



La explotación minera y forestal en territorios protegidos en la República de Colombia

The mining and forest in territory protected in the Republic of Colombia

A exploração mineira e florestal nos territórios protegidos na República da Colômbia

DOI: <https://doi.org/10.21803/pensam.v12i22.245>

William Yeffer Vivas Lloreda

<https://orcid.org/0000-0002-9980-0117>

Resumen

En este trabajo se aborda el estudio de la explotación minera y forestal en territorios protegidos en Colombia, para lo cual se toma el caso del departamento del Chocó, esto debido a que en este Departamento gran parte de su territorio está habitado por comunidades étnicas, siendo los territorios colectivos de comunidades negras, resguardos indígenas y las áreas protegidas (parques y reservas) los más afectados por las actividades de aprovechamiento lícito e ilícito de recursos naturales, donde tras la intervención de grupos económicos representados en empresas nacionales y multinacionales; como también grupos ilegales en busca de la generación de ingresos se desconocen y afectan gravemente los derechos a la etnoterritorialidad y a la identidad cultural de quienes habitan y son dueños de estos territorios, constituyéndose en violación y desconocimiento de la constitución de 1991 y de instrumentos internacionales; por ello el Estado ha diseñado una serie de acciones judiciales y administrativas, para procurar la defensa de uno de los principales patrimonios de la humanidad y del pueblo Chocoano... su riqueza forestal, acciones que analizadas en este trabajo resultan ser insuficientes y escasas ante el aumento de la devastación ambiental en el territorio Colombiano y en especial en el Chocó Biogeográfico.

Palabras Clave: *Protección, Consejo Comunitario, Resguardo Indígena, Chocó Biogeográfico, Delito Ecológico, comunidad negra.*

Abstract

This paper deals with the study of mining and forestry in protected territories in Colombia, for which the case of the department of Chocó, Republic of Colombia, is taken, because in this Department a large part of its territory is inhabited by ethnic communities, being the collective territories of black communities, indigenous reserves and protected areas (parks and reserves) the most affected by the activities of licit and illicit use of natural resources, where after the intervention of economic groups represented in national and multinational companies; as also illegal groups in search of the generation of income are unknown and seriously affect the rights to the ethnoterritoriality and cultural identity of those who inhabit and own these territories, constituting in violation and ignorance of the 1991 constitution and international instruments; For this reason, the State has designed a series of judicial and administrative actions to seek the defense of one of the main assets of humanity and the Chocoano people ... their forest wealth, actions analyzed in this work are insufficient and scarce in the face of the increase of the environmental devastation in the Colombian territory and especially in the Chocó Biogeográfico.

Keywords: *Protection, Community Council, Indigenous Protection, Chocó Biogeographic, Ecological Crime, Black community.*

¿Cómo citar este artículo?

Vivas, W. (2019). La explotación minera y forestal en territorios protegidos en la República de Colombia. *Pensamiento Americano*, 12(23), 16-46
DOI: <https://doi.org/10.21803/pensam.v12i22.245>



Resumo

Neste trabalho se aborda o estudo da exploração mineira e florestal nos territórios protegidos na Colômbia, para o qual se toma o caso do departamento de Chocó, isto devido a que neste departamento grande parte de seu território está habitado por comunidades étnicas, sendo os territórios coletivos de comunidades negras, resguardos indígenas e as áreas protegidas (parques e reservas), os mais afetados pelas atividades de aproveitamento lícito e ilícito de recursos naturais, onde após a intervenção de grupos econômicos representados nas empresas nacionais e multinacionais; como também grupos ilegais em busca da geração de ingressos, que se desconhecem e afetam gravemente os direitos à etnoterritorialidade e a identidade cultural de quem habita e que são donos desses territórios, constituindo-se em violação e desconhecimento da Constituição de 1991, e de instrumentos internacionais. Por isso, o Estado fomentou uma série de ações judiciais e administrativas, para procurar a defesa de um dos principais patrimônios da humanidade e do povo Chocoano – sua riqueza florestal. São ações que analisadas aqui neste trabalho resultam ser insuficientes e escassas ante o aumento da devastação ambiental no território colombiano e em especial no Chocó biogeográfico.

Palavras - Chave:

Perfil

Doctorando en Derecho y Magister en Derecho Procesal Constitucional de la UNLZ – Argentina; Maestrando y Especialista en Derechos Procesal Contemporáneo de la U. Medellín; Esp. Derecho Procesal Penal – UCC de Colombia; Esp. Derecho Contencioso Administrativo – U. Externado de Colombia; Docente Universitario Universidad Tecnológica del Choco; wiyevillo@hotmail.com

**William Yeffer
Vivas Lloreda**
Ph.D en Derecho

Introducción

El Choco biogeográfico, según publicación hecha por Juan Manuel Díaz Merlano y Fernando Gast Harders (2009):

El Chocó Biogeográfico es una estrecha franja del territorio americano, que apenas alcanza los 175.000 km², un 2% de la superficie terrestre, alberga cerca del 10% de la biodiversidad del planeta; es una zona que incluye territorios de Colombia, Ecuador y Panamá, cuyos ambientes naturales se encuentran entre los mejor conservados de América; en el territorio colombiano, este fue definido por la Ley 70 de 1993, mediante la cual se establecieron mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia, comprende la totalidad del departamento de Chocó y jurisdicciones parciales de los departamentos de Valle del Cauca, Risaralda, Antioquia, Cauca y Nariño.

Por su parte el departamento del Chocó forma la esquina noroeste de la República de Colombia limita por el norte, el Océano Atlántico; por el noroeste, la República de Panamá; por el este, los departamentos de Antioquia, Caldas y Valle del Cauca; por el sur, el Valle del Cauca y por el oeste el Océano Pacífico; esta región es bañada por tres grandes ríos el San Juan que nace también en la Cordillera Occidental corre del nordeste al suroeste en extensión de 380 kilómetros y desemboca en el Océano Pacífico, el río Baudó, nace en la serranía del mismo nombre y recorre unos 150 kilómetros de norte a sur y luego de oriente a occidente dejando descansar sus aguas al océano pacífico y el principal afluente el Río Atrato

que nace en la vertiente de la Cordillera Occidental y recorre de sur a norte una vasta zona selvática de 700 kilómetros de longitud, hasta desembocar en el Golfo de Urabá; es este departamento una de las regiones con mayor pluviosidad del Mundo (Municipio de Lloró¹), (Tovar, 1960) sus habitantes son en su mayoría Afros e Indígenas y estos viven en resguardos indígenas los que tienen protección constitucional según el artículo 286 y territorios colectivos de comunidades negras reglado este por la ley 70 de 1993 en sus artículos 4 y ss, en relación con esta temática la corte constitucional mediante sentencia de constitucionalidad T - 415 de 2015, estableció que:

Las comunidades étnicas son titulares de derechos fundamentales específicos, que deben ser especialmente protegidos en razón de considerarse como sujetos de especial protección constitucional. Esta comprobación ha llevado a la Corte a definir un grupo de derechos de las comunidades diferenciadas, todos ellos relacionados con la preservación de su diversidad étnica y cultural, así como los demás derechos fundamentales que se adscriben a sus miembros (Corte Const., Sala Tercera de Revisión. Sentencia T - 415, 2015).

Ya anteriormente la corte constitucional mediante sentencia T- 955 de 2003, en relación con el tema había señalado:

Del reconocimiento a la diversidad étnica y cultural depende la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales, y que son éstos quienes pueden conservar y proyectar en los diferentes ámbitos el carácter pluriétnico y multicultural de la nación colombiana, sustrato del

¹ Según publicación hecha por el Diario el espectador en el año 2014, Lloró está ubicado en la región Pacífica, el lugar donde más llueve en Colombia. Se presentan precipitaciones entre 20 y 25 días al mes. Los monitoreos del Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales (Ideam) señalan que allí los niveles de pluviosidad alcanzan los 10 mil m.m. al año. Radicalmente opuesto a lugares como La Guajira donde hay 50 días de lluvia al año y los niveles de pluviosidad apenas alcanzan 500 m.m. anuales.

Estado social de derecho acogido en la Carta. Este carácter, reconocido alude a los pueblos indígenas y tribales, entre éstos a las comunidades negras.

En esta misma sentencia la corte constitucional indico que “las explotaciones forestales que se adelantan en territorio colectivo de la cuenca del río Cacarica i) deberán suspenderse y sólo podrán reanudarse previa reglamentación y de acuerdo con ésta, ii) la reglamentación tendrá que consultarse a las comunidades negras, propietarias de los bosques colectivos, y iii) el aprovechamiento de sus suelos y bosques deberá beneficiar a los pueblos indígenas y tribales, real y efectivamente en términos de consolidación de su proceso cultural”.

El máximo tribunal de lo constitucional tuteló

“el derecho de los accionantes a la propiedad colectiva de sus suelos y bosques, de manera que la entidades accionadas ordenarán que se suspenda la extracción a que se hace mención, y dispondrán lo necesario para que tan pronto como el Ministerio del Interior y la Justicia defina el asunto de la representación legal de su Consejo Mayor, se consulte a las comunidades negras de la Cuenca del Río Cacarica, de buena fe y con el objeto de llegar a un acuerdo, la reglamentación sobre el aprovechamiento forestal de sus bosques colectivos, teniendo presente que dichas comunidades son las propietarias del recurso, y tendrán que ser las beneficiarias directas de la explotación, y ésta deberá permitirles avanzar y consolidar su proceso cultural (Corte Const., Sala Octava de Revisión. Sentencia T- 955, 2003).

1.1. Metodología.

Este trabajo se desarrolló mediante el método descriptivo cualitativo, con un enfoque hermenéutico, por cuanto se hará un análisis de la normativa existente sobre minería y protección a minorías étnicas, en el marco de la situación actual del departamento del chocó, para lo cual se consultaran bases de datos, bibliotecas, páginas web que nos suministren información para consolidar el desarrollo de este trabajo.

Desarrollo.

1.2. Los Territorios protegidos y sus habitantes en el Departamento del Choco.

Tal y como quedo descrito anteriormente el departamento del chocó está habitado en su mayoría por población negra, indígena y una pequeña porción de habitantes auto denominados mulatos; la población negra habita principalmente en zona rural en los territorios colectivos, comunidades donde existe una relación estrecha entre habitantes, territorio, usos y costumbres, por lo que la protección que se otorga a estas y su entorno territorial constituyen una garantía de protección de sus derechos culturales y ancestrales que tiene arraigo en la constitución misma en el artículo 8 y 63. En el caso de las comunidades negras (Ley 70, 1993, art. 2) los territorios protegidos se determinan a través de la titulación colectiva que otorga el gobierno, y estos son coordinados o dirigidos por los consejos Comunitarios en relación con la toma de decisiones atinentes al territorio; el departamento del chocó en la actualidad está constituido por territorios colectivos de 600 comunidades negras agrupados en 70 consejos comunitarios mayores con 2.915.339 hectáreas tituladas, para un total de 500.000 habitantes, de los cuales el 87%

de la población es Afrodescendiente, 10% indígena y 3% mestiza, que equivale al 6.70% aproximado de la población colombiana², de esta población el 73% viven en áreas urbanas y 27% en áreas rurales (DANE, 2005).

