

CONSULTA PREVIA A COMUNIDAD INDIGENA - Obligatoriedad cuando proyecto se encuentra sobre límite virtual denominado línea negra / COMUNIDAD INDIGENA - Protección de sus derechos. Necesidad de la consulta previa cuando proyecto se encuentra sobre línea negra / ZONA DE PAGAMENTO - Protección / LICENCIA AMBIENTAL - Negativa. Proyecto se encuentra en sitio sagrado de comunidad indígena / PROYECTO PUERTO MULTIPROPOSITO DE BRISA - Obligación de adelantar consulta previa con comunidad indígena pues área del proyecto se encuentra sobre línea negra

Observa la Sala que aunque aparentemente existe controversia sobre la naturaleza del área donde se proyecta construir el Puerto Multipropósito de Brisa, la documentación allegada al expediente, permite concluir que efectivamente allí existen sitios sagrados o zonas de pago, que hacen parte del territorio ancestral de las comunidades indígenas de la zona, lo que llevó a que en dos ocasiones anteriores, para dos proyectos similares, en la misma área, se hubiese ordenado la realización de la Consulta Previa y posteriormente se hubiesen negado las respectivas licencias ambientales, entre otras razones, en atención a los argumentos expuestos por las comunidades indígenas para oponerse a la realización de dichos proyectos. Aunque el Ministerio del Interior y de Justicia ha sostenido ultimamente que esa área no se superpone con lugares de pago sino con lugares donde se adelantan ceremonias de carácter cultural por parte de las comunidades indígenas, razón por la cual en su concepto no procede la consulta previa sino un proceso de concertación con el fin de que dichas comunidades puedan continuar visitando el lugar, la Sala considera que si la zona de influencia del proyecto se encuentra dentro de los límites del territorio ancestral indígena marcado por los muros antiguos y enmarcado dentro del límite virtual conocido como la línea negra, como lo han afirmado las propias autoridades ambientales, debe adelantarse previamente el Proceso de Consulta Previa denominado de manera inexacta por el Ministerio del Interior "procedimiento de concertación". En este caso, analizado el ordenamiento jurídico que regula la materia, encuentra la Sala que la ley 21 de 1991, dispone que el gobierno debe asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de las comunidades interesadas, una acción coordinada que permita, entre otros, el reconocimiento y la protección de sus valores y prácticas culturales, religiosas y espirituales, por la cual deben consultarlas con el fin de llegar a un acuerdo o lograr su consentimiento acerca de los planes y programas de desarrollo nacional y regional que puedan afectarlos, con miras a preservar el medio ambiente de los territorios que habitan. Como quiera que la ley en cita no especificó las circunstancias de tiempo y modo para llevar a cabo la referida consulta, ni señaló las reglas mínimas para el desarrollo de la misma, el Gobierno Nacional expidió el decreto 1320 de 1998 con el fin de reglamentar la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio. Finalmente, frente a las resoluciones por medio de las cuales se negaron licencias ambientales para proyectos similares, la Sala considera que no puede olvidarse que dichas decisiones quedaron en firme y por tanto adquirieron el carácter ejecutivo y ejecutorio que la ley predica para los actos administrativos y en tal circunstancia constituyen una defensa del derecho fundamental de las comunidades indígenas a su integridad vital, socio cultural y religiosa, de manera que en cuanto las circunstancias de protección y preservación no hayan cambiado, si bien no puede hablarse de que constituyan derechos adquiridos, si deben tenerse como punto de referencia por la Administración, para las decisiones a adoptar en el futuro.

COMUNIDAD INDIGENA - Objeto de la consulta previa. Requisitos para que el procedimiento de la consulta previa se considere debidamente agotado /

CONSULTA PREVIA A COMUNIDAD INDIGENA - Término para adelantarlo y requisitos para que se considere culminado / COMUNIDAD INDIGENA - Procedimiento para consulta previa sobre proyecto de interés nacional en zona de pagamento

El término razonable para adelantar el proceso de concertación es el que corresponda al procedimiento que de acuerdo con lo estipulado por el decreto 1320 de 1998 adelante el Ministerio del Interior y de Justicia a través de la Dirección de Etnias, de manera que puede declararse culminado cuando se cumplan las etapas de concertación o consulta allí señaladas. La concertación o consulta previa no supe la competencia de las autoridades para determinar los límites de los procedimientos y adoptar las decisiones que sean razonables para el caso, teniendo en cuenta la defensa del derecho fundamental de las comunidades indígenas a su integridad vital, socio cultural y religiosa, sin que sea necesario un acuerdo pleno de carácter positivo con ellas; siempre que previamente se agote el procedimiento de consulta en los términos de la Constitución Política, de la ley 21 de 1991, por medio de la cual se aprobó el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª reunión de la Conferencia General de la OIT y del Decreto Número 1320 de 1.998 por el cual el Gobierno Nacional reglamentó el procedimiento de la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada la publicación con oficio 53094 de 5 de junio de 2007.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

Bogotá D. C., diecisiete 17 de mayo de dos mil siete (2007)

Radicación numero: 11001-03-06-000-2007-00026-00(1817)

Actor: MINISTRO DE AMBIENTE VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL

Referencia: PROYECTO “CONSTRUCCION Y OPERACION DE LA FASE 1 DEL PUERTO MULTIPROPOSITO DE BRISA S.A.”. Proceso de Concertación con las Comunidades Indígenas.

El señor Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, consulta a la Sala acerca de las decisiones que el Gobierno Nacional debe adoptar en relación con el proyecto “*Construcción y Operación de la Fase 1 del Puerto Multipropósito de Brisa*”, cuya licencia ambiental fue otorgada por el Despacho a su cargo mediante Resolución No. 1298 del 30 de junio de 2.006.

