrollo, por parte de la

		empresa Cerro Matoso S.A., se debe presentar el proyecto de creación e implementación del Fondo a las comunidades indígenas accionantes y a la relatoría especial de seguimiento, con el propósito de acordar su puesta en funcionamiento. Para que se puedan cumplir las consideraciones y decisión establecidas por la Corte Constitucional en la sentencia T-733 de 2017, se le ordenó a la Agencia Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- y a la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y San Jorge -CVS- que, de manera conjunta y coordinada, deben adoptar los ajustes administrativos necesarios para la realización de un control ambiental efectivo y estricto sobre las actividades productivas y extractivas de la empresa Cerro Matoso S.A. y el correcto cumplimiento de las medidas de mitigación, prevención y compensación

		dentro del proceso consultivo. Finalmente la Corte Constitucional en la parte resolutiva de la sentencia T-733 de 2017 estableció que de no llegarse a cumplir la obligación por parte de la empresa Cerro Matoso respecto a los deberes asumidos en el proceso consultivo, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en ejercicio de las competencias previstas para obtener el eficaz amparo constitucional decretado en la providencia mencionada, puede ordenar la suspensión de las actividad y/o procedimiento extractivos de los recursos naturales.

Tabla 1: Método ontogenético