Por su parte en relación con las comunidades indígenas cuenta con 120 resguardos de las etnias Embera-Dóbida, Embera-Katío, Embera-Chamí, Wounan y Tule, que corresponden a 24 de los 30 municipios del Chocó, estos también tienen su propio órgano de gobierno en cabeza un gobernador.

En los últimos años estos colectivos de comunidades se han visto afectados por la amenaza de la explotación minera y forestal en sus territorios, explotación que en su mayor proporción es realizada por foráneos (brasileros, ecuatorianos, colombianos de otras regiones) y por los grupos ilegales que hacen presencia en las zonas que habitan estas comunidades, sin importar que son estos territorios zonas de protección especial por parte del Estado.

Debido al anterior panorama y con el objeto de proteger el derecho de las comunidades étnicas para decidir sobre su territorio se ha venido aplicando una serie de medidas judiciales, constitucionales y administrativas pero que en la práctica resultan ser muy poco efectivas.

1.3. Fundamento Legal y Jurisprudencial

Para la salvaguardia de los territorios protegidos de las comunidades étnicas se ha expedido una serie de normativas por parte del ejecutivo, el congreso y en gran medida por la corte constitucional, esta última quien le ha dado el carácter de fundamental al derecho a ser consultados

sobre intervenciones y/o regulaciones en relación con su derecho a la tierra, a su cultura y , a su autodeterminación, esta labor de la corte constitucional colombiana enmarcada en la teoría del activismo judicial muestra como este tribunal de lo constitucional ha logrado con su jurisprudencia un gran avance en la protección, consagración y regulación de los derechos (fundamentales, sociales y colectivos) de los colombianos y en ellos el derecho de las comunidades étnicas; la corte en su labor de interpretar y aplicar la constitución ha logrado un avance importante en la consagración y garantía de los derechos étnicos, pues, si bien esta labor de crear los derechos es propia del legislativo mediante una ley estatutaria, ante la ausencia de regulación la corte suple dicho vacío normativo con su doctrina constitucional, siendo en este caso legislador positivo, ya que con su jurisprudencia y en ella con la doctrina probable se crean derechos y garantías de carácter jurisprudencial, que ante la ausencia de norma regulatoria tienen los mismos efectos de una ley y en las condiciones que lo haya establecido el tribunal constitucional.

Es así que en tratándose del derecho que le asiste a los pueblos indígenas en relación con su territorio, la corte constitucional colombiana en la sentencia T- 188 de 1993 señaló:

El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque

² Según las cifras del DANE, en el censo de 2005, Después de Brasil, Colombia es el segundo país latinoamericano con mayor presencia de afro descendientes. Según el Censo de 2005, el 10.5% de la población (4.311.757 de personas) que reside en el país se auto reconoció como negro, mulato, afrocolombiano o Afrodescendiente

constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. El derecho fundamental a la propiedad colectiva de los grupos étnicos lleva implícito, dada la protección constitucional del principio de diversidad étnica y cultural, un derecho a la constitución de resguardos en cabeza de las comunidades indígenas (Corte Const., Sala Tercera de Revisión. Sentencia T- 188, 1993).

En la anterior decisión la Corte Constitucional, es clara en precisar que la protección que se hace de los territorios colectivos de las comunidades indígenas, no está ligado solamente a la tenencia del territorio, por el contrario, la protección va dirigida a preservar su cultura y valores espirituales de la comunidad, por la existencia de una necesaria e indivisible relación de los habitantes indígenas con el territorio que ocupan.

Como lo estudiaremos en el siguiente título, la legislación como también la jurisprudencia ha creado una serie de mecanismos para la defensa de los territorios protegidos de las comunidades étnicas, mecanismos desarrollados en las siguientes normas que a continuación listaremos:

a. Instrumentos Internacionales. Sobre la protección del derecho al territorio de los grupos étnicos se han preocupado las organizaciones internacionales y los estados, por ello encontramos varios instrumentos que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que potencian la protección del derecho fundamental a la titulación colectiva de los territorios de las comunidades étnicas, las que citaremos a continuación:

1. Convenio N° 107 de la OIT, parte II,

en su Artículo 11° dice que:

Se deberá reconocer el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas". Artículo 12 1. No deberá trasladarse a las poblaciones en cuestión de sus territorios habituales sin su libre consentimiento, salvo por razones previstas por la legislación nacional relativas a la seguridad nacional, al desarrollo económico del país o a la salud de dichas poblaciones. 2. Cuando en esos casos fuere necesario tal traslado a título excepcional, los interesados deberán recibir tierras de calidad por lo menos igual a la de las que ocupaban anteriormente y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando existan posibilidades de que obtengan otra ocupación y los interesados prefieran recibir una compensación en dinero o en especie, se les deberá conceder dicha compensación, observándose las garantías apropiadas. 3. Se deberá indemnizar totalmente a las personas así trasladadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento. Artículo 13 1. Los modos de transmisión de los derechos de propiedad y de goce de la tierra establecidos por las costumbres de las poblaciones en cuestión deberán respetarse en el marco de la legislación nacional, en la medida en que satisfagan las necesidades de dichas poblaciones y no obstruyan su desarrollo económico y social. 2. Se deberán adoptar medidas para impedir que personas extrañas a dichas poblaciones puedan aprovecharse de esas costumbres o de la ignorancia de las leyes por parte de sus miembros

para obtener la propiedad o el uso de las tierras que les pertenezcan. Artículo 14 Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a las poblaciones en cuestión condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la colectividad nacional, a los efectos de: a) la asignación de tierras adicionales a dichas poblaciones cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico; b) el otorgamiento de los medios necesarios para promover el fomento de las tierras que dichas poblaciones ya posean (Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, 1957).

2. Por su parte, el **Convenio 169** sobre pueblos indígenas y tribales³, en su artículo 13, estableció:

1°. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán 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, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. 2°. La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.”; igualmente el Artículo 14° en relación al derecho sobre las tierras de los pueblos Indígenas, lo que es igualmente aplicable en el caso de comunidades afrocolombianas, e en el inciso 1° indica que “Deberá reconocerse a los pueblos

interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes. 2°. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. (La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, 1989)

3. **Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**, adoptada por la Asamblea general mediante Resolución 61/295 de 2007, reconoce el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas en relación con su organización, gobierno, usos y costumbres, los derechos individuales y los derechos colectivos, los derechos culturales, la identidad, y los derechos a la educación, la salud, el empleo y el idioma, además Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado, en cuanto a su territorio la Declaración señala en su Artículo 26 que:

³ La Corte Interamericana de Derecho Humanos en sentencia del 28 de Noviembre de 2007, del caso Saramaka Vs. Surinam, indicó que la condición de Pueblo Tribal no puede predicarse solo de los pueblos indígenas, que esta condición de pueblo tribal se puede reconocer a pueblos que comparten características como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes a de la demás comunidad nacional.

1º. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido. 2º Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. 3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

Además de lo anterior el Artículo 27 señala:

Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas pertinentes, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.

Igualmente los Artículo 29, inciso 1º, Artículo 31 inciso 1º, Artículo 32 inciso 1º establecen la obligación de los estados de garantizar el derecho a la conservación y protección del medio ambiente que se encuentren en los territorios que habitan, este derecho supone la garantía de a conservar, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural,

sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones ancestrales, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a conservar, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales como también determinar sus planes de vida y prioridades de desarrollo en la utilización de sus tierras y territorios. (Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, 2007).

4. Convención Americana Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Esta declaración basada en la importante presencia de pueblos indígenas en las Américas, y su inmensa contribución al desarrollo, pluralidad y diversidad cultural de nuestras sociedades y reiterando nuestro compromiso con su bienestar económico y social, así como la obligación a respetar sus derechos y su identidad cultural (OEA, 2016, p.2), como lo indican las consideraciones iniciales, por ello en procura de esa protección en lo citado a continuación reconoció los derechos que tienen los pueblos indígenas y el deber de los estados de adoptar medidas administrativas y legislativas para lograr esa protección y que sea efectiva, es así que en el Artículo VI, la Asamblea de Estados Americanos apuntó que:

Los pueblos indígenas tienen derechos colectivos indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos”. En este sentido, los Estados reconocen y respetan, el derecho de los pueblos indígenas a

su actuar colectivo; a sus sistemas o instituciones jurídicos, sociales, políticos y económicos; a sus propias culturas; a profesar y practicar sus creencias espirituales; a usar sus propias lenguas e idiomas; y a sus tierras, territorios y recursos. Los Estados promoverán con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas la coexistencia armónica de los derechos y sistemas de los grupos poblacionales y culturas (Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, 2007).

En el Artículo XIX, XXV de la declaración Señaló que se debe respetar el derecho que tiene los indígenas de vivir en armonía con la naturaleza y el medio ambiente sano, seguro y sustentable, condiciones esenciales para el pleno goce del derecho a la vida, a su espiritualidad, cosmovisión y al bienestar colectivo; igualmente indico que tienen derecho a conservar, restaurar y proteger el medio ambiente y al manejo sustentable de sus tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido, de tal manera que estos puedan aprovecharlas conforme a sus costumbres sus usos, territorios y recursos, para lo cual los estados miembros deberán protegerlos contra la introducción, abandono, dispersión, tránsito, uso indiscriminado o depósito de cualquier material peligroso que pueda afectar negativamente a las comunidades, tierras, territorios y recursos indígenas. (OEA, 2016, p.10).

b. Constitución Política de 1991. La Constitución Política de Colombia en sus

artículos 7°. *El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana*, es a partir de esta consagración que se logra reconocer a Colombia como un estado pluriétnico y multicultural, donde encontramos los indígenas⁴, los afro, los Rom, los raizales etc., por lo que en su artículo 8 establece que: *Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.* (Constitución Política de 1991) En relación con esta consagración la corte constitucional en lo relacionado con los indígenas en sentencia T – 433 de 2011 la Corte constitucional dijo:

(...) (i) para las Comunidades indígenas resulta importante destacar la vinculación estrecha entre su supervivencia y el derecho al territorio como el escenario donde se hace posible la existencia misma de la etnia; (ii) de manera reiterada la jurisprudencia constitucional ha sostenido que del reconocimiento a la diversidad étnica y cultural depende la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales y que son éstos quienes pueden conservar y proyectar en los diferentes ámbitos el carácter pluriétnico y multicultural de la nación colombiana, sustrato del Estado social de derecho acogido en la Carta; (iii) el Estado colombiano, se encuentra obligado a respetar la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas y a contribuir realmente con la conservación del valor espiritual que para todos los grupos étnicos comporta su relación con la tierra y su territorio, entendido este como “lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos

⁴ En la Sentencia T – 433 de 2011 la jurisprudencia de la corte constitucional, a fin de establecer la génesis del derecho de los indígenas a la propiedad colectiva y sus alcances, ha puntualizado que en la base de nuestro Estado Social de Derecho se encuentra la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, y que ésta no puede concebirse sin el reconocimiento integral del derecho territorial de los grupos étnicos a las tierras que tradicionalmente ocupan. - Que la Carta Política, a la par que garantiza la propiedad privada, protege las formas asociativas y solidarias de propiedad, el patrimonio cultural y natural de la nación, las tierras de resguardo y las comunales de los grupos étnicos y la diversidad e integridad del ambiente. - Que el ordenamiento constitucional entiende la cultura pluralista de la nación colombiana como una riqueza que se debe conservar, mediante la promoción, investigación, la ciencia y el desarrollo de todas las expresiones y valores culturales. - Que el derecho de las comunidades indígenas sobre su territorio colectivo se funda en la Carta Política y en el Convenio 169 de la OIT.

interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera.”; (iv) que la Ley 31 de 1967, mediante la cual fue incorporado a la legislación nacional el Convenio 107 de 1957 de la OIT, desarrolla ampliamente el derecho de estos pueblos a que los Gobiernos) determinen sus propiedades y posesiones mediante la delimitación de los espacios efectivamente ocupados, ii) salvaguarden sus derechos a utilizar “las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”; y iii) protejan especial y efectivamente sus facultades de utilizar, administrar y conservar sus recursos naturales (Corte Const., Sala Segunda de Revisión. Sentencia T - 433, 2011).

Con base a lo anterior el máximo tribunal de lo constitucional en Colombia en la sentencia antes citada indico: “que los grupos indígenas gozan de una especial protección por parte del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 superior y que el derecho de propiedad colectiva sobre los territorios indígenas”; Lo anterior guarda concordancia con lo establecido en Artículo 58 de la carta política que se refiere a que el Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad, “como ya se ha dicho por parte de la corte constitucional, reviste la mayor importancia dentro del esquema constitucional al ser esencial para la preservación de las culturas y los valores espirituales de estos pueblos. Por ende, el dominio comunitario sobre tales territorios debe ser definido claramente por el Estado, en tanto su desconocimiento quebrantaría de manera grave la identidad misma de la comunidad, implicaría ruptura del principio constitucional que la reconoce y, en el fondo, llevaría a destruir la independencia

que los caracteriza, con notorio daño para la conservación y adecuado desarrollo de sus culturas y creencias. Atendiendo lo reseñado, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 14 del Convenio 169 de la OIT, el Estado Colombiano como Estado parte de la Convención se ve obligado a asegurarle a esta comunidad, la protección efectiva de su derecho de propiedad” (Corte Const., Sala Segunda de Revisión. Sentencia T - 433, 2011).

Igual a lo anterior en el artículo 63 y que fue Reglamentado por la Ley 1675 de 2013, el congreso (estableció que 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 (Ley 1675, 2013).

En relación a los territorios de comunidades étnicas y las tierras de resguardos a que hace referencia el artículo anterior la corte constitucional mediante sentencia T- 379 de 2014, siendo el Magistrado Ponente el Dr. Jorge Ignacio Pretelt, precisó que: “con base en los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos, es de importancia dejar por sentado que el derecho de propiedad colectiva de las comunidades indígenas sobre el territorio que han ocupado ancestralmente, exige una protección constitucional preferente, debido a que es un elemento esencial para la preservación de las culturas y valores espirituales de estos pueblos, así como para garantizar su subsistencia física y su reconocimiento como grupo culturalmente diferenciado. En esa medida, el Estado tiene la obligación de garantizar el acceso a estos territorios, su delimitación y titulación, conforme a las normas del debido proceso dentro de un plazo razonable. Una actuación contraría por parte de las autoridades estatales

competentes, genera una amenaza contra los derechos fundamentales y expone a un estado de vulnerabilidad mayor a la comunidad indígena solicitante por la ausencia de un territorio debidamente reconocido y amparado por un título colectivo en donde ejercer su cultura y cosmovisión” (Corte Const., Sala Séptima de Revisión Sentencia T - 379, 2014), dada la importancia que reviste el territorio para los grupos étnicos, el Estado está en la obligación de garantizar la titulación a sus habitantes y en estos el goce efectivo del derecho a su cosmogonía, que en ante algunas circunstancias como la veremos más adelante se constituye en derecho de carácter fundamental por conexidad.

Por ser el territorio un elemento indispensable para la vida y prácticas culturales de las comunidades étnicas por mandato constitucional el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que dicha protección sea real y efectiva; no puede tratarse de una protección formal que se note el cumplimiento normativo del Estado, por el contrario, se trata que las normas que expida el Estado para esa protección garanticen efectivamente la protección de las comunidades étnicas en su relación inescindible y ancestral con el territorio.

En los artículos 79, 80, 88, 89, 286 y 287, la carta política expresa que los territorios indígenas tienen la calidad de entes territoriales, e indica el derecho que le asiste a todos los habitantes del territorio colombiano a gozar de un ambiente sano y en especial las comunidades étnicas, desde este articulado ya la constitución anunciaba la creación de un mecanismo de consulta a la comunidad sobre decisiones que generasen un efecto positivo o negativo en su territorio, esto con el objeto de poder proteger la cultura y

costumbres de los pueblos como también las áreas de importancia ecológica, de tal manera que la intervención o aprovechamiento que se haga en estos sea sostenible garantizando su conservación, restauración o sustitución; igualmente el mecanismo constitucional de defensa de los derechos colectivos como los individuales a un grupo determinado de individuos (Acción Popular y Acción de Grupo), acciones constitucionales estas desarrolladas por la ley 472 de 1998.

c. Leyes Vigentes de Protección a Territorios Étnicos.

En relación con el marco legal existente en materia de derechos de minorías étnicas, protección del territorio colectivo y del medio ambiente destacamos como la principal y más importante las que a continuación citaremos:

1. Ley 70 de 1993, sea lo primero indicar que según el artículo 1º el objeto de esta ley tiene es reconocer a las comunidades negras el derecho a la propiedad colectiva, de las tierras que han ocupado de manera ancestral; como también tiene como propósito establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico, y el fomento de su desarrollo económico y social, con el fin de garantizar que estas comunidades obtengan condiciones reales de igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad colombiana.

Esta ley se ocupa de dar el concepto de comunidad negra y ocupación colectiva, concepto este que luego fuera ampliado por la corte constitucional entre otras en sentencia T - 485 de 2015, en esta el alto tribunal de lo constitucional indico que :

[...] de acuerdo con la jurisprudencia

de la Corte, esta definición legal no es conclusiva respecto de qué debe comprenderse como comunidad Afrodescendiente, sino que apenas es una de las herramientas disponibles para la identificación de dicho pueblo étnico. Ello debido a que (i) el reconocimiento de las comunidades negras es un asunto que depende, de manera prevalente, de la manifestación de determinadas prácticas tradicionales que se consideran razonablemente diferenciadas, no a partir de un determinado mandato legal que si bien está fundado en la legitimidad democrática del legislador, es en todo caso externo a la comunidad étnica; y (ii) la definición contenida en la Ley 70 de 1993 debe entenderse en el marco de la norma constitucional que desarrolla, esto es, el artículo 55 transitorio de la Carta, el cual impuso al Estado la promulgación de una ley que les reconociera “a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley”. Es claro que esta comunidad es apenas una de las que pueden ser válidamente catalogadas como colectivos Afrodescendientes, de modo que la definición legal no puede abarcar otros pueblos afrocolombianos que escapan del propósito de dicha normatividad [...] (Corte Const., Sala Octava de Revisión. Sentencia T - 485, 2015).

Además de lo anterior concluye la corte que las comunidades afrocolombianas son comunidades tribales, que encajan con lo normado en el convenio 107 y 169 de la OIT que anteriormente desarrollamos.

En los artículos 4 y ss se establece por orden legal que las tierras baldías ocupadas por los pueblos afrocolombianos le serán adjudicadas por el Estado, mediante la titulación colectiva, tierras que tienen la calidad de territorios de especial protección Estatal y por ende son inalienable, imprescriptible e inembargable, poniendo como condicionamiento para la titulación la conformación de un Consejo Comunitario, como órgano de gobierno y administración interna de las comunidades cuya función es velar por la conservación y protección de los derechos de la propiedad colectiva, la preservación de la identidad cultural, el aprovechamiento y la conservación de los recursos naturales; escoger al representante legal de la respectiva comunidad en cuanto persona jurídica, y hacer de amigables compondores en los conflictos internos factibles de conciliación. Ahora si bien son territorios de especial protección en ellos se pueden desarrollar actividad minera y de explotación forestal, explotación que puede hacerse por las comunidades directamente o por particulares a quienes se le haya concedido un título minero por parte de la autoridad competente, lo que si bien como lo ordena la ley debe hacerse bajo una condiciones técnicas especiales que garanticen la protección y participación de las comunidades con el objeto de preservar su cultura, usos y costumbres.

2. Ley 99 de 1993, el legislativo a través de esta crea el Sistema Nacional Ambiental y parte de este sistema están las Corporaciones Regionales de que trata el artículo 23 de esta ley.

3. Decreto 1745 de 1995, este decreto es reglamentario de la ley 70 de 1993 en su capítulo III, en este se precisa la definición de Consejo Comunitario, como se integra este, las funciones, los dignatarios, requisitos y elección; además este decreto en su artículo 17 al 31 establece el procedimiento para la titulación colectiva, las

reglas para el manejo y administración por parte de los consejos Comunitarios.

4. Ley 472 de 1998, esta ley reglamenta lo relacionado con las acciones de grupo y popular que trata el artículo 88 y 89 de la Constitución Política de Colombia de 1991, que desarrollaremos en siguiente capítulo.

5. Ley 685 de 2001, por medio del cual se expide el código de minas, norma donde se consagra todo lo relacionado con la propiedad, exploración y explotación de las minas; como también el procedimiento para acceder a los títulos mineros, al igual que lo relacionado con el aprovechamiento ilícito de los recursos naturales tal y como lo indica el Artículo 159 el que en relación a la Exploración y explotación ilícita, dice:

La exploración y explotación ilícita de yacimientos mineros, constitutivo del delito contemplado en el artículo 244 del Código Penal, se configura cuando se realicen trabajos de exploración, de extracción o captación de minerales de propiedad nacional o de propiedad privada, sin el correspondiente título minero vigente o sin la autorización del titular de dicha propiedad.