Después de hacer una relación sucinta de los hechos que han rodeado el caso, concluye que las actividades relacionadas con la construcción del Puerto Multipropósito Brisa fueron suspendidas, hasta tanto se surta por parte de la empresa BRISA S.A., el proceso de concertación con las comunidades indígenas

ordenado por ese Ministerio mediante Resolución No. 1298 de 2006; solicita concepto de la Sala en relación con dicho proceso, así:

“1. ¿Cuál debe entenderse como el término razonable para adelantar el proceso de concertación y cuáles son los requisitos para que el mismo pueda declararse culminado por parte del Gobierno Nacional?.

2. ¿En el evento en que el proceso de concertación se prolongue por encima del término razonable y las partes involucradas no logren llegar a un acuerdo, debe el Gobierno Nacional decidir unilateralmente sobre la culminación del mismo y bajo qué presupuestos?.

3. ¿Qué efecto produce la decisión de dar por terminado el proceso de concertación respecto de la licencia ambiental y desarrollo del *proyecto*?”.

CONSIDERACIONES GENERALES

1. Antecedentes

Mediante escrito del 7 de noviembre de 2001, la empresa Brisa S.A. solicitó ante el Ministerio del Medio Ambiente (hoy Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial) licencia ambiental para la construcción y operación de un puerto multipropósito en el área del Municipio de Dibulla, corregimiento de Mingueo, Departamento de la Guajira. A dicha solicitud se anexaron, entre otros, los oficios expedidos por el Ministerio del Interior y de Justicia radicados con los números 3435 y 3820 del 3 y 23 de octubre de 2001, respectivamente, en los cuales se señala en lo pertinente:

OFICIO 3435: “(...) de acuerdo con las coordenadas del proyecto, concluimos que en el área no existe presencia regular y permanente de comunidades indígenas.

Sin embargo, si al realizar el respectivo estudio de impacto ambiental, se encuentran dentro del área del proyecto algún punto de pagamento, se deberá permitir a los Mamos y a los indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, el acceso a estos lugares para cumplir sus prácticas mágico-religiosas, y en caso de verse afectado dicho punto, deberá procederse a realizar la consulta previa”. (Negrillas de la Sala).

OFICIO 3820. “ (...) Por lo anterior certificamos que en el área de interés del proyecto no existe presencia de comunidades indígenas y que no se superpone con los lugares sagrados o de ‘Pagamento’ que se establecen en las resoluciones Nos. 0002 del 4 de enero de 1973 y 837 del 28 de agosto de 1995”. (Negrillas de la Sala).

Es decir, según los anteriores documentos en el área del proyecto no existía presencia de comunidades indígenas y la misma no se superponía con los “*lugares sagrados o de pagamento*”, como lo reitera la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia en oficio 5532 del 26 de agosto de 2004, enviado al Grupo Técnico de licencias ambientales y trámites del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, radicado en este último el 31 de agosto de 2004 bajo el No. 4120-E1-66327.

Posteriormente, con oficio 2400-E2-88804 del 27 de septiembre de 2005 la Directora de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial se dirigió a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, para poner en conocimiento de esa dependencia algunos antecedentes relacionados con el proyecto Puerto Multipropósito Brisa, en especial la existencia de actos administrativos por medio de los cuales se había negado la licencia ambiental solicitada para proyectos similares a desarrollarse en la misma zona, actos en los cuales se determinaba que por adelantarse los mismos en territorio ancestral de comunidades indígenas y zonas de pagamento, se hacía necesario agotar el procedimiento de Consulta Previa señalado por las normas vigentes, el cual se adelantó con respuesta negativa por parte de las comunidades indígenas. Dichos actos administrativos serán objeto de análisis más adelante.

El oficio antes mencionado permite entender que desde tiempo atrás el área donde se proyecta construir el Puerto Multipropósito Brisa había sido objeto de reuniones y consultas previas con las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, quienes siempre insistieron en que allí existe un *sitio sagrado* o *zona de pagamento* en la misma, situación que dio lugar a que el entonces Ministerio del Medio Ambiente negara las licencias ambientales solicitadas por las sociedades PRODECO S.A., en el año de 1998 y Puerto Cerrejón S.A. y Carbones del Cerrejón S.A. en el año de 1999.

No obstante lo afirmado por la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales, en respuesta al anterior oficio -2400-E2-88804 del 27 de septiembre de 2005-, la Directora de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia mediante escrito radicado en el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial el 30 de noviembre de 2005 con el No. 4120-EA-111306, ratifica lo manifestado en el oficio radicado el 31 de agosto de 2004 en el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial bajo el No.4120-E1-66327, en el sentido de que en el área del proyecto no existe la presencia de comunidades indígenas y que el mismo no se superpone con los lugares sagrados o de pagamento establecidos en las Resoluciones Nos. 002 de 1973 y 837 de 1995. Finalmente afirma:

“En este sentido, y si existen discrepancias en torno a la identificación del área de influencia del proyecto, se deberá dar aplicación a lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 3 del Decreto 1320 de 1998”¹.

Con fundamento en los anteriores antecedentes y con el fin de clarificar la situación, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial expidió el **auto No. 80 del 20 de enero de 2006**, por medio del cual ordenó a la empresa BRISA S.A. que adelantara un proceso de **consulta previa** para el proyecto, de acuerdo con lo dispuesto por el decreto 1320 de 1998, para cuyo efecto debería verificar con la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia los nombres de los representantes legítimos de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta con los cuales se surtiría dicha consulta. Al respecto, en la parte considerativa del referido Auto 80 se dijo:

“Si bien es cierto, el Ministerio del Interior –Dirección de Etnias- en sus certificaciones mencionadas anteriormente, ha manifestado que en el área del proyecto ‘Puerto Multipropósito Brisa’ no hay presencia de comunidades

¹ DECRETO 1320 DE 1998, “ARTICULO 3o. “Parágrafo 2o. En caso de existir discrepancia en torno a la identificación del área de influencia directa del proyecto, obra o actividad, serán las autoridades ambientales competentes quienes lo determinen”.

indígenas, ni sitios de pago de los reconocidos en las Resoluciones de Línea Negra, pero que sin embargo si se llegaren a encontrar y se estableciera que serían afectados con el proyecto, deberá adelantarse un proceso de consulta previa con las comunidades indígenas involucradas, este Ministerio, en atención a los antecedentes anteriores y teniendo en cuenta que el Ministerio del Interior ordenó consulta previa con las comunidades indígenas, a propósito de proyectos a desarrollarse en el mismo sitio en el que se pretende desarrollar el proyecto objeto del presente acto administrativo, y en cumplimiento a lo establecido en el artículo cuarto del Decreto 1320 de 1998, ordenará a la empresa BRISA S.A., adelantar el proceso de consulta previa con dichas comunidades, lo cual se dispondrá en la parte dispositiva del presente auto". (Negrillas de la Sala).

Contra el referido Auto 80 de 2006, la empresa BRISA S.A. interpuso recurso de reposición, aduciendo, entre otros:

"3. Violación del principio constitucional del debido proceso: La facultad de citar a Consulta Previa es reglada y no discrecional.

El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial no puede citar a consulta previa de las comunidades indígenas cuando discrecionalmente lo decida o lo considere conveniente, sino únicamente en los casos en que la ley lo determine y cumpliendo los requisitos que señala la misma ley. Considera que la condición sine qua non para que se pueda citar a Consulta Previa es que el Ministerio del Interior y ninguna otra autoridad distinta, haya certificado la presencia de las comunidades indígenas en el área de influencia del proyecto".²

Antes de entrar a decidir el recurso, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial mediante Auto No. 431 del 9 de marzo de 2006, decretó y ordenó la práctica de unas pruebas en consideración a:

"Que el parágrafo primero del artículo 3o. del Decreto 1320 de 1998 establece: 'No obstante, si durante la realización del estudio el interesado verifica la presencia de tales comunidades indígenas o negras dentro del área de influencia directa de su proyecto, obra o actividad, deberá integrarlas a los estudios correspondientes, en la forma y para los efectos previstos en este Decreto e informará al Ministerio del Interior para garantizar la participación de tales comunidades en la elaboración de los respectivos estudios'.

Que en atención a lo anterior, y teniendo en cuenta que la empresa identificó en el estudio complementario sitios de interés cultural de las comunidades indígenas, este Ministerio dará aplicación a lo establecido en la norma anteriormente transcrita, ordenando una visita conjunta con la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de la Justicia al área del proyecto, para así resolver el recurso de reposición interpuesto". (Negrillas de la Sala).

La visita se realizó durante los días 14 y 15 de marzo de 2006, y como resultado de la misma el Ministerio del Interior y de Justicia se pronunció mediante oficio radicado en el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial el 15 de mayo de 2006 con el No. 4120-E1-42365, en el cual expresó:

"Bajo estas consideraciones, reiteramos que en el área de interés del proyecto no existe presencia de comunidades indígenas y ésta no se superpone con los

² AUTO 983 DEL 22 DE MAYO DE 2006, Por el cual se resuelve el recurso de reposición contra el Auto 80 de 2006, pág. 6

lugares sagrados o de 'pagamento' que se establecen en las Resoluciones Nos. 02 del 4 de enero de 1973 y 837 del 28 de agosto de 1995, lo que ha venido siendo ratificado mediante oficios Nos. 5532 del 26 de agosto de 2004 y OFI-19538 del 21 de noviembre de 2005, expedidos por este despacho.

Adicionalmente, teniendo en cuenta lo expresado por los acompañantes a la visita de campo y por recomendación de los técnicos que asistieron a la misma, y considerando que en el área del proyecto se adelantan ceremonias de carácter cultural, se propone establecer de manera concertada entre la empresa y las comunidades un mecanismo mediante el cual las autoridades indígenas puedan continuar visitando este lugar para adelantar dichas prácticas".(Negrillas de la Sala).

Con base en lo manifestado por el Ministerio del Interior y de Justicia en el oficio antes citado, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial expidió el **Auto No. 983 del 22 de mayo de 2006**, por medio del cual resolvió el recurso impetrado por la empresa BRISA S.A. contra el Auto No. 80 del mismo año, y en consecuencia dispuso modificar el artículo primero de éste, en el sentido de ordenar que la citada empresa y las comunidades indígenas establecieran de manera concertada un mecanismo que les permitiera a estas últimas continuar visitando el lugar del proyecto con el fin de adelantar sus prácticas culturales, para lo cual la empresa BRISA S.A. debería dirigirse al Ministerio del Interior y de Justicia para efectos de establecer el mecanismo, acompañamiento y validación de dicho proceso.

Bajo estos términos, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial otorgó, mediante **Resolución No. 1298 del 30 de junio de 2006**, licencia ambiental a la empresa BRISA S.A. para el proyecto denominado "*Construcción y Operación de la Fase 1 del 'Puerto Multipropósito de Brisa', localizado en jurisdicción del municipio de Dibulla, Corregimiento de Mingueo, Departamento de la Guajira*". En el artículo segundo de la Resolución se dispuso:

"ARTICULO SEGUNDO.- Previo al inicio de la Construcción del proyecto autorizado en el artículo anterior, la empresa BRISA S.A., debe adelantar un proceso de concertación con las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, de acuerdo con los criterios y mecanismos que dichas comunidades tienen definidos como legítimos para estos efectos, con el propósito de acordar los mecanismos que garanticen a dichas comunidades, que pueden continuar con las prácticas culturales que realizan tradicionalmente en el sitio donde se va a construir el proyecto.

PARAGRAFO PRIMERO. La empresa deberá coordinar con la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, lo concerniente a la identificación de los interlocutores legítimos de las comunidades indígenas, el procedimiento a seguir y los criterios de legitimación de dicho proceso.

PARAGRAFO SEGUNDO. La concertación que realicen las comunidades con la empresa, debe estar avalada por el Ministerio del Interior y de Justicia como garante del proceso, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente Resolución".

Después de otorgada la licencia, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, conjuntamente con el Ministerio del Interior y de Justicia, en ejercicio de sus facultades legales realizó una visita de inspección al lugar del proyecto, visita que dio lugar a la expedición por parte del Ministerio del Interior y de Justicia

del concepto técnico No. 1797 del 3 de octubre de 2006 que evidenció el inicio de obras por parte de la empresa BRISA S.A. sin dar cumplimiento a lo establecido en la Resolución 1298 del mismo año. A partir de este concepto el Ministerio consultante expidió las siguientes resoluciones:

“- Resolución No. 1969 del 4 de octubre de 2006, por la cual se ordenó la suspensión inmediata de las actividades relacionadas con la construcción del Puerto Multipropósito Brisa y se ordenó el retiro inmediato de las obras construidas e iniciar un programa de restauración de la vegetación intervenida utilizando especies nativas, para la recuperación de la dinámica hídrica, biológica y ecológica del humedal, medida que se mantendrá hasta tanto la empresa BRISA S.A. cumpla lo ordenado en el Artículo Segundo de la Resolución No. 1298 del 30 de junio de 2006, y

- Resolución No. 1975 del 5 de octubre de 2006, conforme a la cual se abrió investigación administrativa de carácter ambiental contra la empresa BRISA S.A., por el presunto incumplimiento a la obligación establecida en los artículos segundo y párrafos, artículo tercero numeral 6, artículo cuarto numerales, 1,3,4 y 6, artículos noveno y décimo segundo de la Resolución No. 1298 de 2006 y formuló pliego de cargos”. (Negrillas de la Sala).

2. El caso objeto de consulta

2.1. Consideraciones preliminares:

Por guardar relación directa con el asunto materia de consulta, la Sala se referirá inicialmente a la obligación contenida en el artículo 2° de la Resolución 1298 de 2.006 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, que ordena a la empresa BRISA S.A. adelantar, previamente al inicio de la construcción del proyecto denominado *“Construcción y operación de la Fase 1 del ‘Puerto Multipropósito de Brisa’”*, **un proceso de concertación** con las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, que les permita continuar con las prácticas culturales que éstas tradicionalmente realizan en el sector donde se va a construir el proyecto en cuestión.

Adicionalmente, es de anotar que los párrafos primero y segundo del artículo en cita, disponen que la referida empresa deberá coordinar con la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, los nombres de los interlocutores de dichas comunidades, así como **“el procedimiento a seguir y los criterios de legitimación de dicho proceso”**, por cuanto el mismo debe ser avalado por ese Ministerio.

El anterior mandato encuentra sustento en dos circunstancias: de una parte, el hecho de que fuera el Ministerio del Interior y de Justicia el que una vez realizada la visita al área del proyecto *-ordenada por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en Auto 431 del 9 de marzo de 2006-* conceptuara *“... que teniendo en cuenta que en el área del proyecto se adelantan ceremonias de carácter cultural, la empresa BRISA S.A. debe establecer de manera concertada un mecanismo mediante el cual las autoridades indígenas puedan continuar visitando este lugar para adelantar dichas prácticas”*³, concepto éste que según lo manifestado por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en la parte considerativa de la Resolución No. 1298 de 2006, le sirvió de fundamento para expedir el auto 983 del 22 de mayo de 2006, por el cual ordenó *“la realización*

³ Oficio No. 4120-E1-42365 del 15 de mayo de 2006 Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, citado en la Resolución No. 1298 del 30 de junio de 2006, hoja No. 5.

de una concertación con las comunidades indígenas”; y de otra, que no existe, según se desprende de las preguntas formuladas en la consulta, normatividad que reglamente un proceso de concertación, como sí existe para la *Consulta Previa*⁴.

En este orden de ideas, resulta procedente determinar, en primer termino, la naturaleza y alcances constitucionales y legales de la figura denominada “*Consulta Previa*” para poder evaluar si la misma equivale a la “*Concertación*” ordenada en la Resolución 1298 de 30 de junio de 2.006 por medio de la cual el referido Ministerio otorgó a la empresa BRISA S.A. licencia ambiental para la construcción del Proyecto “*Puerto Multipropósito de Brisa*”; y en segundo lugar, si de acuerdo con los antecedentes de la consulta, dicho procedimiento ya se agotó, teniendo en cuenta la existencia de actos administrativos que así lo manifiestan en relación con proyectos similares en la misma zona objeto del presente análisis.

2.2 Consulta Previa y Concertación

Sobre este tema la Sala en la Radicación 1708 del 2 de febrero de 2006, correspondiente a la explotación de recursos en territorios indígenas, con afectación de la integridad cultural, social y económica de éstos, dijo:

“Dispone el parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política:

‘Artículo 330.

(...)

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

Dentro de este orden de ideas, La ley 21 de 1.991 por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª reunión de la Conferencia General de la OIT, dispone que los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger sus derechos y a garantizar el respeto a su integridad (Art. 2º), asimismo consagra que los pueblos indígenas deben gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales (Art. 3º), tienen derecho al reconocimiento y protección de sus valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales (Art. 5º), y establece que los gobiernos al aplicar las disposiciones del Convenio, tienen la obligación de “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”, teniendo en cuenta que ‘las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas’ (ART. 6º). (...)

Con respecto al uso de tierras, el Art.13 del Convenio dispone que los gobiernos deben respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, así como los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras, los cuales serán objeto de especial protección, lo que significa que esos pueblos tienen derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

La ley 21 de 1.991, en especial sus artículos 6-1 literal a) y 15, si bien dispone sobre el deber de consultar a los pueblos interesados, cada vez que se provean medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarlos directamente, como cuando se trata de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los

⁴ DECRETO 1320 DE 1998, reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio.

recursos existentes en sus tierras, en realidad no especifica las circunstancias de tiempo y modo para efectuar la referida consulta, ni señala reglas mínimas para el cumplimiento de la misma, razón por la cual el Gobierno Nacional debió expedir el Decreto Número 1320 de 1.998 'por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio'.

El texto normativo del decreto tiene por finalidad, buscar la aplicación reglamentaria de los artículos 7° y parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política, en desarrollo de lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 7° y numeral 2° del artículo 15 de la ley 21 de 1.991, en los artículos 17 y 44 de la ley 70 de 1.993 y en el artículo 76 de la ley 99 de 1.993 y en el artículo 35 del decreto 1745 de 1.995.⁵

Inicialmente el decreto en cuestión establece una serie de disposiciones generales sobre el objeto de la consulta, la determinación del territorio y la identificación de las comunidades, para ocuparse posteriormente del concepto y procedimiento correspondientes a la consulta previa en materia de licencias ambientales o establecimiento de planes de manejo ambiental, así como la consulta previa frente al documento de evaluación y manejo ambiental, los permisos de uso y el aprovechamiento o afectación de recursos naturales renovables.

Este decreto fue objeto de acción de nulidad ante el Consejo de Estado, organismo que por sentencia de mayo 20 de 1.999, Radicado 5091, al declarar su legalidad, estableció importantes reglas de interpretación con respecto a su alcance, algunas de ellas tomadas o basadas en anteriores providencias propias y de la Corte Constitucional.

(...)

*Con respecto a una posible violación del artículo 76 de la ley 99 de 1.993, según el cual **la explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas**, el Consejo de Estado afirma:*

'La Sala no observa que el Decreto 1320 de 1.998, en su conjunto, presuponga el desmedro de la integridad étnica, social, cultural y económica de las comunidades

⁵Dispone el Artículo 7° de la Constitución Política que: "El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana":

El parágrafo del Artículo 330 de la Constitución Política establece: "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".

El numeral 3° del Artículo 7° de la Ley 21 de 1991, por la cual se aprueba el Convenio N° 169 de 1987 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, dispone que: "Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas".

El numeral 2 del Artículo 15 de la Ley 21 de 1991 establece que: "En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras...".

El Artículo 17 de la Ley 70 de 1993 preceptúa que "a partir de su vigencia y hasta tanto no se haya adjudicado en debida forma la propiedad colectiva a una comunidad negra que ocupe un terreno en los términos que la misma establece, no se adjudicarán las tierras ocupadas por dicha comunidad ni se otorgarán autorizaciones para explotar en ella recursos naturales, sin concepto previo de la Comisión conformada por el Instituto Colombiano para la Reforma Agraria, Incora, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, y el Ministerio del Medio Ambiente".

El Artículo 44 de la Ley 70 de 1993 establece: "Como un mecanismo de protección de la identidad cultural, las comunidades negras participarán en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impactos ambiental, socioeconómico y cultural, que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere esta ley".

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

Dispone el Artículo 35 del Decreto 1745 de 1995 sobre elementos básicos para el concepto previo por parte de la Comisión Técnica, en su numeral 1° establece que esta Comisión verificará "si el proyecto objeto de la solicitud de otorgamiento de licencia ambiental, concesión, permiso, autorización o de celebración de contratos de aprovechamiento y explotación de los recursos naturales y genéticos (sic), se encuentra en zonas susceptibles de ser tituladas como tierras de comunidades negras, a fin de hacer efectivo el derecho de prelación de que trata la ley".

indígenas, ni que sea un instrumento que no permita garantizar dicha integridad. Visto de manera global, es un mecanismo que facilita hacer efectiva la preservación de las mismas, cuando de la explotación de recursos en sus territorios se trata, al permitirles participar, a través de sus representantes, tanto en la elaboración de los estudios ambientales (artículo 5°), **como en acuerdos** sobre la identificación de impactos y las medidas propuestas dentro del plan de manejo ambiental, y las demás que sean necesarias para su preservación’.

Con respecto a una posible violación del artículo 2° de la Carta, que establece como uno de los fines esenciales del Estado, el de ‘facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan’, por el hecho de que el decreto no prevea expresamente que la participación se haga para lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas, el Consejo de Estado sostiene lo siguiente:

“En materia ambiental ha de tenerse en cuenta que:1) son muchas las formas que se pueden adoptar para hacer efectiva la participación referida, de modo que no todas deben darse en el mismo sentido o forma, y de hecho ya existen (...)”.

Por su parte la Corte Constitucional en sentencia SU-039/97 al referirse a los derechos fundamentales de las comunidades indígenas y a la explotación de los recursos naturales en sus territorios, dijo:

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

(...)

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

Diferentes normas del mencionado convenio apuntan a asegurar la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que las afectan relativas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios, así:

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

- a) **Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos** y *deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;*
- b) **Deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;**
- c) **Deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades** *que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo'.*
(...)

Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. *En todo caso deben arbitrase los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros. No tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta se manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica".* (Negritas de la Sala).

Esta posición de la Corte coincide con la planteada por el Consejo de Estado en sentencia de 8 de octubre de 1.998, dentro del expediente No. 4373, cuyo aparte pertinente dice:

"...Al punto, cabe decir, como lo precisó la Sala, con base en la sentencia C-489 de 3 de noviembre de 1.994, a propósito de la concertación con las comunidades indígenas, que la consulta previa '...no se opone al principio de dirección general de la economía a cargo del Estado (artículo 334 C.N.), ni impide que el Gobierno y los demás organismos públicos, cada uno dentro de la órbita constitucional de sus atribuciones, ejerzan el poder que les corresponde, sino que complementa la acción estatal mediante la mayor información sobre la realidad económica, en intercambio de criterios y propuestas y las posibilidades de acuerdo entre los sectores público y privado'".

En síntesis de las disposiciones normativas y las piezas jurisprudenciales reseñadas, la Sala concluye, el procedimiento de concertación a que se hace referencia en la resolución que concede la licencia ambiental, corresponde al de la Consulta Previa consagrado por las normas internacionales e internas vigentes en materia de defensa de la integridad territorial, cultural y religiosa de los pueblos indígenas

2.3. Agotamiento de procedimientos previos de concertación

La Directora de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales de Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial mediante oficio 2400-E2-88804 del 27 de septiembre de 2005 dirigido a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, al poner en conocimiento de esa dependencia algunos antecedentes relacionados con el proyecto Puerto Multipropósito Brisa, precisó:

- a) Que en *"desarrollo del proceso de evaluación solicitada por PRODECO S.A. para la construcción de Puerto Carbonífero en el área del río Cañas, Expediente MA3-1-256, mediante oficio de 20 de diciembre de 1995, la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior certificó que el área del proyecto es territorio indígena y por lo*

tanto se hacía necesario realizar un proceso de consulta previa” Y más adelante agrega que “Durante los días 19 y 20 de julio de 1996 se realizó en el sector de Bonga, corregimiento de Mingueo, una reunión dentro del proceso de consulta con las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, con presencia de representantes del Ministerio del Medio Ambiente, del Ministerio del Interior, de la Sociedad Puerto Cerrejón S.A. y de Corpoguajira, entre otros. **En la citada reunión, las comunidades indígenas asentadas en la Sierra Nevada de Santa Marta, manifestaron no estar de acuerdo con la realización del proyecto de construcción y operación de un puerto carbonífero, por cuanto el sitio escogido para tal fin era considerado por ellos como un sitio sagrado, como una zona de pagamento, el cual hace parte de su territorio ancestral, motivo por el cual no estaba sujeto de intervención alguna**”. Acogiendo entre otras razones las expuestas anteriormente, el Ministerio del Medio Ambiente expidió la Resolución No. 0621 de 9 de julio de 1998, cuya copia se anexa, negando la licencia ambiental solicitada para el proyecto”. Asimismo expresa que “ Ante solicitud de licencia ambiental presentada por las sociedades Puerto Cerrejón S.A. y Carbones del Cerrejón S.A., para la Construcción de una Unidad de Abastecimiento Flotante del Puerto Carbonífero del Río Cañas, ubicado en el corregimiento de Mingueo, municipio de Dibulla, este Ministerio expidió la Resolución 0201 de 18 de marzo de 1999 del MMA, cuya copia se anexa, negando dicha solicitud, entre otras razones porque **las comunidades indígenas, durante el proceso de consulta previa que se adelantó, concluyeron que todas las autoridades indígenas (Mamos) de los pueblos indígenas de la Sierra se oponen a la construcción del proyecto y la infraestructura asociada y solicitan respetar las áreas de pagamento y en especial la colina** lugar de emplazamiento de los tanques de almacenamiento”. Y agrega “Cabe anotar que **la colina a que se refieren las comunidades en el caso de la Unidad de Abastecimiento Flotante del Puerto Carbonífero del Río Cañas, es la misma que tiene contemplado intervenir el proyecto Puerto Multipropósito Brisa, para la construcción de la infraestructura asociada al puerto. Como se deduce de los antecedentes anteriormente expuestos, es claro que el proyecto va a afectar un lugar de pagamento que estaba identificado desde 1995, que hizo necesario adelantar consulta previa como parte del proceso de evaluación de diferentes proyectos localizados en la misma área del Puerto Multipropósito Brisa.** (Negrillas de la Sala).

De los textos del Auto N° 80 del 20 de enero de 2.006 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; del Oficio del Ministerio del Interior que recoge los resultados de la visita de inspección realizada en asocio con el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en el área donde se adelanta el proyecto; del artículo 2° de la Resolución N° 1298 del 30 de junio de 2.006 por medio de la cual el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial otorgó la licencia ambiental para el proyecto; entre otras pieza del expediente, la Sala concluye que para las autoridades competentes no hay duda que el proyecto denominado “*Construcción y Operación de la Fase 1 del Puerto Multipropósito de Brisa, localizado en jurisdicción del municipio de Dibulla, Corregimiento de Mingueo, Departamento de la Guajira*”, se encuentra en áreas de pagamento de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, a lo que hay que agregar como expresamente lo manifiesta la Directora de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales de Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial mediante oficio 2400-E2-88804 del 27 de septiembre de 2005 dirigido a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, que “**la colina a que se refieren las comunidades en el caso de la Unidad de Abastecimiento Flotante del Puerto Carbonífero del Río Cañas, es la misma que tiene contemplado intervenir el proyecto Puerto Multipropósito Brisa...**”

De lo anterior se infiere que desde tiempo atrás el área donde se proyecta construir el Puerto Multipropósito Brisa ha sido objeto de reuniones y consultas previas con las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, las cuales siempre han insistido en la existencia de un *sitio sagrado o zona de*

pagamento en la misma, situación que dio lugar a que el entonces Ministerio del Medio Ambiente negara las licencias ambientales solicitadas por las sociedades PRODECO S.A., en el año de 1998 y Puerto Cerrejón S.A. y Carbones del Cerrejón S.A. en el año de 1999.

Así las cosas, la Sala se pregunta sobre la fuerza vinculante que para las partes involucradas en el asunto objeto de consulta tienen las decisiones administrativas adoptadas, en especial si como lo afirma la Corte Constitucional en estos casos lo que está en juego es **“el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad (que) se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones.(...)”**. Y mas adelante insiste la Corte Constitucional en el mismo fallo: **“El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 C.P.), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos”**. (Corte Constitucional sentencia SU-039/97).

El análisis de las mencionadas resoluciones, permite establecer lo siguiente:

La Resolución 0621 del 9 de julio de 1.998 al negar la licencia ambiental ordinaria solicitada por la Sociedad Puerto Cerrejón S.A. con el objeto de construir un Puerto Carbonífero, el cual se ubicaría entre el arroyo El Pantano y el arroyo El Lagarto, en jurisdicción del Municipio de Dibulla, Departamento de la Guajira, tuvo en cuenta, entre otras razones, (1) *“que mediante oficio de fecha 20 de diciembre de 1.995, la Directora General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, manifestó que el área del proyecto es territorio indígena y por lo tanto se hacía necesario realizar un proceso de consulta previa”* (2) que en reunión efectuada con las comunidades habitantes del resguardo Indígena Kogui Malayo Arhuaco de la Sierra Nevada de Santa Marta se concluyó que *“en la zona de influencia del proyecto no existen asentamientos indígenas de las etnias Kogui, armarios Y Arhuacos. Sin embargo, en la zona existen sitios de interés cultural que forman parte de su territorio tradicional.* (3) que *“la empresa C.I. Prodeco deberá garantizar la libre circulación de los indígenas por la playa y la colina ubicada al frente del proyecto, y comprometerse a cuidar y proteger esta colina por ser considerada sitio de importancia para las comunidades indígenas y para la empresa”* (4) que *“finalmente la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior consideró que se hacía necesario llevar a cabo el proceso de consulta previa a las autoridades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta sobre el proyecto de construcción del puerto marítimo antes de ser expedida la licencia ambiental”* (5) Que en la reunión de consulta previa llevada a cabo los días 19 y 20 de julio de 1.996 en el sector de Bongá corregimiento de Mingueo, *“las comunidades indígenas asentadas en la Sierra Nevada de Santa Marta, manifestaron no estar de acuerdo con la realización del proyecto de construcción y operación de un puerto carbonífero, por cuanto el sitio escogido para tal fin era considerado por ellos como un sitio sagrado, como una zona de pagamento, el cual hace parte de su territorio ancestral, motivo por el cual no estaba sujeto de intervención alguna* (6) *“Que la zona donde está proyectada la construcción del puerto, evidentemente es parte integral del territorio tradicional de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada, más no del territorio del resguardo Kogui-Malayo-Arhuaco”*. (7) *“Que a pesar de no existir asentamiento en lo material, en el plano espiritual dicho lugar es habitado por pueblos indígenas y por sus padres ancestrales, con los cuales se guarda el equilibrio de la Sierra y del mundo en*

general” (8) “Que en este lugar existen varios sitios sagrados ubicados en la línea negra. Lugar de permanente comunicación entre las lagunas sagradas ubicadas en las partes altas de la Sierra, comunicación que permite por medio de interconexión de las partes bajas y las partes altas sostener el equilibrio de los ciclos naturales del agua” (9) “Que en el plan de manejo ambiental se presentaron programas de gestión social para las comunidades indígenas, los cuales se pudo determinar que no responden a la magnitud del impacto cultural que puede generar el proyecto”

Por su parte la Resolución 0201 del 18 de marzo de 1.999 al negar la licencia ambiental solicitada por las Sociedades Puerto Cerrejón S.A. y Carbones del Cerrejón S.A. para la construcción de una Unidad de Abastecimiento Flotante del Puerto Carbonífero de Río Cañas, ubicado en el corregimiento de Mingueo, Departamento de la Guajira, tuvo en cuenta, entre otras razones, las siguientes:

(1) Que “la zona donde está proyectada la construcción del puerto y por consiguiente la Unidad de Almacenamiento de Combustible, evidentemente es parte integral del territorio tradicional de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada

(2) “que el puerto estará localizado a una distancia aproximada de dos kilómetros de la desembocadura del río Cañas, y aproximadamente a 6 kilómetros de la desembocadura del río Jerez, sitios sagrados para las comunidades indígenas, por lo tanto el proyecto y las acciones derivadas del mismo, pueden modificar la dinámica cultural” (3) “que las comunidades indígenas solicitan respetar las zonas de pago y en especial la colina lugar de emplazamiento de los tanques de almacenamiento” (4) El Ministerio consideró que teniendo en cuenta que la construcción de ambos Puertos se encuentran directamente relacionadas y en la misma área, las consideraciones de índole técnica, jurídica, etnocultural y ambiental esbozadas en la Resolución N° 0621 de 1.998 para negar la licencia ambiental en aquel primer proyecto, deben ser tenidas en cuenta para proceder a la misma negativa en éste segundo proyecto. Específicamente se resalta que así como en el trámite del primer proyecto “se hizo necesario efectuar un proceso de consulta previa con los indígenas que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta y en el cual se concluyó que dichas comunidades indígenas se oponían a la construcción de dicho puerto y de cualquier otro proyecto dentro de la línea negra” (negrilla del texto original) (5) Que de acuerdo con las normas vigentes “ninguna obra, exploración, explotación o inversión podrá realizarse en Territorio Indígena sin la previa concertación con las autoridades indígenas y sus organizaciones” (negrillas del texto original).

El estudio de los Actos Administrativos descritos, permite las siguientes observaciones:

1. En ambos casos se trató de proyectos que afectaban zonas, que si bien podían no ser parte de territorios de resguardo, si fueron consideradas como “un sitio sagrado, como una zona de pago, la cual hace parte de su territorio ancestral...”.

2. En ambos casos se dejó en claro que “los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta han delimitado de manera ancestral su territorio mediante una serie de líneas virtuales radiales denominadas “negras” de “origen” que unen accidentes geográficos o hitos considerados por ellos como sagrados , con el cerro Gonowindúa –Pico Bolívar-, de tal manera que sus pagos en estos hitos garantizan el flujo de fuerzas espirituales entre ellos y el centro de la tierra,

trabajo espiritual que a su vez garantiza el equilibrio de la Sierra Nevada y del Mundo en general”

3. En ambos casos se tuvo en cuenta que la zona de influencia de los proyectos, son recorridas por los indígenas para la recolección de conchas necesarias para las ceremonias privadas (pagamentos), de manera que el área donde están los proyectos, evidentemente es **“parte integral del territorio tradicional de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada, más no del territorio del resguardo Kogui-Malayo-Arhuaco”** (Las negrillas son del texto original)

4. Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, en ambos casos el entonces Ministerio del Medio Ambiente consideró que los mencionados proyectos afectaban en sentido amplio el concepto ancestral de territorio indígena, razón por la cual, de acuerdo con la normatividad vigente, no se podían adelantar sin la previa consulta con las autoridades indígenas y sus organizaciones.

CONCLUSIONES

De conformidad con lo expuesto, observa la Sala que aunque aparentemente existe controversia sobre la naturaleza del área donde se proyecta construir el Puerto Multipropósito de Brisa, la documentación allegada al expediente y los antecedentes relacionados por el propio Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial permiten concluir que efectivamente allí existen *sitios sagrados o zonas de pago*, que hacen parte del territorio ancestral de las comunidades indígenas de la zona, lo que llevó a que en dos ocasiones anteriores, para dos proyectos similares, en la misma área, se hubiese ordenado la realización de la Consulta Previa y posteriormente se hubiesen negado las respectivas licencias ambientales, entre otras razones, en atención a los argumentos expuestos por las comunidades indígenas para oponerse a la realización de dichos proyectos.

Aunque el Ministerio del Interior y de Justicia ha sostenido ultimamente que esa área no se superpone con lugares de pago sino con lugares donde se adelantan *ceremonias de carácter cultural* por parte de las comunidades indígenas, razón por la cual en su concepto no procede la consulta previa sino un proceso de concertación con el fin de que dichas comunidades puedan continuar visitando el lugar, la Sala considera que si la zona de influencia del proyecto se encuentra dentro de los límites del territorio ancestral indígena marcado por los muros antiguos y enmarcado dentro del límite virtual conocido como la línea negra, como lo han afirmado las propias autoridades ambientales, debe adelantarse previamente el Proceso de Consulta Previa denominado de manera inexacta por el Ministerio del Interior *“procedimiento de concertación”*, como ya se explicó.

En este caso, analizado el ordenamiento jurídico que regula la materia, encuentra la Sala que la ley 21 de 1991 *–aprobatoria del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes–* dispone que el gobierno debe asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de las comunidades interesadas, una acción coordinada que permita, entre otros, el reconocimiento y la protección de sus valores y prácticas culturales, religiosas y espirituales, por la cual deben consultarlas con el fin de llegar a un acuerdo o lograr su consentimiento acerca de los planes y programas de desarrollo nacional y regional que puedan afectarlos, con miras a preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

Como quiera que la ley en cita no especificó las circunstancias de tiempo y modo para llevar a cabo la referida consulta, ni señaló las reglas mínimas para el desarrollo de la misma, el Gobierno Nacional expidió el decreto 1320 de 1998 con el fin de reglamentar *“la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio”*, y en él estableció que *“la consulta previa tiene como fin analizar el impacto económico, ambiental social y cultural que pueda ocasionarse a una comunidad indígena o negra con la explotación de recursos naturales dentro de su territorio”*.(Art. 1o.). (Negrillas de la Sala).

Finalmente, frente a las resoluciones por medio de las cuales se negaron licencias ambientales para proyectos similares, la Sala considera que no puede olvidarse que dichas decisiones quedaron en firme y por tanto adquirieron el carácter ejecutivo y ejecutorio que la ley predica para los actos administrativos y en tal circunstancia constituyen una defensa del derecho fundamental de las comunidades indígenas a su integridad vital, socio cultural y religiosa, de manera que en cuanto las circunstancias de protección y preservación no hayan cambiado, si bien no puede hablarse de que constituyan derechos adquiridos, si deben tenerse como punto de referencia por la Administración, para las decisiones a adoptar en el futuro.

LA SALA RESPONDE:

1. *¿Cuál debe entenderse como el término razonable para adelantar el proceso de concertación y cuáles son los requisitos para que el mismo pueda declararse culminado por parte del Gobierno Nacional?*

El término razonable para adelantar el proceso de concertación es el que corresponda al procedimiento que de acuerdo con lo estipulado por el decreto 1320 de 1998 adelante el Ministerio del Interior y de Justicia a través de la Dirección de Etnias, de manera que puede declararse culminado cuando se cumplan las etapas de concertación o consulta allí señaladas.

2. *¿En el evento en que el proceso de concertación se prolongue por encima del término razonable y las partes involucradas no logren llegar a un acuerdo, debe el Gobierno Nacional decidir unilateralmente sobre la culminación del mismo y bajo qué presupuestos?*

3. *¿Qué efecto produce la decisión de dar por terminado el proceso de concertación respecto de la licencia ambiental y desarrollo del proyecto?”*

2 y 3. La concertación o consulta previa no supe la competencia de las autoridades para determinar los límites de los procedimientos y adoptar las decisiones que sean razonables para el caso, teniendo en cuenta la defensa del derecho fundamental de las comunidades indígenas a su integridad vital, socio cultural y religiosa, sin que sea necesario un acuerdo pleno de carácter positivo con ellas; siempre que previamente se agote el procedimiento de consulta en los términos de la Constitución Política, de la ley 21 de 1.991 por medio de la cual se aprobó el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª reunión de la Conferencia General de la OIT y del Decreto Número 1320 de 1.998 por el cual el Gobierno Nacional reglamentó el procedimiento de la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio.

Transcríbese al señor Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ A.
Presidente de la Sala

GUSTAVO APONTE SANTOS

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA P.

LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Secretaria de la sala