



MEMORANDO



20131200148603

8/11

Bogotá, 06-11-2013

PARA : Carolina Contreras Ramírez
 Grupo de Control Interno Disciplinario

DE: Oficina Asesora Jurídica.

ASUNTO: Investigación Disciplinaria No. 013-2011

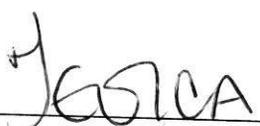
En atención a su comunicación con No. 20135200137593 en la que solicita concepto jurídico relacionado con el agotamiento de la consulta previa a las comunidades afro-descendientes y demás grupos étnicos nacionales, esta Oficina Asesora se permite dar respuesta a sus inquietudes en el mismo orden que fueron presentadas, así:

- a. ***"Precisar si el trámite de consulta previa, debe realizarse a instancias del proceso de licenciamiento ambiental o a instancias del proceso de otorgamiento del título minero."***

Cuando la Corte Constitucional estudió la exequibilidad de las normas mineras, en especial de los artículos 121 y 122 relativas a la consulta previa, señaló que en el desarrollo de las actividades mineras se debía dar cumplimiento a lo establecido en el parágrafo del artículo 330 de la Constitución Nacional y al Convenio 169 de la OIT ratificado mediante la Ley 21 de 1991.

El parágrafo del artículo 330 de la Constitución establece: *"La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades"*.(Destacado fuera de texto)

Ahora bien, el Convenio 169 de 1989 estableció como obligación del Estado consultar a los grupos étnicos que habiten en su territorio cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas que puedan llegar a **afectarles directamente**, este deber surge en la medida en que se afecten sus vidas, creencias, instituciones, bienestar y las tierras que ocupan, por lo que se les debe dar la oportunidad de participar en la formulación, aplicación, y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles.

FIRMA RECIBIDO: 	FECHA RECIBIDO: 06/11/13 Jin Anexos
--	---



20131200148603

La Corte Constitucional en la sentencia C-063 de 2010, explicó que hay una afectación directa cuando la medida tiene mayores efectos en las comunidades que en el resto de la población. Así mismo ha señalado que se presume una afectación directa cuando se trata de temas sobre los cuales los pueblos indígenas tienen derechos constitucionales específicos; por ejemplo, en materia de educación¹. **Dicha presunción igualmente existe cuando se trata de asuntos relacionados con el territorio ancestral, por el mandato expreso del artículo 330 C.P.;**

Así las cosas, para esta Oficina Asesora es claro que en materia minera es obligatorio por mandato constitucional realizar la consulta previa cuando se va a desarrollar una actividad minera en zonas donde existan grupos étnicos.

Ahora bien, en cuanto a su inquietud sobre cuál es el momento de realizar la consulta previa, esta Oficina Asesora considera que en la etapa precontractual de conformidad con el artículo 16 del Código de Minas, el proponente minero todavía no tiene ningún derecho para realizar actividad alguna sino únicamente un derecho de prelación para que se le estudie por parte de la Autoridad Minera su solicitud, por lo que no es procedente requerir la consulta previa en dicha etapa sino únicamente cuando se tiene cierta certeza de la posibilidad de desarrollar actividades mineras.

Ahora bien, en cuanto a establecer el momento de realizar dicha consulta, se considera pertinente tener en cuenta que la Corte Constitucional mediante sentencia T - 693 de 2011 señaló diferentes casos donde se estableció el deber de consulta previa en diferentes etapas:

En la **sentencia SU-039 de 1997**^[1] la Corte tuteló el derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad indígena para realizar **actividades de explotación de hidrocarburos** en áreas del resguardo de la comunidad. En la **sentencia T-769 de 2009**^[4], la Corte tuteló el derecho a la consulta previa, entre otros, debido a que se había concedido autorización para la exploración y explotación de una mina, sin consultar con antelación a sus miembros. En consecuencia, la Corporación ordenó **suspender las actividades de exploración y explotación** hasta que no fuera agotada la consulta y se materializara el consentimiento libre, informado y previo. Posteriormente, en la **sentencia T-547 de 2010**^[5], la Corte precisó que los actos

¹ Corte Constitucional, Sentencia C - 317 de 2012.