Se ocupa igualmente este código de precisar que se entiende por aprovechamiento ilegal de los recursos naturales y las consecuencias en materia penal por remisión al código de las penas y las administrativas, exceptuando la minería de barequeo también llamada minería artesanal.

6. Ley 1333 de 2009, con esta ley se crea el proceso administrativo sancionatorio ambiental aplicable por las autoridades ambientales en cabeza del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales;

las Corporaciones Autónomas Regionales y las de desarrollo sostenible; las unidades ambientales urbanas de los grandes centros urbanos a que se refiere el artículo 66 de la Ley 99 de 1993, proceso sancionatorio que desarrollaremos más adelante.

7. Decreto 1953 de 2014. Por el cual se crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas hasta que el Congreso expida la ley de que trata el artículo 329 de la Constitución Política.

Pese a la existencia de toda una estructura normativa que va desde normas internacionales, constitucionales, legales, decretos, resoluciones, directivas y sentencias, tendientes a la protección del derecho al territorio, al medio ambiente y a la diversidad cultural, estas en la práctica de ser efectivamente aplicadas, conllevaría a salvaguardar este derecho y con él a los grupos étnicos en su derecho diferencial, pero en la práctica y como se demostrara en los temas siguientes resultarían ser normas de protección solo formal.

2. La explotación Minera y Ambiental en el Choco.

La minería legal e ilegal, como también la explotación forestal se hace en gran medida al interior los territorios de comunidades negras e indígenas del Choco, este aprovechamiento realizado a gran escala y de modo irracional afectando gravemente los recursos naturales, aunado a la contaminación que este fenómeno genera y los efectos sobre la salud de los habitantes de esos territorios, ha conducido a que las autoridades colombianas realicen esfuerzos importantes para castigar por vía administrativa como también por vía judicial (penal) a quienes sin la autorización

de la autoridad ambiental y minera realice aprovechamiento de los recursos naturales, y los que aun con permiso de la autoridad violenten las normas ambientales.

El potencial de ingresos económicos que genera la explotación minero - ambiental, ha motivado a los grupos ilegales para ser controlar la actividad minera y de explotación forestal, por ello en los territorios antes dominados por las Farc y ahora por el ELN son estos grupos los autores de la degradación ambiental, y para ello, en muchas oportunidades someten al desplazamiento forzado a los habitantes de dichos territorios; igualmente grandes inversionistas, se aprovechan de la falta oportunidades en las regiones y ante las condiciones de extrema pobreza existente sobornan a los Consejos Comunitarios para que estos autoricen las actividad de explotación en su territorio, tal y como lo dijo la columnista María Alejandra Vélez, en publicación en el portal electrónico de la silla vacía, la que en relación de la explotación minera a territorios colectivos de comunidades negras e indígenas indicó:

La minería ilegal los invade y de paso irrumpe en la organización comunitaria al hacer pagos –por lo demás irrisorios— a las familias y a los consejos, para así tratar de legitimar localmente su actividad, tal como lo describe el periodista Javier Silva Herrera en un reciente artículo publicado en El Tiempo. “Parte del problema en los bosques y la falta de control sobre la minería ilegal se produce porque las tierras son de los consejos locales de negritudes. Estos ceden los terrenos a los mineros de dragas y retroexcavadoras a cambio de un ‘impuesto’ o porcentaje fijo de su producción mensual. Pero, muchas veces, los mineros o sus representantes llegan a acuerdos con los dueños de la

tierra y desconocen a la autoridad local”, dice Silva en su artículo (Vélez, 2014).

El departamento del choco es uno de los departamentos que está siendo más impactado ambiental y socialmente por la extracción de oro que se presenta en 17 de los 30 municipios; es decir, el 56.7% del departamento está concesionado para explotación minera y, adicionalmente, por la extracción ilegal de madera, el cultivo de palma y las fumigaciones (Defensoría del Pueblo, 2015).

Según información entregada por la Agencia Nacional de Minería a la Contraloría General de la Republica, en el cual indica que:

en el departamento de Chocó existen 152 títulos mineros que se encuentran vigentes en el Catastro Minero Nacional en un área de 241.933 distribuidos en los municipios de Acandí (1 título minero), Atrato (3 títulos), Bagadó (21 títulos), Cantón de San Pablo (1 titulo), Condoto (22 títulos), Carmen de Atrato (23 títulos), Istmina (3), Iloro (2 títulos), Medio Atrato (3 títulos), Novita (10 títulos), Nuqui (1), Quibdó (34 títulos), Río Quito (4 títulos), Riosucio (9 títulos), Sipí (5 títulos), Tadó (8 títulos), Unguía (1), Unión Panamericana (1) de los cuales, 12 se encuentran suspendidos y 140 en ejecución. 133 títulos mineros que representa el 87,5% del total se otorgaron para la explotación de metales preciosos y 19 títulos (12,5%) para explotación de materiales de construcción, todos estos se encuentran en territorios colectivos de comunidades negras y en algunos casos de comunidades indígenas; según dicho informe los municipios de Quibdó, Río Quito, Cantón de San Pablo, Tadó, Unión Panamericana, Lloró, Nóvita y Río Iró, tal y como se detalla en siguiente

cuadro (ver cuadro N° 2) en para la vigencia 2016 en esos entes territoriales hay presencia de actividad minera sin permiso de la autoridad minera la cual está siendo desarrollada por 377 entables mineros equipados con 63 retroexcavadoras, 172 dragas de succión, 48 dragones y 276 motobombas sin los respectivos permisos ambientales, es decir realizan minería ilegal en territorios protegidos que en su mayoría son de titulación colectiva o de importancia ecológica en la región, tal y como detalla la contraloría al informe que venimos haciendo referencia para el caso del municipio de Rio Quito cuenta con 200 entables mineros y sólo se han expedidos 4 títulos mineros en dicho municipio, lo que indica que 196 de los entables establecidos realizan explotación ilegal de recurso aurífero, otro caso para referenciar es el municipio de Unión Panamericana que cuenta con 119 entables mineros y sólo se ha expedidos 1 título minero en este municipio, lo que indica que 118 de los entables realizan explotación ilegal " (Contraloría General de la Republica, 2017).

Según el análisis de la Contraloría General de la Republica, a través de la Gerencia Colegiada Chocó en informe de Auditoria a que venimos haciendo referencia en el Departamento del Chocó, la mayor parte de la minería que se realiza es ilegal y para retratar esa realidad realizo una muestra en 8 de los 30 Municipios sobre la actividad de explotación minera, mecanismos utilizados, comunidades afectadas e impactos socioeconómicos y ambientales en la comunidad, muestra en la cual se encontró que en el 100% de los Municipios objeto de la muestra existe minería ilegal y las comunidades donde se realiza esta actividad son rurales de presencia de grupos

paramilitares y guerrilleros (ELN, AGC), siendo los territorios de propiedad colectivas de los consejos comunitarios de dichos Municipios, es decir son territorios de especial protección legal y constitucional.

2.1. Acciones administrativas, Constitucionales y Judiciales para la protección del Medio Ambiente y territorios colectivos.

Para combatir el fenómeno de violación de derechos colectivos, fundamentales y del medio ambiente de los habitantes de territorios protegidos antes descrito la legislación colombiana ha establecido unos mecanismos judiciales (penales); administrativos (sancionatorios, Consulta Previa) y constitucionales (acciones constitucionales) cuyo objeto es de un lado proteger los derechos violentados de la comunidad y por otro sancionar a quienes sin el permiso de la autoridad causan efectos negativos al medio ambiente, desconociendo los derechos de las organizaciones comunitarias, reconociendo que las organizaciones comunitarias en alguna oportunidades son las autoras, partícipes del accionar de la depredación del medio ambiente y afectación de derechos de los habitantes de los territorios protegidos, tal y como lo desarrollaremos a continuación:

2.1.1. Mecanismos Judiciales.

2.1.1.1. Delitos Ambientales. Para combatir la anterior problemática que causa una degradación incalculable en el medio ambiente y la cultura misma de las comunidades negras e indígena, el legislador estableció en el código penal (ley 599 de 2000), una serie de delitos que buscan la protección de los recursos naturales renovables y no renovables, es así que en el Título XI, Delitos contra los recursos naturales y medio ambiente, estableciendo entre otros: 1) Artículo 328.

Ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables. Modificado por el art. 29, Ley 1453 de 2011. 2) Artículo 329. Violación de fronteras para la explotación de recursos naturales. Modificado por el art. 30, Ley 1453 de 2011. 3) Artículo 330. Manejo ilícito de microorganismos nocivos. Modificado por el art. 31, Ley 1453 de 2011. 4) Artículo 331. Daños en los recursos naturales. Modificado por el art. 33, Ley 1453 de 2011. 5) Artículo 332. Contaminación ambiental. Modificado por el art. 34, Ley 1453 de 2011. **El que, con incumplimiento de la normatividad existente, contamine el aire, la atmósfera o demás componentes del espacio aéreo, el suelo, el subsuelo, las aguas o demás recursos naturales en tal forma que ponga en peligro la salud humana o los recursos fáunicos, forestales, florísticos o hidrobiológicos, incurrirá, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar.** 6) Artículo 333. *Contaminación ambiental culposa por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo.* Modificado por el art. 36, Ley 1453 de 2011. **El que por culpa al explorar, explotar o extraer yacimiento minero o de hidrocarburos, contamine aguas, suelo, subsuelo o atmósfera.** 7) Artículo 334. *Experimentación ilegal en especies animales o vegetales.* Modificado por el art. 37, Ley 1453 de 2011. 8) Artículo 335. Pesca ilegal. Modificado por el art. 38, Ley 1453 de 2011. 9) Artículo 336. Caza ilegal. **10) Artículo 337. Invasión de áreas de especial importancia ecológica. Modificado por el art. 39, Ley 1453 de 2011. El que invada reserva forestal, resguardos o reservas indígenas, terrenos de propiedad colectiva de las comunidades negras, parque regional, área o ecosistema de interés estratégico o área protegida,**

definidos en la ley o reglamento.

Subraya nuestras. 12) Artículo 338. *Explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales.*

En relación con estos artículos citados vemos la intención del gobierno colombiano de darle protección efectiva a los territorios protegidos, pese a que en la práctica cada día la explotación en estos territorios crezca, han sido valorables los esfuerzos de la autoridad ambiental en conjunto con la policía nacional, para lograr la judicialización de quienes en territorios con estas características hagan explotación forestal desmesurada, pero también lo es que esta no ha decrecido se ha sostenido y con tendencia a aumentar porque esta se desarrolla generalmente en lugares donde hacen presencia grupos ilegales y se encuentra escasa porque no decir nula presencia del estado; la consagración del delito ambiental o delito ecológico que integra los tipos penales antes enlistados es una de las principales armas del gobierno colombiano para proteger los recursos naturales y en especial en las zonas importancia ecológica y territorios protegidos; el derecho penal como instrumento resulta aquí la última opción que emplearía el estado en procura de la defensa de este derecho el derecho colectivo que tal como lo indico Leonardo Güiza Suárez (2008):

Derechos colectivos o difusos son derechos humanos específicos de los cuales son titulares ciertos grupos humanos. Una de las novedades de la Constitución de 1991 consiste en dedicar un capítulo completo a la regulación de los denominados “derechos colectivos”, entre los cuales abarcan un gran espectro los que buscan proteger el ambiente como tal, debido a que su conservación, degradación y reparación involucra a

toda la comunidad. Entre los derechos colectivos o difusos de carácter ambiental consagrados en el ordenamiento jurídico colombiano encontramos el derecho colectivo a un ambiente sano, el derecho colectivo al equilibrio ecológico, el derecho colectivo a la biodiversidad, el derecho colectivo al paisaje natural, el derecho colectivo a la preservación y restauración del ambiente, el derecho colectivo al patrimonio genético, el derecho colectivo al desarrollo sostenible, el derecho a la protección de áreas de especial importancia ecológica y el derecho colectivo a la prohibición de introducir al territorio nacional residuos nucleares o tóxicos (Güiza-Suárez, 2008).

Derechos estos que tienen fundamentación o raigambre en la constitución y en el bloque de constitucionalidad. La protección penal del medio ambiente y territorios de especial protección ha dejado de ser una acción subsidiaria como efectivamente lo es el derecho penal, a convertirse en una intervención principal, necesaria y permanente, por el alto grado de degradación y deforestación que se viene causando al medio ambiente, donde millones de hectáreas de flora y millones de especies de fauna se ven afectadas por la explotación ilegal e irracional, la utilización de químicos como el mercurio, maquinaria pesada cuyo único afectado no es el medio ambiente, pues lo es también la sociedad por los efectos en la vida y en la salud de dicha intervención voraz del hombre. En razón de lo antes dicho referente a que grupos ilegales como las Farc, Eln y Bacrim realizaban este tipo de actividad de explotación ilegal sea ambiental o minera para la generación de ingresos financieros a su actividad, los delitos ambientales o ecológicos pueden considerarse conexos con el delito político, esto a la luz de lo establecido en la ley 1820 de 2006, la que en su artículo 23 estableció: "Criterios de conexidad. La Sala

Amnistía e Indulto concederá las amnistías por los políticos o conexos. todo se entienden conexos con el delito político los delitos que reúnan alguno los siguientes criterios: a) Aquellos delitos relacionados específicamente con el desarrollo de la rebelión cometidos con ocasión del conflicto armado, como las muertes en combate compatibles con el Internacional Humanitario y la aprehensión de combatientes efectuada en operaciones militares, o b) Aquellos delitos en los el sujeto pasivo de la conducta es el Estado y su régimen constitucional vigente, o c) Aquellas conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión. [...] Lo establecido en este artículo no obsta para que se consideren delitos conexos con los delitos políticos aquellas conductas que hayan sido calificadas de manera autónoma como delitos comunes, siempre y cuando estas se hubieran cometido en función delito político", (Ley 1820, 2006), estos criterios aplicados a quienes hacían parte del grupo ilegal Farc o quienes en calidad de colaboradores ejercían la actividad minera y forestal de manera ilegal, serán objeto de amnistías o indultos sobre quienes ya recaiga una condena.

2.1.2. Mecanismos o Acciones Constitucionales.

2.1.2.1. *Acción de Tutela.* Consagrada está en el artículo 86 de la carta política de 1991 y reglamentada por el decreto 2591 de 1991, la que por su naturaleza tal y como emana del artículo antes citado en principio, se ejerce solo para la defensa de derechos fundamentales, pero excepcionalmente se podrá utilizar la acción de tutela para la defensa de derechos colectivos cuando la amenaza o violación de esto afecte un derecho fundamental, es así que la Jurisprudencia ha reiterado los eventos en que procede la acción de tutela en relación con derecho colectivos:

[...] es procedente la acción de tutela cuando ésta busca proteger derechos fundamentales conculcados como producto de la violación a derechos colectivos. Las subreglas desarrolladas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, son claras al establecer las dos circunstancias en que procede la acción de tutela para proteger derechos fundamentales cuya afectación se derive de la violación de derechos colectivos: (i) cuando la tutela actúe como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, y (ii) Cuando la amenaza o vulneración de un derecho colectivo, produce la afectación directa de un derecho fundamental. (Sentencia T - 197, 2014). La corte constitucional en anterior sentencia de Tutela N° 517 de 2011, con Ponencia del Magistrado GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, indico que requisitos habían que cumplirse para la procedencia de la acción de tutela en caso de afectación de derechos colectivos a saber:

- a. Que exista conexidad entre la vulneración de un derecho colectivo y la violación o amenaza a un derecho fundamental, y que exista una conexidad entre el daño o amenaza del derecho fundamental con la perturbación del derecho colectivo.
- b. El Sujeto activo de la acción o peticionario debe ser la persona directa o realmente afectada en su derecho fundamental.
- c. La vulneración o la amenaza del derecho fundamental debe ser expresamente probadas en el expediente.
- d. La petición que se resuelva con la sentencia debe buscar el restablecimiento del derecho fundamental afectado, y no del derecho colectivo en sí mismo considerado, pese a que con su decisión resulte protegido, igualmente, un derecho de esta naturaleza.

- e. Debe demostrarse el requisito de inmediatez (Corte Const., Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-622, 2016), de tal manera que en el proceso aparezca demostrado que la acción popular no es idónea, en el caso concreto, para amparar, específicamente, el derecho fundamental vulnerado o amenazado. (Corte Const., Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T- 517, 2011).

Como precedente judicial de una acción de tutela para la protección de derechos fundamentales afectados por la violación de derechos colectivos, muy recientemente el máximo tribunal de lo constitucional mediante sentencia T - 622 de 2016, en demanda interpuesta por el Centro de Estudios para la Justicia Social “Tierra Digna”, en representación del Consejo Comunitario Mayor de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato (Cocomopoca) y otros, contra Presidencia de la República y otros, siendo M.P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO; demanda en la cual los demandantes manifiestan que :

Han habitado en sus territorios ancestralmente y en los que han establecido sus formas tradicionales de vida a través de la agricultura, la caza, la pesca y la minería artesanal, actividades con las que garantizan su abastecimiento total de alimentos, que ahora -a juicio de los accionantes- se encuentra en peligro por el desarrollo intensivo de actividades mineras y de explotación forestal ilegales, en una región que ha sufrido los rigores de la guerra y del desplazamiento forzado en el marco de la intensificación del conflicto armado interno (Corte Const., Sala Sexta de Revisión. Sentencia T- 622, 2016).

Con base en ello en la acción interpuesta tiene como objeto que con base en una

orden emanada de un juez (sentencia)...

[...] detener el uso intensivo y a gran escala de diversos métodos de extracción minera y de explotación forestal ilegales, que incluyen maquinaria pesada -dragas y retroexcavadoras- y sustancias altamente tóxicas -como el mercurio- en el río Atrato (Chocó), sus cuencas, ciénagas, humedales y afluentes, que se han venido intensificando desde hace varios años y que están teniendo consecuencias nocivas e irreversibles en el medio ambiente, afectando con ello los derechos fundamentales de las comunidades étnicas y el equilibrio natural de los territorios que habitan"... (Corte Const., Sala Sexta de Revisión. Sentencia T- 622, 2016).

Indican los accionantes que dicha explotación mecanizada viene afectando no solo al río Atrato sino también a sus afluentes como son el Río Andaguada, Río Quito, Río Bebara, Río Bebarama, territorios estos de Cocomopoca, minería esta que se desarrolla a través del uso de maquinaria pesada como dragas de succión -también llamadas por los locales "dragones"-, elevadores hidráulicos, retroexcavadoras y en el desarrollo de la actividad utilizan químicos contaminantes como el cianuro, el mercurio y otros químicos que son vertidos al Río Atrato que baña parte de los territorios colectivos de comunidades negras del Choco, lo que para los demandantes...

Representa un alto riesgo para la vida y la salud de las comunidades toda vez que el agua del río es utilizada para el consumo directo, es la fuente principal para la agricultura, la pesca y para las actividades cotidianas de las comunidades. En consecuencia, considera el Demandante que la contaminación del río Atrato está atentando contra la

supervivencia de la población, los peces y el desarrollo de la agricultura que son elementos indispensables y esenciales de alimento en la región, que es el lugar en donde las comunidades han construido su territorio, su vida y recrean su cultura. (Corte Const., Sala Sexta de Revisión. Sentencia T- 622, 2016).

Indica la corte constitucional que para resolver la pretensión de las comunidades ribereñas del Río Atrato, parte del concepto de derechos Bioculturales, en tal sentido la corte afirma que:

[...] los derechos bioculturales son los derechos colectivos de comunidades que llevan a cabo roles de administración tradicional de acuerdo con la naturaleza, tal como es concebido por las ontologías indígenas o tradicionales. Además indica que: "un elemento central dentro del paradigma de los derechos bioculturales es el concepto de comunidad o de colectivo, que debe ser dimensionado como un término que incluye a las comunidades indígenas, étnicas, tribales y tradicionales, cuyas formas de vida son predominantemente "basadas en el territorio y quienes tienen fuertes vínculos culturales y espirituales, con sus tierras tradicionales y sus recursos. Mientras las comunidades son calificadas mediante diversas categorías incluyendo etnicidad, recursos compartidos, intereses comunes y estructura política, el término comunidad acá, es usado para denotar grupos de personas cuya forma de vida está determinada por su ecosistema.

En este sentido, por ejemplo, las comunidades locales, étnicas e indígenas que hacen valer sus derechos bioculturales, se fundamentan en los siguientes preceptos: "1.- la conservación

y el uso sostenible de la diversidad biológica de las comunidades basado en una forma de vida y los derechos bioculturales deben proteger esta manera de vivir; 2.- La forma de vida relevante para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica está vinculada con una tenencia y uso de la tierra, e igualmente, derechos a la cultura, conocimiento y a distintas prácticas. Los derechos bioculturales establecen el vínculo entre la comunidad o lo que se denomina 'peoplehood' y ecosistemas. (Corte Const., Sala Sexta de Revisión. Sentencia T- 622, 2016).

Afirma la corte constitucional que la minería ilegal y legal que se viene desarrollando de manera indiscriminada en los territorios de comunidades étnicas y parques nacionales (zonas Protegidas) aparte de violentar su derecho fundamental al territorio, partiendo desde la cosmovisión de estas comunidades, sino que además estas actividades de extracción con sustancias químicas están generando una situación grave de salubridad pública, indica que está demostrado los altos niveles de mercurio encontrados en personas residentes en Quibdó, producto del consumo de pescado proveniente de la cuenca del río Atrato que contiene altos grados de contaminación, por lo que la corte manifiesta que deben ser suspendidas de inmediato las actividades mineras que se están desarrollando en estos territorios protegidos, en razón a ello reconoce al río Atrato, su cuenca y afluentes **como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas**, lo que obliga al estado a establecer políticas públicas para la protección de este afluente, que es un punto de confluencia de los habitantes del departamento del Choco,

políticas públicas que estarían en cabeza del presidente de la república, pero también involucran a autoridades regionales, locales con el objeto de *restablecer los derechos de las comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato*.

2.1.2.2. Acción Popular. En la Constitución Política de 1991, esta acción se lleva al rango de acción constitucional, ya que esa misma Carta le otorgó el carácter de constitucional a los derechos colectivos⁵, estableciendo como acción idónea para la defensa de éstos la acción consagrada en el artículo 88 de la misma, la que posteriormente fue desarrollada y reglamentada por la Ley 472 de 1998, siendo una acción constitucional pública y ciudadana, autónoma y principal, para la defensa de derechos e intereses colectivos, considerada por algunos autores como derecho fundamental, también como derecho humano, mientras otros la catalogan de garantía de los derechos colectivos (Vivas, 2014, p.131).

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional en Sentencia C-630 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa., la acción popular constituye un mecanismo por medio del cual los ciudadanos intervienen en las decisiones que los afectan para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, especialmente por su diseño. El modelo de Estado social implica un deber de intervención mayor en los asuntos diarios de las personas, como forma de garantizar el mínimo vital en una sociedad compleja, contemporánea y globalizada. Esta mayor intervención de las instancias estatales en la vida pública, a través de los asuntos de importancia social, conlleva a su vez una profundización de los derechos de participación

5 La jurisprudencia ha sostenido que la constitucionalización de estas acciones obedeció "[...] a la necesidad de protección de los derechos derivados de la aparición de nuevas realidades o situaciones socio-económicas, en las que el interés afectado no es ya particular, sino que es compartido por una pluralidad más o menos extensa de individuos. Las personas ejercen entonces, verdaderos derechos de orden colectivo para la satisfacción de necesidades comunes, de manera que cuando quiera que tales prerrogativas sean desconocidas y se produzca un agravio o daño colectivo, se cuente con la protección que la Constitución le ha atribuido a las acciones populares, como derecho de defensa de la comunidad".

política en democracia, entendidos como herramientas que garantizan el autogobierno a todas las personas, en tanto igualmente dignas. La posibilidad de representar causas públicas en tal contexto supone no sólo una expresión de las libertades individuales y de participación democrática reforzada ante un Estado con funciones de intervención social, sino también una manifestación del principio de solidaridad (Vivas, 2014).

De conformidad con la Ley 472 de 1998, art. 2º, las acciones populares,

(...) son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos. Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

El juez competente para conocer y decidir esta acción es el juez contencioso administrativo cuando quiera que la afectación a los intereses colectivos se da por actos, acciones y omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la ley 472 de 1998; sin embargo si la afectación de los intereses colectivo se origina en personas naturales o jurídicas privadas que no ejerzan actividad administrativa o no presten servicios públicos el juez de conocimiento será la Jurisdicción Ordinaria – Juez Civil. .

2.1.2.3. Acción de Grupo. Se encuentra establecida en nuestra Constitución Política de 1991 en el artículo 88⁶, reglamentada por las Leyes 472 de 1998 y 1437 de 2011.

Esta según la Corte Constitucional, en Sentencia C-215 de 1999 (M.P.: María Victoria Sánchez Méndez), la acción de grupo o de clase es la garantía constitucional de carácter judicial que permite a una pluralidad de personas, constituidas como grupo, acudir ante la justicia para reclamar la reparación del daño ocasionado a un derecho fundamental, a un derecho o interés colectivo, a un derecho de carácter patrimonial de cada uno de los miembros de ese conjunto de personas, cuando el daño sea producido para todas por una misma causa (Maya, 2004).

La titularidad de la acción de grupo está en cabeza de las personas naturales y jurídicas que hubieren sufrido un perjuicio individual. Igualmente el Defensor del Pueblo y los Personeros podrán interponer dichas acciones en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que se encuentre en situación de desamparo o indefensión; dispone que en el caso de que la demanda no haya sido promovida por el Defensor del Pueblo se le notificará el auto admisorio de la demanda con el fin que intervenga en aquellos procesos en que lo estime conveniente. Siendo así, en esta acción el **sujeto activo** es integrado por un número plural (mínimo 20) de personas que hayan sufrido perjuicios uniformes, **y el sujeto pasivo**, o contra quien va dirigida esta acción, según la Corte Constitucional, en Sentencia C-215 de 1999, es ejercida *contra las autoridades públicas por sus acciones y omisiones, y por las mismas causas, contra los particulares* (Vivas, 2014, p.124).

En esta acción al igual que la Popular el juez natural o de conocimiento es el juez contencioso administrativo cuando quiera que la afectación a los intereses colectivos se da por actos, acciones y omisiones de las

6 En este artículo la constitución política en su párrafo segundo y tercero dijo: [...] También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Asimismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la ley 472 de 1998; sin embargo si la afectación de los intereses colectivo se origina en personas naturales o jurídicas privadas que no ejerzan actividad administrativa o no presten servicios públicos el juez de conocimiento será la Jurisdicción Ordinaria – Juez Civil.

2.1.3. Mecanismos Administrativos

2.1.3.1. Proceso Administrativo Sancionatorio Ambiental. El Proceso administrativo sancionatorio ambiental y que en adelante se denominara el PASA, fue reglado por la ley 1333 de 2009, cuyo objeto es el establecimiento de medidas correctivas y preventivas contra las personas naturales y jurídicas que en la realización de una actividad o la existencia de una situación que por acción u omisión afecten, causen daño (Ley 1333, 2009, art. 5) o atente contra el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana.

La caducidad de la acción sancionatoria ambiental es de 20 años (artículo 10) esto para permitir que la autoridad ambiental tenga el suficiente tiempo para llevar a cabo el PASA y tomar las medidas en defensa del medio ambiente, el que deberá adelantarse con el respeto de las garantías legales y constitucionales del debido proceso; es importante indicar que la iniciación del PASA se hará de oficio por parte de la autoridad ambiental una vez conozca el hecho generador del daño o amenaza o a petición de parte; el acto administrativo que impone la sanción o toma la medida preventiva debe ser debidamente motivado, contra el auto que impone la sanción caben los recursos de ley, pero las medidas preventivas no serán objeto de recursos alguno por ser estas

transitorias y de aplicación inmediata, la autoridad ambiental se apoyara en la Fuerza Pública para hacer efectiva las sanciones y las medidas preventivas ordenadas; en los casos de decomiso, si la medida preventiva fuere adoptada por cualquiera de las autoridades de que trata el artículo 2° de la ley 1333 de 2009, se deberán poner a disposición de la autoridad ambiental los individuos y especímenes aprehendidos, productos, medios e implementos decomisados o bien, del acta mediante la cual se dispuso la destrucción, incineración o entrega para su uso o consumo por tratarse de elementos que representen peligro o percederos que no puedan ser objeto de almacenamiento y conservación, en los términos del artículo 49 de la presente ley (artículo 13, parágrafo 3°).

A la luz de esta ley ,el PASA tiene varias etapas:

A. Indagación Preliminar (artículo 17), que tiene por objeto de establecer si existe o no mérito para iniciar el procedimiento sancionatorio se ordenará una indagación preliminar, cuando hubiere lugar a ello.

B. Iniciación del Procedimiento Sancionatorio (artículo 18) con el objeto de verificar los hechos u omisiones constitutivas de infracción a las normas ambientales. En casos de flagrancia o confesión se procederá a recibir descargos.

C. Notificaciones (artículo 19) el acto administrativo de inicio deberá noticiarse de manera personal conforme las reglas traídas por el código procesal administrativo y de lo contencioso administrativo en sus artículos 65 al 73. .

D. Descargos e Intervenciones (artículo 20 al 22) se escuchará en versión libre y espontánea a la persona vinculada y realizar toda una labor probatoria como visitas

técnicas, toma de muestras, exámenes de laboratorio, mediciones, caracterizaciones y todas aquellas actuaciones que estime necesarias y pertinentes para determinar con certeza los hechos constitutivos de infracción y completar los elementos probatorios, importante es indicar que en esta etapa cualquier persona puede intervenir en el PASA aportando pruebas para corroborar la ocurrencia del hecho que se reprocha. Esta labor probatoria llevara al funcionario a cesar el procedimiento o a formular cargos.

E. Cesación de procedimiento o Formulación de Cargos (artículo 23 – 24) si presentasen cualquiera de las situaciones descritas de manera taxativa en el artículo 9 de la ley que estudiamos esto es muerte del investigado cuando es una persona natural, Inexistencia del hecho investigado, Que la conducta investigada no sea imputable al presunto infractor, Que la actividad esté legalmente amparada y/o autorizada, se deberá proferir acto administrativo que cese el PASA y el archivo de las diligencias; pero si se llegare a probar la existencia del daño y ausencia de una de las causales antes citadas se procederá a formular cargo contra el presunto infractor de la normatividad ambiental o causante del daño ambiental; el pliego de cargos deben estar expresamente consagradas las acciones u omisiones que constituyen la infracción e individualizadas las normas ambientales que se estiman violadas o el daño causado y este deberá ser notificado personalmente o por edicto dentro de los cinco (5) días siguientes a su formulación.

F. Descargos (artículo 25) el presunto infractor podrá presentar descargos por escrito y aportar o solicitar la práctica de las pruebas que estime pertinentes y que sean conducentes, esto con el objeto de garantizar el derecho de defensa y contradicción.

G. Práctica de Pruebas (artículo 26) el periodo probatorio se desarrollara en un plazo máximo de 30 días prorrogables por un periodo, para ello la autoridad ambiental ordenará la práctica de las pruebas que hubieren sido solicitadas de acuerdo con los criterios de conducencia, pertinencia y necesidad. Además, ordenará de oficio las que considere necesarias.

H. Decisión (artículo 27) vencido el plazo anterior en un plazo de 15 días hábiles el funcionario en nombre de la autoridad ambiental hecha una valoración juiciosa de las pruebas mediante acto administrativo motivado determinara o no la responsabilidad del infractor de la norma ambiental y determinara la responsabilidad del infractor imponiendo la sanción a que haya lugar, deberá ser notificado con bases en las reglas del código procesal administrativo y de lo contencioso administrativo artículo 65 - 73 y contra este acto administrativo proceden los recursos de que trata el artículo 74 del Cpaca.

Las sanciones de que trata esta ley serán principales y accesorias las que se impondrán acorde a la gravedad de la conducta del infractor y estas serán (artículo 40) Multas diarias hasta por cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes, Cierre temporal o definitivo del establecimiento, edificación o servicio, Revocatoria o caducidad de licencia ambiental, autorización, concesión, permiso o registro, Demolición de obra a costa del infractor, Decomiso definitivo de especímenes, especies silvestres exóticas, productos y subproductos, elementos, medios o implementos utilizados para cometer la infracción, Restitución de especímenes de especies de fauna y flora silvestres, Trabajo comunitario según condiciones establecidas por la autoridad ambiental; sin embargo las medidas preventivas (artículo 36) serán la Amonestación escrita, Decomiso

preventivo de productos, elementos, medios o implementos utilizados para cometer la infracción, Aprehensión preventiva de especímenes, productos y subproductos de fauna y flora silvestres, Suspensión de obra o actividad cuando pueda derivarse daño o peligro para el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana o cuando el proyecto, obra o actividad se haya iniciado sin permiso, concesión, autorización o licencia ambiental o ejecutado incumpliendo los términos de los mismos.

2.1.3.2. La Consulta Previa. Cualquier tipo de intervención que se vaya a realizar en los territorios de las comunidades étnicas y que ponga en riesgo su cultura, su territorio, usos y sus derechos ancestrales debe ser objeto de consulta, para que esa comunidad consienta o no en dicha intervención; esa consulta que es obligatoria hacerle a las comunidades étnicas, por mandato de la corte constitucional por medio de su jurisprudencia se constituye en un derecho fundamental de titularidad colectiva.

Desde la adopción del Convenio 169 de la O.I.T. a través de la Ley 21 de 1991, el Estado Colombiano viene desarrollando un marco Constitucional, Jurisprudencial y Legal en pro de la protección real y efectiva de los Derechos Colectivos de las minorías étnicas y de sus integrantes individualmente reconocidos.

Uno de los más grandes logros de todo este progreso Constitucional y Normativo, es que se ha elevado a la categoría de fundamental el Derecho a la Consulta Previa para los Pueblos Indígenas y Tribales que hacen parte de la pluriétnia y multiculturalidad que conforman esta Nación, de cara a los artículos 7, 8 y 10 de Nuestra Carta Magna, sin embargo a pesar de su carácter de fundamental, no existe la ley estatutaria que la regule, lo que

puede llegar a convertirse en otro tropiezo para alcanzar la protección efectiva de dicho Derecho Fundamental de titularidad Colectiva, aunque hay quienes argumentan, que existe suficiente reglamentación en la materia y que permitir la implementación de la ley estatutaria es abrir la puerta para que el Gobierno Nacional desmonte los parámetros constitucionales alcanzados mediante el Convenio 169 del OIT, pues han sido públicas las voces de Gobierno y del sector empresarial que han manifestado que la Consulta Previa con minorías étnicas se ha convertido en un obstáculo para el Desarrollo de la Nación. La mayor evolución de la consulta previa está en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, la que en reiteradas oportunidades ha indicado que:

“la consulta previa constituye un instrumento básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social” (Corte Const., Sala Plena. Sentencia C- 175, 2009).

En sentencia SU-039 de 1997 que fue reiterada en la sentencia T – 652 de 1998 la Corte tuvo la oportunidad de examinar la relación entre los proyectos extractivos y de desarrollo y el deber de consulta previa a comunidades étnicas. En efecto, la Corporación encontró que la explotación de recursos naturales en los territorios tradicionalmente habitados por las comunidades indígenas origina fuertes impactos en su modo de vida, y por esa razón ratificó la doctrina constitucional de unificación relativa a la protección que debe el Estado a tales pueblos, y de manera muy especial consideró que en esos casos, su derecho a ser previamente consultados tiene carácter de fundamental:

La explotación de los recursos naturales

en los territorios indígenas hace necesario armonizar dos intereses contrapuestos: la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en los referidos territorios para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (art. 80 C.P.), y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas que ocupan dichos territorios, es decir, de los elementos básicos que constituyen su cohesión como grupo social y que, por lo tanto, son el sustrato para su subsistencia. Es decir, que debe buscarse un equilibrio o balance entre el desarrollo económico del país que exige la explotación de dichos recursos y la preservación de dicha integridad que es condición para la subsistencia del grupo humano indígena (Corte Const., Sala Sexta de Revisión. Sentencia T- 622, 2016).

Igualmente en sentencia C- 1051 de 2012 y que fuere reiterada en la ya citada sentencia T – 622 de 2016, la corte dijo que:

Los grupos étnicos requieren para sobrevivir y para desarrollar su cultura del territorio en el cual están asentados. A lo anterior, se agregó que “desde ese punto de vista, el aprovechamiento de los recursos naturales que se encuentran en tales territorios, mediante el desarrollo de actividades comunes como la caza, la pesca y la agricultura, ‘es un asunto trascendental para la definición de la identidad particular y diversa de dichos pueblos’, lo que conlleva, entonces, el derecho de las comunidades a participar e intervenir en las decisiones que guarden relación con tales actividades. (Corte Const., Sala Sexta de Revisión. Sentencia T- 622, 2016).

Posteriormente en la sentencia T-576 de

2014 y que fuese retirada esta posición en la multicitada sentencia T – 622 de 2016, la corte al referirse al derecho de consulta previa de unas comunidades excluidas de ser convocadas por no poseer un título colectivo pese a estar organizadas, por lo que estas decidieron demandar en tutela y frente a lo cual el máximo tribunal de lo constitucional amparo el derecho fundamental de las comunidades a la Consulta previa señalando: [...] que de lo que se trata, es de garantizar que los pueblos indígenas y tribales cuenten con la oportunidad de pronunciarse sobre aquellos proyectos o decisiones que puedan alterar sus formas de vida, incidir en su propio proceso de desarrollo o impactar, de cualquier manera, en sus costumbres, tradiciones e instituciones (Corte Const., Sala Sexta de Revisión. Sentencia T- 622, 2016).

El Gobierno nacional en aras de cumplir e implementar el derecho fundamental a la consulta previa expidió la Directiva Presidencial 01 de 2010, cuyo propósito fue dar aplicabilidad a los mandatos constitucionales y los compromisos internacionales ratificados por el Estado colombiano en lo que respecta al derecho a la consulta previa de comunidades étnicas. La directiva señala los mecanismos para la aplicación de la Ley 21 de 1991, las actuaciones que requieren la garantía del derecho, y los procedimientos mediante los cuales debe adelantarse la consulta previa (Rodríguez, 2014, págs. 55 - 56)

Con la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) vuelve y se hace alusión a la consulta previa una nueva referencia en el artículo 46 cuando se dice: “La consulta obligatoria”, haciendo mención a la obligación de realizarla cuando quiera que la Constitución o la ley, ordenen su realización (Rodríguez, 2014, p.57).

Por último, el Gobierno Nacional expidió la Directiva Presidencial 10 de 2013, por medio de la cual se estableció una “Guía para la realización de la consulta previa”, donde se daban los lineamientos que se deberían seguir como protocolo de coordinación de las entidades estatales para la materialización de los principios de eficiencia administrativa, economía y transparencia en los procesos de consulta previa en medidas administrativas. Para reglamentar los instructivos de la directiva de la referencia, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2613 de 2013 por medio del cual se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la consulta previa (Rodríguez, 2014, p.57).

Estos importantes mecanismos de protección y defensa de los derechos colectivos al medio ambiente y derechos étnicos, diseñados por el Estado como instrumentos adecuados para resguardar el núcleo esencial de los derechos de las comunidades étnicas en Colombia, en la práctica como antes lo indicamos han tenido resultados poco efectivos, porque la deforestación producida por el aprovechamiento forestal y minera legal e ilegal sigue realizándose a gran escala en los territorios protegidos, afectando como de lógica de resulta ser, no solo el medio ambiente por los estragos que produce el aprovechamiento ilícito y mecanizado de los recursos naturales, sino, también los derechos colectivos y fundamentales de las comunidades que los habitan, en razón a la estrecha relación y al valor que tiene el territorio para los grupos étnicos, por ser este su escenario de desarrollo de sus prácticas medicinales, culturales; además de esta el territorio íntimamente ligado a las creencias y a la subsistencia misma de sus habitantes, lo que la corte constitucional llamo el derecho biocultural.

3. Conclusiones

Los territorios colectivos de comunidades indígenas, afrocolombianas o negras tienen carácter de especial protección, esto en razón a su estrecha relación ancestral a la tierra en la que derivan su sustento, su pervivencia y la práctica de su cultura y costumbres ancestrales; por ser de especial protección por parte del estado las intervenciones que se realicen en estos territorios deberán respetar siempre su derecho a la diferencia étnica (práctica de usos y costumbres), aplicando mecanismos de participación a la población antes de la intervención como es el caso de la explotación de recursos naturales renovables y no renovables como lo es la consulta previa, figura esta de participación de la comunidad en los asuntos que los afecten que por mandato constitucional es un derecho fundamental de titularidad colectiva.

Además de la consulta previa existen otros mecanismos constitucionales que tienen igual fin de proteger los territorios donde se asientan los grupos étnicos, territorios estos que como ya se dijo poseen una protección constitucional, por ello la constitución también ha dispuesto de acciones constitucionales para su defensa contra la intervención de agentes externos como lo es la acción popular y la acción de grupo, esta última que si bien tiene un carácter reparatorio se origina en gran medida por el desconocimiento de derechos colectivos y que afectan igualmente derechos de carácter individual; igualmente las autoridades ambientales cuentan con la potestad sancionadora para imponer sanciones a quienes transgredan las normas ambientales, previo a un proceso administrativo donde se respetaran las garantías propias de un proceso.

En la práctica estos territorios vienen siendo invadidos por grandes empresas o grupos

ilegales los que fundan su actividad criminal en el sustento que se deriva de la extracción de minerales, sin que dicha actividad en los territorios protegidos sea consultada y menos se haga de manera sostenible, recayendo en una conducta ilícita reprochada por la normativa penal dentro del catálogo de delitos ambientales, delitos estos que en el marco del proceso de paz con las Farc ep, al momento de aplicar la jurisdicción especial para la paz y en específicamente las amnistías se constituye en un delito conexo con el delito político, pues resulta ser inocultable que los mismos grupos ilegales como las Farc ep y Eln son propietarios de entables mineros donde de manera ilícita se hace explotación de oro y platino; como también de entables de explotación de árboles maderables que se venden a muy altos precios en el mercado.

La situación de la minería ilegal en Chocó y que fue abordada en la sentencia T – 622 de 2016, ampliamente estudiada en este trabajo, tal y como lo afirmo dicha corporación:

[...] Es tan alarmante que recientemente, organismos internacionales como la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito -UNODC-, han proferido informes específicos sobre la explotación de oro en Chocó en los que confirma la grave situación que vive la región por cuenta de la minería ilegal²⁴⁴. Dicho informe manifiesta que “existe preocupación de los ciudadanos en general por el reciente auge de la explotación de oro de aluvión en el territorio colombiano, que no está enmarcado en la normatividad vigente para el desarrollo de esta actividad y que en muchos casos implica la creación de una cadena productiva que financia y fortalece la delincuencia organizada (Corte Const., Sala Sexta de Revisión. Sentencia T- 622, 2016).

La intervención de estos grupos y agentes externos a la comunidad en su territorio en muchas ocasiones es coaccionada por grupos ilegales y autorizada por la comunidad de modo irregular producto de sobornos de propietarios de maquinaria y entables mineros, coacción que de no acceder los conllevaría al desplazamiento forzado, muertes, amenazas y desapariciones; como también siendo un territorio que por los efectos del conflicto interno no permite que los lugareños lo exploten en debida forma mediante el cultivo y minería artesanal (mazamorreo, barequeo) los hace vulnerables a las ofertas de explotadores del recurso natural.

Como corolario de todo lo anterior es importante indicar que ni la consulta previa, ni las acciones constitucionales, el sancionatorio ambiental, los delitos ambiental y menos la facultad sancionadora, de las autoridades ambientales, han constituido en una herramienta efectiva para la protección de los territorios protegidos de las comunidades negras e indígenas, esto a raíz del aumento inusitado de la explotación minera y forestal en los territorios colectivos, los que de un lado esta autorizados por títulos mineros autorizados por el gobierno que afectan los derechos ancestrales de los grupos étnicos porque son en gran parte sus territorios los que mediante título minero son autorizados desde la ciudad de Bogotá, explotación que si bien goza de la autorización del estado, causa un daño igualmente grave al medio ambiente y el entorno ambiental-físico-cultural de quienes ancestralmente los ocupan, ya que la intervención legal (título minero) los obliga a modificar o limitar el ejercicio de sus actividades cotidianas ancestrales (pesca, agricultura, conservación de la madre tierra) en espacio donde se realiza la actividad de explotación, claro sin desconocer que estos deberán “hacer un aprovechamiento sostenible” y al terminar la actividad tratar de restaurar el daño ambiental ocasionado; pero

por el otro lado esos mismos territorios y otros que no están bajo licencia minera pero que son explotados de manera ilegal por grupos ilegales y personas nacionales y extranjeras dedicadas a esta actividad que afectando otros derechos causan mucho más daño a las comunidades étnicas en su entorno, no solo afectan el derecho colectivo al medio ambiente sano, el derecho fundamental al territorio, a la cultura, a sus usos y costumbres, sino que afectan igualmente derechos fundamentales como la libertad, la locomoción, derecho a la libre asociación, la libertad de expresión entre otros.

Con la decisión emitida por la corte constitucional contenida en la sentencia T-622 de 2016 donde ordena suspender todo tipo de actividad minera en los territorios protegidos y parques nacionales, constituye una reivindicación de los derechos de las comunidades étnicas, porque se constituye en un hito en la toma de decisiones en busca de la efectividad de los derechos Bioculturales de los afros e indígenas que establecen su modo de supervivencia una relación directa en los niveles económico, culturales, sociales, familiares, recreativos, ambientales, entre otros con su entorno y los recursos que lo componen (Ríos, Bosques, especies), ya que su cosmovisión está íntimamente ligada al territorio, para que esta medida sea efectiva la corte constitucional ordeno:

[...] al Ministerio de Defensa, a la Policía Nacional - Unidad contra la Minería Ilegal, al Ejército Nacional de Colombia, a la Fiscalía General de la Nación, a las gobernaciones de Chocó y Antioquia y a los municipios demandados³³⁹, en conjunto con las comunidades étnicas accionantes y con el acompañamiento del Ministerio de Relaciones Exteriores, que diseñen e implementen dentro de los seis (6) meses siguientes a la notificación de esta providencia, un plan de acción conjunto para

neutralizar y erradicar definitivamente las actividades de minería ilegal que se realicen no solo en el río Atrato y sus afluentes, sino también en el departamento de Chocó, ello aunado a un plan integral que permita recuperar las formas tradicionales de subsistencia y alimentación. En este sentido, la Corte reitera que es obligación del Estado colombiano judicializar y erradicar definitivamente toda actividad minera ilegal y restablecer los derechos de las comunidades étnicas que habitan (territorios protegidos de) la cuenca del Atrato. (Corte Const., Sala Sexta de Revisión. Sentencia T- 622, 2016).

Referencias

- Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. (5 de Junio de 1957). Convenio N° 107. *Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribuales*. Ginebra. Recuperado de: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2007/5550>
- Congreso de la Republica de Colombia. (15 de agosto de 2001). Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones. [Ley 685 de 2001]. DO: 44.545.
- Congreso de la Republica de Colombia. (18 de enero de 2011). Código Procesal Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Ley 1437 de 2011]. DO: 47.956.
- Congreso de la Republica de Colombia. (21 de julio de 2009). Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones. [Ley 1333 de 2009]. DO: 47.417.
- Congreso de la Republica de Colombia. (22 de diciembre de 1993). Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA. [Ley 99 de 1993]. DO: 41.146.
- Congreso de la Republica de Colombia. (24 de julio del 2000). Código Penal. [Ley 599 de 2000]. DO: 44.097.
- Congreso de la Republica de Colombia. (24 de junio de 2011). Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. [Ley 1453 de 2011]. DO: 48.110.
- Congreso de la Republica de Colombia. (27 de agosto de 1993). Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política. [Ley 70 de 1993]. DO: 41.013.
- Congreso de la Republica de Colombia. (30 de Diciembre de 2016). Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones. [Ley 1820 de 2016]. DO: 50.102
- Congreso de la Republica de Colombia. (5 de agosto de 1998). Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. [Ley 472 de 1998]. DO: 43.357.
- Congreso de la Republica de Colombia. (Julio 30 de 2013). Por medio de la cual se reglamentan los artículos 63, 70 y 72 de la constitución política de Colombia en lo relativo al patrimonio cultural sumergido. [Ley 1675 de 2013]. DO: 48.867.
- Constitución Política de Colombia. (1991). 2. Ed. Legis.
- Contraloría General de la Republica. (2017). Informe de Auditoría Codechoco Vigencia 2016. Control Fiscal, Contraloría General de la Republica - Gerencia Colegiada Choco, Quibdó.
- Corte Constitucional Colombia. Sala Octava de Revisión. (5 de Agosto de 2015). Sentencia T - 485, 2015. Expediente T-3.720.675 y T-3.779.765. MP: MYRIAM AVILA ROLDAN.
- Corte Constitucional Colombiana, Sala Octava de Revisión. (1 de Abril de 2014). Sentencia T - 197, 2014. Expediente T-4117622. MP: ALBERTO ROJAS RÍOS.
- Corte Constitucional Colombiana, Sala Tercera de Revisión. (12 de Mayo de 1993). Sentencia T- 188 de 1993. Expediente T-7281. MP: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta de Revisión. (5 de julio de 2011). Sentencia T- 517, 2011. Expediente T-2.972.247 MP: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (24 de Agos-

- to de 2011). Sentencia C-630 de 2011. MP: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión. (23 de Mayo de 2011). Sentencia T - 433, 2011. Expediente T-2918340. MP: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión. (10 de Noviembre de 2016). Sentencia T- 622, 2016. Expediente T-5.016.242. MP: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (5 de Diciembre de 2012). Sentencia C- 1051 de 2012. MP: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava de Revisión. (17 de octubre de 2003). Sentencia T- 955 de 2003. MP: Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (14 de Abril de 1999). Sentencia C-215 de 1999. MP: MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (18 de Marzo de 2009). Sentencia C- 175, 2009. Expediente D-7308. MP: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión. (13 de Junio de 2014). Sentencia T - 379, 2014. Expediente T-4.252.263 MP: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión. (29 de junio de 2017). Sentencia T – 415 de 2017. MP: Alejandro Linares Cantillo.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas. (13 de Septiembre de 2007). ONU. Recuperado el 21 de 04 de 2017, de http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf
- Defensoría del Pueblo. (2015). *La Minería Sin Control, Un Enfoque desde la Vulneración de los Derechos Hu-* *manos*. Bogotá, Colombia: Defensoría del Pueblo.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (DANE). (2005). Censo Poblacional.
- Díaz, J. & Gast-Harders, J. M. (2009). *El Choco Biogeográfico de Colombia*. (S. M. Veira, Ed.) Cali, Colombia: I/M Editores. Recuperado de: www.imeditores.com/banocc/choco/introduccion.htm
- Güiza-Suárez, L. (2008). Efectividad de los Instrumentos Administrativos de Sanción y Exigencia de la Reparación del Daño Ambiental en Colombia. *Estudios Socio jurídicos*, 10(1), 307 - 355.
- La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. (7 de Junio de 1989). Convenio N° 169. *Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*. Ginebra. Recuperado de: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100910.pdf
- Maya, J. F. (2004). *Los Derechos Colectivos y su defensa A través de las Acciones Populares y de Grupo*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Naciones Unidas. Asamblea General. (10 de diciembre de 2007). Sobre los derechos de los pueblos indígenas. [Resolución 61/295 de 2007].
- Organización de los Estados Americanos. (OEA). (14 de Junio de 2016). Declaración Americana Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. *AG/RES. 2888 (XLVI-O/16)*. Recuperado el 21 de 04 de 2017, de <http://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>
- Presidente de la Republica de Colombia. (12 de octubre de 1995). Por el cual se reglamenta el Capítulo III de la Ley 70 de 1993, se adopta el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las "Tierras de las Comunidades Negras" y se dictan otras disposiciones. [Decreto 1745 de 1995]. DO: 42.049.

Presidente de la Republica de Colombia. (19 de noviembre de 1991). Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. [Decreto 2591 de 1991]. DO: 40.165.

Presidente de la Republica de Colombia. (7 de octubre de 2014). Por el cual se crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas hasta que el Congreso expida la ley de qué trata el artículo 329 de la Constitución Política. [Decreto 1953 de 2014]. DO: 49.297.

Rodríguez, G. A. (2014). *De la Consulta Previa al Consentimiento Libre, Previo e Informado de los Pueblos Indígenas en Colombia* (1 ed.). Bogotá, Colombia: Ibáñez. Universidad del Rosario.

Tovar, A. P. (1960). *Los Cantares Tradicionales del Baudó*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Recuperado de: www.banrepcultural.org/blaavirtual/modosycostumbres/cantares/index.htm

Vélez, M. A. (12 de Septiembre de 2014). Minería ilegal en territorios colectivos. *La Silla Vacía*. Recuperado de: <http://lasillavacia.com/elblogueo/blog/mineria-ilegal-en-territorios-colectivos-48595>

Vivas, W. Y. (2014). *Debido Proceso y Acciones Constitucionales*. Bogotá, Colombia: Doctrina y Ley.