[1] M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[4] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[5] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

FIRMA RECIBIDO:	FECHA RECIBIDO:
-----------------	-----------------



20131200148603

administrativos que preceden el desarrollo de un proyecto de infraestructura –en ese caso portuaria, como la respectiva licencia ambiental, así como la ejecución misma del proyecto, deben ser consultados previamente a las comunidades étnicas, no solamente cuando el proyecto se ubica dentro de los resguardos de las comunidades, sino también **cuando se planea realizarlos en territorios de usos ancestrales y donde las comunidades desarrollan prácticas tradicionales.**

En la **sentencia T-1045A de 2010**^[7], la Corte amparó el derecho a la consulta previa, el cual había sido vulnerado por el otorgamiento un particular de una concesión minera para la **explotación** aurífera, dentro del territorio de su **asentamiento ancestral.**

Por último, en la **sentencia T-129 de 2011**^[8], la Corte amparó los derechos a la consulta previa y a la integridad y supervivencia cultural, entre otros, de la etnia Embera-Katío ubicada en los **resguardos** Chidima-Tolo y Pescadito, departamento de Chocó, y precisó que la consulta debe hacerse antes no sólo de comenzar la exploración de los recursos naturales, sino **antes de llevar a cabo las actividades de prospección.**

Así las cosas, se observa como la Corte Constitucional ha determinado el deber de consulta previa en diferentes momentos y dependiendo de cada caso en concreto, ya que depende del tipo de afectación a la comunidad, la zona específica donde se va a realizar la afectación directa y su relación con las tradiciones de la comunidad afectada, por lo anterior, esta Oficina Asesora concluye que en las actividades mineras no se puede establecer un momento determinado sino dependerá de la forma en que se realicen las actividades de exploración o explotación mineras y la relación que tenga la comunidad con el entorno donde se van a desarrollar dichas actividades.

En todo caso, en la actualidad el Ministerio del Interior se encuentra impulsando el Proyecto de Ley de Consulta previa, al cual deberá sujetarse la autoridad minera.

b. "Indicar si la consulta previa procede para el otorgamiento del contrato de concesión o para la etapa de explotación."

Tal como se mencionó en respuesta anterior, esta Oficina Asesora considera que en las actividades mineras no es posible establecer un momento determinado para efectuar la consulta previa, por lo que resulta necesario verificar las condiciones que se presentan en cada caso en concreto.

^[7] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

^[8] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

FIRMA RECIBIDO:

FECHA RECIBIDO:



20131200148603

En todo caso, esta Oficina Asesora determina que no es procedente requerir la consulta previa en la etapa precontractual, sino únicamente cuando se tiene cierta certeza de la posibilidad de desarrollar actividades mineras.

c. "Señalar qué autoridad debe hacer la consulta previa a las comunidades Afro descendientes y Negras y grupos étnicos nacionales"

En cuanto a las autoridades para adelantar el proceso de consulta previa, debe señalarse que la misma se realizará a través del Ministerio del Interior, Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías para las Comunidades Indígenas y la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras para las Comunidades negras. Esta misma entidad certificara quienes son los representantes de las Comunidades debidamente acreditados para adelantar dicho procedimiento.

En los anteriores términos, esperamos haber absuelto sus inquietudes, señalando que el presente concepto se emite con base en la información suministrada y de conformidad con el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, razón por la cual, su alcance no es de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente,


ANDRES FELIPE VARGAS TORRES
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Revisó: AFVT

Proyectó: AMBT

Número de radicado que responde: 20135200137593

Tipo de respuesta Total (x) Parcial()

FIRMA RECIBIDO:

FECHA RECIBIDO: