



SR0009

343  
833  
1179  
1177

MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y  
DESARROLLO TERRITORIAL

RESOLUCIÓN NÚMERO

0157 04 FEB. 2011

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

LA DIRECTORA DE ECOSISTEMAS DEL MINISTERIO DE AMBIENTE,  
VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL

En ejercicio de las facultades delegadas por el Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial mediante la Resolución No. 1393 del 8 de Agosto de 2007, y en especial las conferidas por el numeral 18 del artículo 5 de la Ley 99 de 1.993, el artículo 6 numeral 10 del Decreto ley 216 de 2003, y

CONSIDERANDO

ANTECEDENTES

Que mediante Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009, este Ministerio a través de la Dirección de Ecosistemas negó la solicitud presentada por la empresa GEOFISING E.U., para la sustracción de un parte de la Zona de la Reserva Forestal de la Serranía de los Motilones establecida por el Artículo 1º de la Ley 2ª de 1959, ubicada al norte de los municipios de Teorama y Tibú en el departamento de Norte de Santander.

Que a través de escrito radicados con los números 4120-E1-7658-C1 y 4120-E1-7802 las empresas GEOFISING E.U. y PROMEXCO S.A., PROMINORTE S.A. Y SOMIGAR S.A., a través de los señores Jairo Cuellar y Gonzalo Escobar García respectivamente, interpusieron recursos de reposición en contra del citado acto administrativo.

ARGUMENTOS DE LOS RECURRENTES

- I. Los argumentos expuestos por la empresa GEOFISING E.U. en el recurso aludido son los siguientes:

La solicitud de sustracción con fines de explotación minera se presenta en ejercicio del derecho que tiene los particulares de explotar los recursos naturales con la autorización del Estado y en ejercicio del derecho fundamental al trabajo previsto en la Constitución Política. Acerca del Derecho al Trabajo se citan apartes de la sentencia T-419 de 1992

*"Los derechos fundamentales son los que corresponden al ser humano en cuanto a tal, es decir, como poseedor de una identidad inimitable, caracterizada por su racionalidad que le permite ejercer sus deseos y apetencias libremente, de ahí que se le reconozca la dignidad Humana que la coloca en situaciones de superior en el universo social en el que se desenvuelve, y por ello es acreedor de*

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

*derechos que le permiten desarrollar su personalidad humana y sin los cuales se vería discriminada, enervada y aún suprimida. "Son los derechos fundamentales..., ...le preservan el derecho al trabajo..., su juzgamiento debe respetar el debido proceso,...etc."*

Se cita también el artículo 85, literal 1 de la Constitución Política de Colombia que enumera los derechos fundamentales de aplicación inmediata como son el Derecho al Trabajo y al Debido Proceso:

*"1.- Es deber del estado de acuerdo a sus fines, garantizar, fomentar y promover el derecho al trabajo, como una actividad que se fundamenta en la dignidad humana y en la libertad del hombre, facilitando las condiciones necesarias para su ejecución y proveyendo mecanismos que busquen la efectividad de lo preceptuado en un Estado de Derecho."*

GEOFISING E.U. considera que el proyecto presentado constituye para las comunidades que habitan la región: a) Alternativas de desarrollo social, económico y cultural para la región. b) Un marco sostenible ambiental que proporcionará beneficios al ecosistema. c) Respeto a las comunidades indígenas vecinas, instituciones y autoridades, se garantiza desde ya una participación integral en la toma de decisiones.

La Resolución 2365 de 2009 en lo alusivo al proceso de consulta previa expresa textualmente en sus consideraciones lo siguiente:

*"En este sentido, el área en que se plantea el desarrollo de la actividad minera no debe desconocer la existencia de un territorio ancestral, el cual no se limita al área que se encuentra circunscrita al resguardo Motilón- Barí, sino que incluye los territorios que ancestralmente han pertenecido a dicha etnia, y por lo tanto deben ser objeto de Consulta Previa, al amparo de los contenidos del Convenio 169 de la OIT y de la sentencia T880 de 2006, que en su punto quinto dice textualmente "ordenar a los Ministerios del Interior y de Justicia y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y a ECOPETROL S.A. inaplicar, en los procesos de consulta que habrán de adelantarse con el Pueblo Indígena Motilón Barí, por manifiesta incompatibilidad con la Carta política, el Decreto 1320 de 1998; en su lugar, consultar a las autoridades los procedimientos y límites de espacio y tiempo que serán utilizados para adelantar las consultas definitivas, de buena fe, utilizando para el efecto métodos apropiados y con el fin de llegar a un acuerdo".*

*A este respecto de acuerdo con lo establecido en la Sentencia T-880 de la Corte Constitucional, el Ministerio del Interior y Justicia se encuentra trabajando un procedimiento concertado de Consulta Previa específico para la región, conjuntamente con los representantes de la etnia Motilón Barí, el cual, solo hasta cuando haya sido debidamente culminado y formalizado, permitirá desarrollar Consulta Previa para cualquier clase de proyecto en esta zona del país (Ver Copia de Radicado 4120-E1-94840 y 4120-E1-95049). En este mismo sentido, existe una solicitud formal por parte de la Corporación Colectivo de Abogados Luis Carlos Pérez y ASOCBARI, de suspender entre otros, el trámite que adelanta Geofising E.U en la zona de interés, ya que desconoce la realización del proceso de consulta previa con las comunidades Barí y demás pobladores del área. Dicha solicitud se adelantó a través de un Derecho de Petición, radicado mediante el número 4120-E1- 59655 de junio de 2009 y será incluida en el expediente correspondiente."*

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

Con base en lo anterior, la empresa GEOFISING E.U. expresa que no se ha cumplido el trámite para resolver la referida petición de sustracción de un área en la zona de reserva forestal de la Serranía de Los Motilones y que la determinación adoptada por medio de la Resolución 2365 de 2009, desconoce el derecho que tiene los peticionarios a que su propuesta sea conocida y consultada con las comunidades que habitan la región en donde se desarrollaría el proyecto de sustracción propuesto.

Así mismo expresa el representante legal de GEOFISING E.U: que la Resolución 2365 de 2009 *"desconoce el debido proceso, previsto en el artículo 29 de la Constitución Política, ya que pone fin al procedimiento invocado en la solicitud sin haberse cumplido en la sentencia T880 de 2006 y en el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, que estipula que los gobiernos deben consultar en esta clase de decisiones a los pueblos indígenas interesados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente."*

Sobre el debido proceso el Representante Legal de GEOFISING E.U. cita que, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 29 de la Constitución Política *"El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas"*. Así mismo se cita la sentencia T-492 de 1992 que al respecto señala *"...es aplicable a toda clase de actuaciones que se realicen en los estrados judiciales e igualmente es válido para toda actividad de administración pública en general, sin excepción de ninguna índole y sin ninguna clase de consideraciones sobre el particular:"*

Se puede colegir que la empresa GEOFISING E.U. considera que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, para emitir la Resolución 2365 de 2009 debió haber considerado las disposiciones de la Sentencia T880 de 2006, por lo cual se debió haber dado el trámite de Consulta Previa, en aras de no afectar con esta decisión a las comunidades indígenas, ya que tales medidas pueden beneficiar o perjudicar a dichas comunidades. Así mismo el representante Legal de GEOFISING E.U: expresa que el Ministerio, a pesar de que la empresa por él representada cumplió con la presentación de toda la información requerida, no agotó el trámite relacionado con la consulta previa, a pesar del tiempo transcurrido entre la presentación de la solicitud de sustracción y la emisión de la resolución mencionada.

La empresa GEOFISING E.U, expresa como consideración importante que el Ministerio no evaluó en su totalidad la información presentada en el estudio, debido a que han transcurrido cuatro años desde el momento de la iniciación del trámite y la emisión de la Resolución 2365 de 2009, y las condiciones de la región han cambiado desde ese entonces, razones que son ajenas a GEOFISING E.U., exponiendo textualmente que *"...de donde las conclusiones que se adoptaron no son consonantes con la situación que en la actualidad puede presentarse en el área objeto de solicitud de sustracción."*

En relación con la zona amortiguadora del Parque Nacional Natural Catatumbo Bari, la empresa GEOFISING E.U, expresa que esta no se encuentra definida y que por lo tanto carece de fundamento que este Ministerio estime que al encontrarse el proyecto en el área de influencia del mencionado Parque Nacional conformará parte de la zona de amortiguación del mismo.

Por otra parte la empresa GEOFISING E.U señala que la decisión contenida en la Resolución 2365 de 2009 no estudia ni valora aspectos de trascendental

344  
552  
1178

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

II. Los argumentos expuestos por las empresas PROMEXCO S.A., PROMINORTE S.A. Y SOMIGAR S.A., a través del señor Gonzalo Escobar, en el recurso aludido son los siguientes:

En primer lugar se debe señalar que el recurrente *"manifiesta expresamente que se interpone el presente recurso en forma independiente, y dando por terminada la relación que anteriormente existió entre dichas compañías y la firma GEOSFISING E.U."*, no obstante, por tratarse del mismo asunto, se procederá a resolver los dos (2) recursos a través del mismo acto administrativo.

Precisado lo anterior, a continuación se citan los argumentos del recurrente.

1. Inexistencia de Territorios Indígenas

Expresa el recurrente que en la zona donde se desarrollará el proyecto no existen comunidades indígenas ni negras, por cuanto no han sido constituidos resguardos donde se encuentran los títulos mineros y en la demás áreas donde se desarrollará el proyecto minero.

Señala que se si trata de territorio ancestral, estaríamos frente a un área que resulta absolutamente indeterminada y por tanto su invocación es arbitraria.

Así mismo expresa que se debe dar aplicación al Decreto 1320 de 1998, que señala la necesidad de determinar claramente la existencia de zonas de resguardo o reservas indígenas o que tratándose de zonas no tituladas, estas se encuentran habitadas en forma regular y permanente por dichas comunidades.

De igual forma, señala que en este caso no es aplicable la Sentencia T-880 de la Corte Constitucional, por cuanto esta versó sobre un proyecto específico (El Alamo) de Ecopetrol y que en este caso las circunstancias son diferentes, especialmente por cuanto no se ha dado inicio a actividades extractivas.

Sobre este aparte señala que cuál puede ser el fundamento legal para que pueda suponerse que las normas (leyes y decretos) puedan modificarse por concertaciones entre una comunidad y un ministerio en contra del interés general de los demás colombianos que de buena fe intentan realizar actividades de desarrollo sostenible. Reafirma este argumento bajo el supuesto que el artículo 13 del Código de Minas, expresa que la industria minera en todas sus ramas y fases están declaradas de utilidad pública. Así mismo, cita apartes de una supuesta sentencia, a través de la cual se declaró exequible el Código de Minas en relación con el Convenio 169 de la OIT (Ley 21 de 1991), no obstante, no identifica la sentencia de que se trata.

2. Reglamentación del Uso del Suelo. EOT- Reserva Forestal Ley 2ª de 1959.

Expresa el recurrente que no existe el interés objetivo sobre la viabilidad de efectuar la sustracción de la reserva forestal, por cuanto se invocan normas reglamentarias del uso del suelo expedidas por el Concejo Municipal de Teorama. Lo anterior bajo los siguientes supuestos:

2.1 Que las normas que regulan las reservas forestales nacionales, iniciando por la Ley de 1959 permiten la sustracción de estas áreas y que estas reservas deben ordenarse, encontrándose el Ministerio de Ambiente en mora de hacerlo.

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

2.2 Las disposiciones contenidas en los EOT municipales no pueden ser contrarios a las disposiciones de los artículos 5, 10 y 37 del Código de Minas, en tal sentido, las disposiciones del EOT no pueden ser aplicadas a las minas y al aprovechamiento de los minerales regulados por el Código de Minas. Por lo anterior, señala que no debe darse aplicación al EOT del Municipio de Teorama, y debe procederse a adelantar la evaluación del estudio técnico presentado para la sustracción de la reserva forestal.

3. Inexistencia de la Zona de Amortiguamiento del Parque Nacional Natural Catatumbo – Barí.

Sobre este aspecto señala que se deben individualizar las solicitudes de los títulos, porque no todos los títulos se encuentran a cien (100) metros del Parque Nacional Natural Catatumbo – Barí.

Señala así mismo, que la zona amortiguadora del parque citada no se encuentra declarada y que estas no surgen por la colindancia del parque, ni por la simple definición que haga una norma reglamentaria o a través de la resolución recurrida, como pretende por este Ministerio. Señala que en Colombia no pueden imponerse restricciones, sino de conformidad con los artículos 121 y 333 de la Constitución Política.

Destaca el recurrente la importancia de la actividad minera, la causación de regalías, de empleos, y demás beneficios sociales y económicos.

Así mismo expresa que "no se considera conveniente que haya hecho carrera que con motivaciones decididamente superficiales puedan estarse sustrayendo en forma creciente vastas zonas del territorio nacional, de las posibilidades del desarrollo integralmente concebido". Señala que no se han efectuado estudios técnicos, ni se ha expedido la norma de creación de la zona amortiguadora, por lo que dicha área no existe, así mismo, expresa que tampoco se han establecido las restricciones de las zonas amortiguadoras que permitan determinar la incompatibilidad con las actividades mineras.

En conclusión señala, que no existe superposición o interferencia alguna entre el área de los títulos mineros y la zona amortiguadora de PNN Catatumbo- Barí. A lo cual agrega, que la inexistencia de dicha zona amortiguadora es clara a la luz de que se ha efectuado la inscripción de los títulos citados en el Registro Minero, que se constituye como única prueba de los actos y contratos sometidos a ese requisito.

4. Argumentos Técnicos del Recurso

Sobre este aspecto, las empresas PROMEXCO S.A., PROMINORTE S.A. Y SOMIGAR S.A., a través del señor Gonzalo Escobar, en el recurso aludido señalan lo siguiente:

En relación con los aspectos técnicos su Despacho señala a partir de la Página 54:

*"Que en el Programa de Gestión Social, no se incluyen estrategias para el manejo de la afectación por el proyecto en términos de oferta y demanda de servicios: específicamente lo relacionado con el de acueducto; igualmente, acorde con lo establecido en los términos de referencia, no se*

345  
HPT  
1179

***"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"***

*especifican aquellas acciones conducentes al manejo del tema de salud ocupacional.*

*Con respeto a las acciones planteadas en el proyecto Desarrollo Agroindustrial en el Corregimiento de La Gabarra, es preciso que se cuente con la anuencia de la población que estará involucrada en su desarrollo, ya que puede resultar en algo impuesto y en consecuencia no tener éxito en su implementación."*

De acuerdo con lo indicado en la Sección V. Aspectos de manejo ambiental, numeral 1. Programas de gestión social, del documento "Estudio sustentario de compatibilidad minera en la reserva forestal del Municipio de Teorama" presentado en el año 2006, los proyectos incluidos en los Programas de Gestión Social son el resultado del análisis de la situación de la región durante los estudios que se terminaron en el año 2006, pero tanto los programas como los cronogramas para su implementación pueden variar, dependiendo de la situación técnica, económica, social y ambiental que se presente en el momento de su implementación, por lo tanto en el momento en que se vayan a ejecutar estos programas se hará necesario actualizar los programas de gestión social teniendo en cuenta las necesidades en ese momento de la población y lógicamente contando con la anuencia de la población.

De otro lado en varias de las fichas presentadas se hace referencia al tema de salud ocupacional y a las obras de infraestructura, lo que al momento de su implementación, no excluyen el acueducto.

*"Que el Programa de seguimiento debe estar estructurado, no solamente en la correcta ejecución de obras mediante las acciones de una interventoría, sino de manera que permita evaluar la ejecución de los planes de manejo ambiental en los diferentes programas que se plantearon, el comportamiento del entorno ambiental en relación con los impactos y su manejo por parte del operador del proyecto minero."*

Con base en lo incluido en la sección V. Aspectos de manejo ambiental, numeral 7. Programa de seguimiento, del documento "Estudio sustentario de compatibilidad minera en la reserva forestal del Municipio de Teorama" presentado en el año 2006, se indica que:

"El programa de seguimiento tiene como objetivo evaluar la evolución ambiental y social del área por medio del control de determinados parámetros de acuerdo con el elemento que se esté evaluando. Con este programa se vigilará el cumplimiento de los programas ambientales propuestos con una interventoría realizada por un equipo profesional que será el responsable de evaluar la efectividad de las medidas, y de velar por su adecuada ejecución.

Para ello se realizará control permanente durante la ejecución de las medidas. Y la realización de las obras propuestas dentro de este documento, con el fin de que estas tengan la calidad necesaria y cumplan el propósito para el que fueron diseñadas.

Otra de las funciones del programa de seguimiento será evaluar los resultados del programa de monitoreo y proponer modificaciones a las medidas ambientales o establecer medidas adicionales cuando fuera necesario."

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

Igualmente en cada una de las fichas incluidas en el numeral 1, de la Sección V, citada anteriormente, se indican las medidas de monitoreo de seguimiento.

*"Que no es concreta la vía que utilizarán para el transporte del carbón, en razón a que se plantean infraestructuras cuya ejecución dependen de la voluntad del gobierno venezolano en efectuar este tipo de explotación, aspecto que le resta viabilidad de efectuarse. De otro lado, se plantea la construcción de una carretera o ferrocarril de unos 120 km que conecten a La Gabarra con Curumaní en el Cesar, e igualmente se mencionan los aspectos que la obra implicará en términos de infraestructura del desarrollo minero; sin embargo, cualquiera que sea la alternativa de vía de transporte que se viabilice, gran parte de su trazado se hará dentro de la zona de reserva forestal de la Ley 2a lo cual sería objeto de sustracción."*

Es importante considerar que en la zona existen varios carreteables como el de Río de Oro-La Gabarra-El 19-Tibú a los que pueden darse mantenimiento para operar el proyecto, de acuerdo con la viabilidad técnica y económica que se determine en el Estudio de Factibilidad, adicionalmente existen otras opciones que pueden ser consideradas como la de beneficiar el carbón para la generación de energía, cumpliendo todos los requisitos legalmente exigidos, por lo que tales alternativas viales se consideran, sin perjuicio de que el INVÍAS u otros entes estatales a los que corresponde la competencia para la construcción de vías desarrollen otras y no los particulares a los que sólo les corresponden las vías internas de los proyectos.

*"Que la presentación de propuestas de áreas a compensar debe considerar en primera instancia los suelos de protección incluidos en el EOT del municipio de Teorama y la coordinación con CORPONOR para definición de áreas prioritarias para adquirir y recuperar en el área de su jurisdicción, por lo cual el argumento esgrimido en el texto no se considera pertinente, y por el contrario se observa que no se ha dado en las fases de elaboración de la propuesta, un acercamiento a las autoridades ambientales y entes territoriales que tienen incidencia en el área."*

Como antes se indicó, de acuerdo con la legislación el EOT no puede restringir un título minero con base en el uso del suelo (Art. 313-7 CP y Ley 388 de 1997, Art. 33: Ordenamiento territorial que reglamenta los usos del Suelo), ver 4.3 conflictos uso del suelo del documento de: documento "Adiciones y modificaciones al estudio sustentatorio de compatibilidad minera en la reserva forestal al norte del municipio de Teorama", de marzo de 2007.

*"Que el Mapa Anexo G. no incluye el límite de la Reserva Forestal de la Serranía de Los Motilones, por lo cual no es posible visualizar la ubicación de las diferentes áreas de compensación. Así mismo el polígono correspondiente a la zona C, se encuentra parcialmente dentro del área solicitada en sustracción por lo cual se considera que no se entendió bien, que las medidas de compensación por el proceso de sustracción de dicha Reserva Forestal son diferentes a las contempladas en el Plan de Manejo en términos de restaurar toda el área objeto de la actividad minera."*

Los límites de la Reserva Forestal de la Serranía de Los Motilones, creada por la Ley 2ª de 1959, son de carácter público por lo que se encuentran a disposición de cualquier persona, en especial de los funcionarios del MAVDT, por lo tanto si no se incluyeron en el Mapa Anexo G, podían haber sido consulados por ustedes

346  
426  
482  
1180

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

fácilmente, dado que el documento entregado contiene los polígonos de cada una de las áreas de compensación planteadas.

En el documento que será entregado para cada uno de los títulos mineros, se definirán en forma separada, tanto las medidas de compensación como las áreas respectivas

*"Que las medidas compensatorias no están enmarcadas en criterios de restauración, sino simplemente revegetalización en sitios que CORPONOR y el solicitante han determinado como prioritarios, pero que no se argumenta de que manera contribuirán a recuperar los ecosistemas que van a ser objeto de intervención. Así mismo, la propuesta de revegetalizar las márgenes del río Catatumbo en una extensión de 674 hectáreas, con la especie Guadua angustifolia, tal como se expresa en la página 16 del documento respuesta la (sic) oficio con radicado 2400-E2-105179 de 15 de septiembre de 2008...", es una medida que no se ha definido en respuesta a la recuperación de la funcionalidad de un ecosistema en virtud del daño ecológico que el proyecto va a generar, ni está basada en un enfoque de restauración que considere especies que hacen parte de la sucesión natural existente en los ecosistemas afectados."*

En el documento que será entregado para cada uno de los títulos mineros se definirán en forma separada, tanto las medidas de compensación como las áreas respectivas.

*"Adicionalmente se plantea: "Una vez el MAVDT defina el área a sustraer será válido la compra de predios, con el fin de no crear falsas expectativas ... sobre lo cual nos parece que el solicitante desconoce los planteamientos contenidos en los términos de referencia. Así mismo, no es pertinente pensar en que las áreas a compensar por fuera de la reserva forestal deben proceder de predios baldíos de la nación ya que no es la empresa Geofising E.U. la que decide el destino que dichos predios deben tener, así como tampoco que estos predios sean los que correspondan a áreas de compensación por el uso de los recursos que se va dar, en virtud de los derechos adquiridos ante la Autoridad Minera."*

Se trata de no generar expectativas de alza de precios y conflictos con los propietarios y poseedores de la zona. Es necesario esperar a que su Despacho y el INCODER decidan definitivamente antes de proceder a la adquisición de predios a cualquier título y modo en relación con las medidas de sustitución requeridas.

*"Que el estudio plantea tres categorías de manejo que hacen referencia a Áreas de no exclusión, Áreas de intervención con restricciones y áreas de intervención, cuyas definiciones no son claras, o en algunos casos van más allá de las competencias que un proyecto tiene en temas como el de determinar proyectos forestales productivos en el marco de una solicitud de sustracción para un proyecto minero e incluso la parcelación para construcción de vivienda que le compete a las autoridades municipales o al INCODER (se subrayan ejemplos), como se describe....*

(...)

c) *Área minera forestal: se plantea dedicarlas a las labores de minería con actividades de reforestación y mantenimiento forestal, donde se hará el*

347  
837  
483  
1181

**"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"**

aprovechamiento de plantaciones forestales para la minería subterránea bajo ciertas limitaciones, construcción de obras relacionadas con la minería que no requieren de grandes extensiones, dentro estarían las bocaminas e infraestructura relacionada con malacates y tolvas entre otros, también se plantea la apertura de vías con sus respectivas obras de arte y para el manejo ambiental. Adicionalmente, se plantea permitir la construcción de infraestructura relacionada con el aprovechamiento forestal y transporte del material, patios de acopio, al igual que las parcelaciones para la construcción de vivienda e infraestructura para el establecimiento de usos compatibles. Se propone prohibir actividades industriales diferentes a la minería y a la forestal, al igual que la construcción de urbanizaciones o loteo para construcción de viviendas en agrupación y cualquier otro uso que cause deterioro al suelo".  
(Subrayado fuera de texto)

En el documento que será entregado para cada uno de los títulos mineros, se definirán en forma separada las categorías de las áreas de manejo y su delimitación precisa.

*"Con relación a la afirmación del MAVDT relacionada a que en el estudio no se menciona el tamaño del yacimiento carbonífero, en la región de Río de Oro, su tamaño se infiere, teniendo en cuenta las áreas de todos los títulos mineros que se incluyeron en la solicitud inicial de sustracción, otorgados por la autoridad minera y que fueron solicitados para sustracción de la Reserva Forestal Los Motilones: unos 20 km de longitud en el sentido del rumbo de los mantos de carbón (Norte-Sur) y unos 12 km de ancho en el sentido del buzamiento (Oriente-Occidente)."*

En las áreas de los títulos mineros de PROMEXCO y PROMINORTE-SOMIGAR, el yacimiento carbonífero tiene unos 7 km de longitud en el sentido del rumbo de los mantos de carbón (Norte-Sur) y 7 km en el sentido del buzamiento de estos (Oriente- Occidente).

*Con relación al planteamiento a que se refieren en la página 64 de la Resolución 2365 del 19 de diciembre de 2009, relacionado con que:*

*"...no es factible desarrollar el proyecto minero que la Empresa Geofising E.U. plantea, en el cual la intervención tanto por "minería a cielo abierto" como "subterránea" implicaría la remoción de las 5707 hectáreas solicitadas..."*

En la página 34 se presenta una tabla donde se relacionan las diferentes zonas de sustracción planteadas por GEOFISING E U., así:

	Area de botaderos y escombreras	Area de explotación minera	Area minera forestal	Area de acopio de suelo	Area de Infraestructura minera	Area de reserva de recursos hídricos	Area forestal productora
FCI-151	1630024	726453	2631870	369137			12958047
EDE-081	359177	9135652	537813	849146	1502251	145306	2297654
EAL-081	770282	3716777					
122-93	4147621	4053775	323860	614219		41481	449862
EBJ-081	310312	1143777				79158	
FAL-101		876585	75675	135504		133460	706430
Otras	112513	589921	162312			65409	3818928
Total	7329929	20242940	3731530	1968006	1502251	464814	20230921

**"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"**

De esta tabla y de la respuesta al radicado 2400-105179 de 2008, punto 1, se puede inferir lo siguiente:

- De las áreas propuestas para sustracción, incluyendo las que denominan "por fuera de los títulos" y relacionadas con botaderos y escombreras, de explotación minera, de acopio de suelo y de infraestructura minera, las cuales suman un total de 3.104 ha y 31.26 m<sup>2</sup>, son las que se intervendrían mediante la remoción total o parcial de la cobertura vegetal y de los suelos.
- En el área que se determina como minera forestal, la cual tiene un área de 373 ha y 1.530 m<sup>2</sup>, su cobertura vegetal no se removería en su totalidad, pues en ella se plantea "...dedicarlas a las labores de minería con actividades de reforestación y mantenimiento forestal..."
- Teniendo en cuenta únicamente el área de los contratos FCI-151, EDE-081, EAL-081, 122-93 Y FAL-101, las áreas relacionadas con botaderos y escombreras, de explotación minera, de acopio de suelo y de infraestructura minera, suman un total de 3.034 ha y 692 m<sup>2</sup> y son las que se intervendrían mediante la remoción de la cobertura vegetal y de los suelos, mientras que el área denominada como minera forestal, que es la que se intervendría parcialmente por minería subterránea es de 356 ha y 9.218 m<sup>2</sup>. La suma de estas dos áreas da un total de unas 3.391 ha que se intervendrían total o parcialmente.
- Las áreas que se están planteando como área de reserva de recursos hídricos y forestal productora para la zona de sustracción teniendo en cuenta únicamente los títulos mineros FCI-151, EDE-081, EAL-081, 122-93 y FAL-101, las cuales tendrían una intervención mínima, tal y como se plantea en el documento, tienen un total de 2.316 ha

No es válida entonces la afirmación que se hace en la Página 64, donde se afirma que "...no es factible desarrollar el proyecto minero que la Empresa Geofising E.U. plantea, en el cual la intervención tanto por "minería a cielo abierto" como "subterránea" implicaría la remoción de las 5707 hectáreas solicitadas...", por cuanto se está afirmando que se va a remover la totalidad del área solicitada y no se está teniendo en cuenta:

- Que el área denominada como minera forestal se dedicará a "...labores de minería con actividades de reforestación y mantenimiento forestal. En ella se plantea hacer aprovechamiento de plantaciones forestales para la minería subterránea
- Que en el área denominada como forestal productora se dedicará al aprovechamiento forestal y se efectuaran actividades mineras sin afectar grandes extensiones
- Que en el área denominada de reserva de recursos hídricos sólo se permitirán actividades de bajo impacto tales como la captación de aguas y desagües provenientes de la actividad minera.
- Que en un proyecto de sustracción se puede determinar que toda el área solicitada podrá ser intervenida y presentar en el estudio las medidas de compensación, restauración, revegetalización o sustitución necesarias para la recuperación ambiental de ella.

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

*En el párrafo 6 la Página 53 de la Resolución 2365 del .09 de diciembre de 2009, no se tiene en cuenta la respuesta al radicado 2400-105179 de 2008, respuesta al punto 1, donde Geofising E.U. informa que la nueva área solicitada para la sustracción "...involucra sólo el área de los Títulos y Contratos de Concesión Minera, de la zona a sustraer..." y se refiere a 5707,73 ha.*

#### PETICIONES DE LOS RECURRENTES

##### I. Petición por parte de la empresa GEOFISING E.U.:

1. A través del presente recurso, y de conformidad con los argumentos expuestos, respetuosamente se solicita a la Dirección de Ecosistemas del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, en aras de la justicia, equidad y debido proceso, se revoque la Resolución 2365 del 9 de diciembre de 2009, y en su lugar se decida suspender la decisión definitiva de este trámite hasta tanto el Ministerio del Interior haya concluido el proceso de Consulta Previa pertinente como es su deber funcionalmente en representación del estado; y de igual manera, se haya definido por parte del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, la zona amortiguadora, de conformidad con las funciones que les corresponde en la forma prevista en las disposiciones legales y jurisprudenciales que se han citado.
2. Por otra parte, teniendo en cuenta los cambios internos y frecuentes del personal profesional asignado al estudio de evaluación del proyecto presentado por Geofising E.U., se hace necesario solicitar a su despacho, se cree un comité especial que conozca a fondo el área en cuestión, la normatividad vigente y el objeto de mi solicitud, a fin de que se me garanticen todos mis derechos, realizando una evaluación de los antecedentes que se han generado desde el 15 de septiembre de 2005 a la fecha y se me permita exponer ante este Comité todas las inquietudes que el comité a bien tenga frente a mi solicitud, garantizando entre otros derechos fundamentales el derecho al trabajo.

Así mismo que se evalúen las condiciones de la Zona de Reserva Forestal de la Serranía de los Motilones, en donde Geofising E.U. solicita la sustracción parcial de una mínima parte adjudicada por Ingeominas, con el fin de que no se me sigan causando daños y perjuicios que me llevarían a la quiebra frente a tan dilatado proceso.

Lo anterior teniendo en cuenta los fines de exploración y explotación de carbón que pretende Geofising E.U., tomando como ejemplo de lo sucedido en el caso de la mina de La Colosa en la jurisdicción del municipio de Cajamarca, departamento del Tolima, a la cual le asignaron de forma parcial un área para continuar con su proyecto.

3. Por lo anterior se solicitan como pruebas a tener en cuenta las normas planteadas en este documento, los anexos citados y adjuntados; y por último, se lleve a cabo la visita técnica al área solicitada, que consiste en 5.707 hectáreas en general; y en particular a los títulos mineros EDE-081 con 1.532 hectáreas y el FCI- con 1.862 hectáreas, adjudicadas para la sustracción de la Reserva forestal de la Serranía de Los Motilones, los cuales son de interés directo de Geofising E.U. y su representante legal,

345  
858  
484  
1182

**"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"**

con la finalidad de recorrer el territorio y establecer las condiciones ambientales y los biomas existentes a la fecha, con la presencia de representantes de Geofising, de las comunidades que allí habitan y del Ministerio Público, en aras de garantizar todos mis derechos.

**II. Petición por parte de PROMEXCO S.A., PROMINORTE S.A. y SOMIGAR**

Con fundamento en las anteriores consideraciones, me permito solicitarle:

1. Que se revoque la decisión de negar la sustracción de una parte de la Zona de Reserva Forestal de la Serranía de Los Motilones establecida por el Artículo 1 de la Ley 2 de 1959, en el área de los siguientes títulos mineros:

Contratos de Concesión: EAL-081 y EBJ-081  
Contrato de Minería en zona de Aporte: 122-93

2. Que por las razones expuestas en el presente escrito su Despacho ordene la expedición de nuevos términos de referencia con el fin de que en el término de ciento veinte días (120) se presente un documento en el que se complemente y modifique integralmente el estudio técnico de la sustracción que se desarrollará en relación exclusivamente con cada una de las áreas de los títulos mineros antes mencionados.
3. Subsidiariamente se solicita conceder un término de ciento veinte días (120) para presentar la información técnica para cada uno de los títulos mineros, relacionada con los requerimientos formulados por su Despacho a los que se hizo referencia en este escrito.
4. Que sólo en el presente caso se inaplique o declare la Excepción de inconstitucionalidad de la Sentencia T-880 de 2006, por resultar improcedente y por resultar su aplicación por vía general contraria a las normas constitucionales antes indicadas, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 42 de la Constitución Política y en su lugar se de aplicación al Convenio 169 de la OIT, al Art. 330 CP y el Decreto 1320 de 1998 que las reglamenta, declarando que en los términos de dichas normas no existen territorios indígenas legalmente constituidos en el área del presente proyecto y se ordene continuar con el trámite de la sustracción de la reserva forestal.
5. Se solicita a su Despacho la respuesta integral a todos los asuntos sometidos a su consideración en este Recurso de Reposición, de conformidad con los incisos segundos, respectivamente, de los Arts. 35 y 59 del C.C.A. y abstenerse en la decisión que decida el presente recurso de incluir otros asuntos no contenidos en él y en el acto recurrido, creando nuevos actos administrativos en la decisión que no estarían sujetos a los recursos de la vía gubernativa.

**CONSIDERACIONES JURÍDICAS DEL MAVDT**

De manera previa a resolver cada uno de los argumentos expuestos por los recurrentes, se estima importante señalar los siguientes aspectos jurídicos de manera general:

**"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"**

En el artículo 1 de la Ley 2 de 1959 se establecieron con el carácter de "Zonas Forestales Protectoras" y "Bosques de Interés General", las reservas forestales nacionales del Pacífico, Central, del río Magdalena, de la Sierra Nevada de Santa Marta, de la Serranía de los Motilones, del Cocuy y de la Amazonía, para el desarrollo de la economía forestal y la protección de los suelos, las aguas y la vida silvestre.

Como se puede apreciar, las áreas citadas tenían una vocación específicamente señalada en la Ley: "desarrollo de la economía forestal y la protección de los suelos, las aguas y la vida silvestre", de manera tal que para el desarrollo de actividades que pretendieran desarrollarse en su interior, que contrariaran esos objetivos, debía efectuarse la sustracción respectiva del área, como ocurre con las actividades agropecuarias o mineras. Este último aspecto se reiteró en el Artículo 210 del Decreto ley 210 de 2010, en el artículo 34 del Código de Minas, recientemente modificado por el artículo 3 de la Ley 1382 de 2010. Es pertinente aclarar que la posibilidad de efectuar la sustracción de las áreas de reserva forestal, no conlleva a que necesariamente se haga efectiva la misma, por cuanto dicha situación depende de una serie de aspectos normativos, ambientales, sociales, económicos y culturales.

La destinación de las reservas forestales, fue reiterada a través de los artículos 206 y 207 del Decreto ley 2811 de 1974 - Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente -, donde se expresa que se denomina área de reserva forestal la zona de propiedad pública o privada reservada para destinarla exclusivamente al establecimiento o mantenimiento y utilización racional de áreas forestales productoras, protectoras y productoras-protectoras, las cuales sólo podrán destinar al aprovechamiento racional permanente de los bosques que en ella existan o se establezcan garantizando para el efecto la recuperación y supervivencia de los mismos

Así mismo, el Artículo 210 de la misma norma, dispone que "Si en un área de reserva forestal o de manejo especial, por razones de utilidad pública o interés social definidas por el legislador, es necesario realizar actividades que impliquen remoción de bosque o cambio de uso del suelo, la zona afectada deberá, debidamente delimitada, ser previamente sustraída de la reserva o del área de manejo especial de que se trate".

De acuerdo a lo anterior, y teniendo en cuenta el numeral 18 del artículo 5 de la Ley 99 de 1993, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial es la entidad facultada para efectuar las sustracciones de las reservas forestales nacionales, para la realización de actividades señaladas en el artículo 210 del CNRR, es decir para proyectos de utilidad pública e interés social.

Las reservas forestales nacionales establecidas por la Ley 2 de 1959, tienen una evidente importancia para el desarrollo socioeconómico del país, por los innumerables bienes y servicios ambientales que ofrecen, la función vital en la conservación de los elementos de flora y fauna silvestres, los suelos y el agua, elementos constitutivos de los ecosistemas que encierran, y además por cuanto en ellas se encuentra la mayor parte del patrimonio forestal de la Nación. Lo anterior, sin desconocer la interrelación del componente forestal, con los demás recursos naturales renovables.

Por su parte, en los artículos 9, literal c) y 42 del Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente - Decreto Ley 2811 de 1974 se dispone que la utilización de los elementos ambientales o de los recursos

344  
839  
485  
1183

***"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"***

naturales renovables, debe hacerse sin que se lesione el interés general de la comunidad e igualmente se señala que pertenecen a la nación los recursos naturales renovables y demás elementos ambientales regulados por el citado código, que se encuentren dentro del territorio nacional.

Por su parte, el artículo 1 de la Ley 99 de 1993, el cual consagra los principios generales ambientales bajo los cuales se debe formular la política ambiental colombiana, en sus numerales 1 y 2 señala que el proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en las declaraciones de Río de Janeiro de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo y que la biodiversidad del país, por ser patrimonio nacional y de interés de la humanidad, deberá ser protegida prioritariamente y aprovechada en forma sostenible.

En el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 99 de 1993 se señala que corresponde a este Ministerio establecer las reglas y criterios de ordenamiento ambiental de uso del territorio formular la política nacional en relación con el medio ambiente para asegurar el desarrollo sostenible.

A su vez, el artículo 7 ibídem señala que se entiende por ordenamiento ambiental del territorio la función atribuida al Estado de regular y orientar el proceso de diseño y planificación de uso del territorio y de los recursos naturales renovables de la nación a fin de garantizar su adecuada explotación y su desarrollo sostenible.

Por su parte, el Decreto ley 216 del 3 de febrero de 2003, determinó los objetivos y la estructura orgánica del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; y en su artículo segundo dispuso que éste cumpliría además de las funciones allí señaladas, las dispuestas en la Ley 99 de 1993. En el numeral 10 del artículo 6 del decreto ley en cuestión, se señaló como función del Despacho del Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial declarar, delimitar, alinear y sustraer áreas de reserva forestal nacional.

Al perder áreas de la reserva forestal por cambio de uso del suelo para desarrollar actividades que no son coherentes con el objetivo para el cual fueron establecidas, es evidente que tal pérdida conlleva la necesidad evidente, en los casos que se estime pertinente, especialmente cuando no se presentan alteraciones en la conectividad ecológica y protección del suelo, que se establezcan medidas de compensación y/o de restauración a fin de que los impactos que se presentan sobre la misma y los recursos naturales renovables allí presentes o que interactúan con los mismos, se minimicen al máximo.

En todo caso, es importante reiterar que conforme a la Constitución Política, el Estado debe garantizar la prevalencia del interés general sobre el particular, que en este caso es el derecho a un ambiente sano, traducido en la necesidad de conservar y mantener áreas de importancia ecológica en la búsqueda del desarrollo sostenible.

Precisado lo anterior, y frente a los argumentos de los recurrentes, procederemos a retomar los puntos esgrimidos por las empresas PROMEXCO S.A., PROMINORTE S.A. Y SOMIGAR S.A., a través del señor Gonzalo Escobar, por cuanto se estima que con lo anteriormente expuesto y lo que se señalará a continuación, quedan resueltos desde el ámbito jurídico los argumentos de los dos recurrentes.

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

#### 1. INEXISTENCIA DE TERRITORIOS INDIGENAS

Sobre este aspecto, dada la importancia y especialidad del tema, se estima adecuado citar apartes de lo expuesto por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-030-02, donde se hace claridad frente a la materia;

En tal sentido, señaló la Corte:

*"(...)*

#### *4. Marco jurídico del derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta de las medidas administrativas o legislativas que los afecten directamente*

*4.1. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional<sup>1</sup>, en el marco del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural como valor constitucional y fundamento de la nacionalidad colombiana (C.P. arts. 7 y 70), y en el contexto de la definición de Colombia como una república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista (C.P. Art. 1), la Constitución Política otorga especial protección al derecho de participación de los grupos étnicos en las decisiones que los afectan.*

*Ha destacado la Corte que ésa especial protección se traduce en el deber de adelantar procesos de consulta con las comunidades indígenas y tribales para la adopción y la ejecución de decisiones que puedan afectarles, deber que es expresión y desarrollo del artículo primero de la Constitución, que define a Colombia como una democracia participativa, del artículo 2º, que establece como finalidad del Estado la de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, del artículo 7º Superior, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, del 40-2, que garantiza el derecho de todo ciudadano a la participación democrática y del artículo 70 que considera la cultura fundamento de la nacionalidad.*

*En ese contexto, la Corte Constitucional ha puntualizado que, en cuanto hace a los pueblos indígenas y tribales, una de las formas de participación democrática previstas en la Carta es el derecho a la consulta, previsto de manera particular en los artículos 329 y 330 de la Constitución, que disponen la participación de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios, y que tiene un reforzamiento en el Convenio número 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos.*

*4.2. Tal como se ha señalado por esta Corporación<sup>2</sup>, y como se desprende de su propio texto, el Convenio 169 de la OIT fue adoptado con base en una nueva aproximación a la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo, conforme a la cual era preciso eliminar la orientación hacia la asimilación que se había venido manejando, para, en su lugar, asentar el principio conforme al cual las estructuras y formas de vida de los pueblos indígenas y tribales son permanentes y perdurables, y la comunidad internacional tiene interés*

<sup>1</sup> Al respecto, se pueden consultar las Sentencias C-169 de 2001, SU-383 de 2003, C-620 de 2003, T-737 de 2005, y C-208 de 2007, entre otras.

<sup>2</sup> Sentencia SU-383 de 2003

350  
870  
H85  
1184

**"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"**

en que el valor intrínseco de sus culturas sea salvaguardado<sup>3</sup>.

En el marco del reconocimiento de "... las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven ..."<sup>4</sup>, el Convenio 169 de la OIT señala, en su capítulo de "Política General", que "[l]os gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad." Agrega el Convenio que dicha acción "... deberá incluir medidas: a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida."

Como se ha puesto de presente por la Corte, dentro del Convenio 169 tiene especial connotación y desarrollo el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la participación en la adopción y la aplicación de las decisiones que los afectan, aspecto que está previsto en distintas disposiciones del convenio y que, de manera general, se desarrolla en los artículos 6 y 7 del mismo, que enfatizan en la necesidad de que, para la aplicación de las disposiciones del Convenio, se asegure la participación de las comunidades, se establezcan mecanismo adecuados de consulta, se adelanten procesos de cooperación y se respete, en todo caso, el derecho de estos pueblos a "... decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural".<sup>5</sup>

De este modo, es posible apreciar que del marco del Convenio 169 de la OIT surgen dos grandes conjuntos de compromisos para los Estados signatarios, el primero, referido a las medidas que deben impulsar para obtener los fines propios del convenio en los distintos aspectos que son objeto del mismo, que, como se ha dicho, de una manera amplia, se orienta a promover las condiciones que permitan el desarrollo de los pueblos indígenas y tribales de un modo que respete la diversidad étnica y cultural, asegure los espacios de autonomía requeridos para ello y se desenvuelva en un marco de igualdad, y que específicamente se refiere a su relación con las tierras o territorios; a las condiciones de trabajo; a aspectos relacionados con la formación profesional, la artesanía y las industrias rurales; a salud y seguridad social; a educación y medios de comunicación y a contactos y cooperación a través de las fronteras, y el segundo que alude a la manera como deben adoptarse y ponerse en ejecución esas medidas y que tienen como elemento central la participación y el respeto por la diversidad y la autonomía.

El Convenio en distintos apartes se refiere de manera expresa a los compromisos de los Estados signatarios orientados a que, en la aplicación del mismo, se garanticen los espacios de participación y consulta compatibles con su objetivo

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> Preámbulo del Convenio 169 de la OIT

<sup>5</sup> Convenio 169, artículo 7

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

central, aspecto que, de manera general, es desarrollado en el artículo 6º del convenio en los siguientes términos:

#### *Artículo 6*

*1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:*

*a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;*

*b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;*

*c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.*

*2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.*

Cabe distinguir en la anterior disposición dos dimensiones del derecho de participación de los pueblos indígenas y tribales: Por un lado, la obligación contenida en el literal b) de establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; y, por otro, el deber de consulta previsto en el literal a) en relación con las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos.

De este modo, cuando se adopten medidas en aplicación del convenio, cabe distinguir dos niveles de afectación de los pueblos indígenas y tribales: el que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les conciernan, evento en el que debe hacerse efectivo un derecho general de participación, y el que corresponde a las medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente, caso para el cual se ha previsto un deber de consulta.

4.2.1. En cuanto tiene que ver con el derecho general de participación cabe señalar que el Convenio se orienta a obtener que se garanticen a los pueblos interesados unas oportunidades de participación que sean, al menos, equivalentes a las que están a disposición de otros sectores de la población, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan.

En Colombia, ese compromiso encuentra desarrollo, en primer lugar, en el hecho de que, en el ámbito de la democracia participativa previsto en el artículo 1º de la

551  
841  
489  
1185

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

Constitución, y del mandato general contenido en el artículo 2º, conforme al cual debe promoverse la participación de todos en los asuntos que los afecten, se consagra en el artículo 13 una garantía general de igualdad que proscribire toda forma de discriminación y contempla la obligación de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptar medidas a favor de grupos discriminados y marginados. De este modo, todos los colombianos, incluidos los pueblos indígenas y tribales, en igualdad de condiciones, tienen derecho, a tenor de lo dispuesto en el artículo 40 de la Carta, a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y tienen a su disposición los instrumentos de participación que se han previsto en el artículo 103 del mismo ordenamiento, no sólo los que corresponden a los mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía —el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato— sino también los que surgen de la posibilidad, prevista en el inciso segundo del artículo 103, de articularse libremente, con el apoyo del Estado, para la promoción de sus intereses, en asociaciones que tengan por objeto constituir mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan.

Adicionalmente, tal como se puso de presente en la Sentencia SU-383 de 2003, el ordenamiento constitucional ha abierto a las comunidades indígenas espacios concretos de participación, además de los establecidos para todos los colombianos, como los que resultan de la previsión conforme a la cual aquellas pueden elegir dos senadores en circunscripción nacional; o de la disposición a cuyo tenor la ley puede establecer una circunscripción especial para asegurar la participación de los grupos étnicos en la Cámara de Representantes<sup>6</sup>; o de la decisión de erigir los territorios indígenas como entidades territoriales<sup>7</sup>, que estarán gobernadas por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades, y con funciones muy amplias en ámbitos tales como la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios, el diseño de las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo, la colaboración con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional o la representación de los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; o de la consagración del derecho de estos pueblos a ejercer funciones jurisdiccionales en sus territorios de conformidad con sus normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República.

De manera específica ese derecho general de participación se manifiesta, en el ámbito de las medidas legislativas que conciernen a los pueblos indígenas, y tribales, (1) en la posibilidad que sus integrantes tienen de concurrir, en igualdad de condiciones con todos los colombianos, en la elección de sus representantes en las corporaciones de elección popular; (2) en el hecho de que, en desarrollo del carácter público del proceso legislativo, pueden conocer las iniciativas en trámite, promover discusiones, remitir conceptos, solicitar audiencias<sup>8</sup> y, (3) en las previsiones constitucionales sobre la circunscripción especial indígena, porque si

<sup>6</sup> Sentencia C-169 de 2001

<sup>7</sup> C.P. art. 329

<sup>8</sup> En el Capítulo IX de la Ley 5 de 1992 se regula la participación ciudadana en el estudio de los proyectos de ley, asunto en relación con el cual, en el artículo 230 se dispone que "Para expresar sus opiniones toda persona, natural o jurídica, podrá presentar observaciones sobre cualquier proyecto de ley o de acto legislativo cuyo examen y estudio se esté adelantando en alguna de las Comisiones Constitucionales Permanentes."

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

bien quienes allí resulten elegidos no representan formalmente a las distintas comunidades indígenas, si son voceros, de manera amplia, de su particular cosmovisión y pueden constituir efectivos canales de comunicación entre las células legislativas y las autoridades representativas de las comunidades indígenas y tribales.

Tratándose de medidas generales que de alguna manera conciernan a estas comunidades, este es el escenario apropiado de participación, sin perjuicio de la mayor o menor actividad que puedan desplegar, a través de sus distintas organizaciones, en la discusión pública de los asuntos que sean objeto de consideración en el Congreso de la República y de la gestión que dichas organizaciones puedan adelantar ante las diferentes instancias administrativas y legislativas.

4.2.2. En relación con el deber de consulta de las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, la Corte ha dicho que el mismo es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura<sup>9</sup> y que, cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación.<sup>10</sup>

4.2.2.1. En diferentes oportunidades la Corte se ha referido a ese deber de consulta, específicamente cuando el mismo se predica frente a medidas legislativas<sup>11</sup>.

En la Sentencia C-169 de 2001, la Corte se pronunció sobre el alcance del deber de consulta contenido en el literal a) del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT y puso de presente que de allí se desprende "... un compromiso internacional de gran amplitud, que obliga al Estado colombiano a efectuar el aludido proceso de consulta previa cada vez que se prevea una medida, legislativa o administrativa, que tenga la virtud de afectar en forma directa a las etnias que habitan en su territorio." Agregó la Corte que, por otro lado, el citado instrumento "... otorga a los Estados Partes un importante margen de discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan ..." y que, en ese contexto, "[d]ada la configuración constitucional del Estado colombiano, los órganos indicados para determinar cuándo y cómo se habrá de cumplir con la citada obligación internacional son, en principio, el Constituyente y el Legislador, ya que son éstos, por excelencia, los canales de expresión de la voluntad soberana del pueblo (art. 3, C.N.).", razón por la cual, concluyó la Corte, para determinar cuándo resulta obligatorio efectuar la consulta previa a los grupos étnicos, se debe acudir a "... los lineamientos constitucionales y legales existentes, éstos últimos en la medida en que no desvirtúen el objeto y finalidad del pluricitado Convenio, ni contraríen la plena vigencia de los derechos fundamentales de tales etnias."

<sup>9</sup> Sentencia C-208 de 2007

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> Sin perjuicio de los criterios que en distintas decisiones de tutela la jurisprudencia constitucional ha ido fijado en torno al alcance del derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa, se refiere la Corte en este caso, de manera específica, a aquellos pronunciamientos que han tenido por objeto delimitar esa consulta en relación con las medidas legislativas.

352  
542  
H88  
L186

***"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"***

En esa Sentencia puntualizó la Corte que la Constitución "... solo reconoció explícitamente la obligatoriedad de la consulta previa en el supuesto de hecho previsto por el párrafo del artículo 330 ...", conforme al cual en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades, y que la Carta guarda silencio en cuanto a las medidas, legislativas o administrativas, que se adopten en hipótesis distintas a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas. Agregó la Corporación en esa Sentencia, que mediante la Ley 99 de 1.993, se amplió el alcance de la anterior previsión constitucional a los casos de proyectos en territorios de comunidades negras, al disponer que "[l]a explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1.993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades"<sup>12</sup> y que en la Ley 70 de 1.993 se había previsto la realización de consultas a las comunidades negras en tres hipótesis: "a) en la definición del plan de manejo de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, cuando en ellos se encuentren familias o personas de comunidades negras que desarrollen prácticas tradicionales (art. 22); b) en la definición de la organización y el funcionamiento de los programas especiales de formación técnica, tecnológica y profesional para los miembros de dichas comunidades (art. 38); y c) en la conformación de la 'unidad de gestión de proyectos' que tendrá que existir en los fondos estatales de inversión social, para el apoyo de las comunidades negras en los procesos de capacitación, identificación, formulación, ejecución y evaluación de proyectos (art. 58)" y su participación "... en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socio-económico y cultural, que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere esta ley".<sup>13</sup>

La anterior doctrina fue reiterada por la Corte en la Sentencia C-418 de 2002, en la que declaró la exequibilidad condicionada de una disposición del Código de Minas relativa a la delimitación de las zonas mineras en territorios indígenas, "...bajo el entendido que en el procedimiento de señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas se deberá dar cumplimiento al párrafo del Artículo 330 de la Constitución y al Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991."

En esa Sentencia, la Corte puso de presente que la jurisprudencia constitucional

<sup>12</sup> La realización de la consulta previa en la hipótesis de explotación de recursos naturales en territorios étnicos, se encuentra regulada a nivel reglamentario por el decreto 1320 de 1.998.

<sup>13</sup> Con base en las premisas que se han esbozado, la Corte, en la Sentencia C-169 de 2001, concluyó que no se podía afirmar que "... el proyecto de ley estatutaria bajo revisión [que versaba sobre la circunscripción nacional especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos, las minorías políticas y los colombianos residentes en el exterior] deba surtir el trámite de la consulta previa a los grupos étnicos, puesto que no se puede catalogar bajo ninguna de las hipótesis indicadas arriba." Agregó la Corte que "[e]stá por fuera de toda discusión que la realización de una consulta de esa índole sería conveniente y deseable, y que, en el evento de realizarse, contaría con un sólido respaldo en el ordenamiento superior. Sin embargo, mai haría la Corte en prescribir como obligatorio un determinado procedimiento, que no ha sido previsto ni por la Constitución, ni por la Ley, para el trámite de proyectos normativos ante el Congreso de la República, mucho más tratándose de una ley estatutaria, cuyos requerimientos procedimentales se encuentran taxativamente enumerados en los artículos 153 y 157 de la Carta. En otras palabras, escapa a la competencia de esta Corporación la creación de trámites que no contempla el ordenamiento positivo, especialmente en casos como el presente, en los que existen disposiciones internacionales que refuerzan la libre apreciación del Legislador en la materia (cf. art. 150-1, C.P.)"

353  
843  
1129  
1187

**"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"**

"... ha estudiado en forma detenida lo relativo a las características, alcance y efectos de la proyección del derecho de participación como garantía de efectividad y realización del derecho fundamental a la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas cuando de la explotación de los recursos naturales se trata" y destacó por un lado los pronunciamientos de la Corte sobre los alcances del derecho de participación y, por otro, los rasgos principales que al mismo le han sido atribuidos por la jurisprudencia.

En relación con lo primero la Corte expresó:

*"El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la Ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos<sup>14</sup>. Ahora bien corresponde a cada Estado señalar, ya sea en*

<sup>14</sup> Sentencia T- 652 de 1998 que pone de presente la unificación jurisprudencial que en cuanto al tema del bloque de constitucionalidad que integra el convenio 169 de la OIT con el artículo 40 -2 de la Constitución, de conformidad con los artículos 93 y 94 de la Constitución, formulo la Sentencia SU 039 de 1997. En esta sentencia se puntualiza: // "Diferentes normas del mencionado convenio apuntan a asegurar la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que las afectan relativas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios, así: // 'Artículo 5o. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: // 'a) Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; // 'b) Deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos; // c) Deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo // Artículo 6o. 1.- Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: // 'a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; // b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados pueden participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan. // c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin // 2.- Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.// 'Artículo 7: Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. // Artículo 15. 1. Los derechos de los pueblos interesados en los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos // 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tengan derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.// "Con fundamento en los arts. 40-2, 330 parágrafo de la Constitución y las normas del Convenio 169 antes citadas, estima la Corte que la institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar: // "a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los

**"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"**

*la Constitución y en la ley los mecanismos idóneos para hacer efectiva la participación de las comunidades como un instrumento de protección de los intereses de éstas que como ya se expresó configuran proyección de los intereses de la propia sociedad y del Estado..."*

Sobre los rasgos especiales del derecho de participación, la Corte puntualizó que entre los mismos se encuentra el hecho de que la consulta *"... constituye un instrumento básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social<sup>15</sup>"*.

Posteriormente la Corte, en la Sentencia C-891 de 2002, señaló que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 330 de la Constitución y teniendo en cuenta *"... la vital importancia que el ordenamiento minero reviste para las comunidades indígenas y otros grupos étnicos, en la perspectiva de la exploración y explotación de recursos mineros yacientes en sus territorios ..."* y que *"... la relevancia de la participación de los pueblos indígenas en relación con la explotación de recursos naturales yacientes en sus territorios está directamente vinculada con el trascendental significado que ellos le dan al territorio ..."*, era posible concluir que el principio participativo consagrado en el artículo 2° de la Constitución Política adquiere matices más intensos en relación con las comunidades indígenas y se concreta en el derecho de consulta que se desprende del artículo 330 de la Constitución y que corresponde a las previsiones del Convenio 169 de la OIT, en particular a lo que sobre la materia se dispone en su artículo 6°.

En la Sentencia C-620 de 2003 la Corte puntualizó que era posible extraer las siguientes conclusiones en relación con el derecho de las comunidades indígenas sobre los recursos naturales existentes en su territorio:

*a. La jurisprudencia ha determinado que la protección a la identidad cultural de las comunidades indígenas es un derecho fundamental, cuyo reconocimiento está orientado a lograr la preservación de tales culturas.*

*b. Del anterior derecho se desprende el de participación de la comunidad indígena en la adopción de las decisiones que les conciernen y en especial en las relativas a la explotación de los recursos naturales ubicados en sus territorios, como expresamente lo prescribe el parágrafo del artículo 330 de*

*mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. // "b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares. // "c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada. // "Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. // "En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros"*

<sup>15</sup> Entre otras sentencias las T- 188 de 1993 – M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz-, T 342 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell , SU 039 de 1997, M.P. Antonio barrera Carbonell, C-825 de 2001 M.P. Martha V. Sáchica Mendez ,C- 825 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

334  
844  
490  
1188

**"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"**

la Constitución. Este derecho de participación, por la particular influencia que el medio ambiente tiene en la definición de los rasgos de las culturas indígenas, ha sido estimado también por la jurisprudencia constitucional como un derecho fundamental.

c. De conformidad con lo preceptuado por el artículo 15 del Convenio 169 de 1989 adoptado por la conferencia de la OIT, norma que por referirse a un derecho fundamental forma parte del llamado bloque de constitucionalidad, el derecho de participación de las comunidades indígenas en la adopción de las decisiones relativas a los recursos naturales de propiedad estatal ubicados en su territorio, como es el caso de la sal de las Minas de Manaure, debe hacerse efectivo mediante el mecanismo de la consulta previa. Dicho artículo, además, establece que los pueblos indígenas "deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades."

d. El convenio 169 no precisa la forma en la cual debe adelantarse la consulta previa a los pueblos indígenas en cuyo territorio se pretenden explorar o explotar recursos naturales de propiedad estatal. En tal virtud, corresponde al derecho interno definir ese asunto. La Constitución no señala tampoco el procedimiento que para ello debe llevarse a cabo ni la ley lo hace.

e. La jurisprudencia ha indicado al respecto que, teniendo en cuenta lo regulado por el artículo 34 del referido convenio de la OIT, según el cual "la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país", el compromiso del Estado colombiano de adelantar las mencionadas consultas es de gran amplitud y debe ser interpretado flexiblemente según las circunstancias. Sin embargo ha precisado que dado que el derecho a la consulta tiene por objeto garantizar la participación en la adopción de las decisiones que afectan a las comunidades, no puede consistir en una simple información a dichos entes colectivos, sino que debe propiciar espacios de concertación en la escogencia de las mediadas.

f. Finalmente, debe tenerse en cuenta que la consulta, como mecanismo de participación en la adopción de decisiones y de garantía de la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales, es obligatoria en cuanto a su verificación, pero no sustrae de la competencia de las autoridades la adopción final de la medida legislativa o administrativa, como en general sucede con todos los mecanismos de concertación."

Más recientemente, la Corte, en la Sentencia C-208 de 2007 expresó que la obligación impuesta al Estado, de consultar previamente a los grupos étnicos cada vez que se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente, es expresión concreta de los artículos 329 y 330 del mismo ordenamiento, que prevén la participación previa de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios.

Adicionalmente, la Corte, en esa providencia, retomando lo que ya había expresado en la Sentencia C-620 de 2003, señaló que existe un nexo muy claro

***"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"***

entre la consulta como mecanismo de participación y la defensa de la integridad cultural de las comunidades étnicas, a partir de lo cual reiteró la posición adoptada por la Corte en la Sentencia T-737 de 2005, conforme a la cual *"...la importancia del Convenio 169 de 1989 la OIT y en especial del instrumento de consulta previa que se prevé en su artículo 6, radica particularmente no solo en que dicho proceso consultivo se surta de manera previa cuando quiera que se trate sobre la explotación de recursos naturales existentes en territorio, sino porque dicha consulta previa habrá de hacerse extensiva a todas aquellas decisiones administrativas y legislativas del Estado que afecten o involucren intereses propios de dichas minorías, aún cuando sean diferentes a lo señalado en el artículo 330 de la C.P., pues de esta manera se garantiza igualmente el derecho a su identidad. Así, la consulta previa que señala el Convenio 169 tendrá cabida respecto de todos aquellos casos que así se requiera y en los que se comprometan los intereses del pueblo indígena."*

La Corte, en la Sentencia SU-383 de 2003 hizo un pormenorizado recuento del desarrollo legislativo del derecho constitucional de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados, recuento que se inscribía en el contexto conforme al cual *"[r]esulta de especial importancia para el asunto en estudio, además, reiterar que el Convenio 169 de la OIT<sup>16</sup>, y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa conforma con la Carta Política bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 del ordenamiento constitucional, no sólo porque el instrumento que la contiene proviene de la Organización Internacional del Trabajo y estipula los derechos labores de dichos pueblos -artículo 53 C.P.- sino i) en virtud de que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios, prevista en el artículo 330 de la Carta, no puede ser entendida como la negación del derecho de éstos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles -artículo 94 C.P.-, ii) dado que el Convenio en cita es el instrumento de mayor reconocimiento contra las discriminaciones que sufren los pueblos indígenas y tribales, iii) debido a que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente sobre las decisiones administrativas y legislativas que los afecten directamente es la medida de acción positiva que la comunidad internacional prohija y recomienda para combatir los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas de intolerancia conexas que afecta a los pueblos indígenas y tribales -Declaración y Programa de Acción de Durban- y iv) debido a que el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que no se negará a las minorías étnicas el derecho a su identidad."*

Finalmente, en la Sentencia T-382 de 2006, la Corte, a propósito de una demanda de tutela que versaba, precisamente, sobre el trámite legislativo del proyecto de Ley Forestal, hizo un completo recuento de la jurisprudencia relevante en materia de la consulta a los pueblos indígenas y tribales en relación con las medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarlos directamente. Concluyó la Corte que *"...el derecho fundamental de consulta previa tiene asidero dentro del trámite legislativo"*, pero que, *"sin embargo, la influencia que el derecho pudiera ejercer sobre tal potestad está condicionada a los instrumentos que haya fijado la Constitución o la ley para intervenir en las iniciativas parlamentarias, siempre que éstos permitan cumplir con el objeto esencial de la consulta previa"* y que, al

<sup>16</sup> Sobre el bloque de constitucionalidad que conforman los Convenios de la OIT con la Carta Política puede consultarse, entre otras, la Sentencia T-1303 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"

respecto la jurisprudencia constitucional ha precisado que "... el gobierno puede echar mano de, por ejemplo, talleres preparatorios que tengan por objeto forjar el consentimiento completo, libre, previo e informado de las comunidades indígenas afectadas, a partir de los cuales se procure y gestione, de buena fe, un consenso real y lo más universal posible alrededor de la medida legislativa."

4.2.2.2. Con base en el anterior recuento jurisprudencial, encuentra la Corte que es necesario avanzar en la precisión en torno al alcance y al contenido del deber de consulta previsto en el literal a) del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, particularmente en cuanto tiene que ver con la consulta de las medidas legislativas que sean susceptibles de afectar directamente a las comunidades indígenas, aún cuando no estén circunscritas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios (CP art. 330) o a la delimitación de esos mismos territorios (CP art. 229). En esta materia es preciso, entonces, establecer tres aspectos: (1) ¿Cuándo resulta obligatoria, de acuerdo con el literal a) del Convenio 169 de la OIT, la consulta previa de una medida legislativa? (2) ¿En qué condiciones de tiempo, modo y lugar debe producirse esa consulta? y (3) ¿Cuál es la consecuencia jurídica de la omisión frente al deber de consulta?

4.2.2.2.1. En primer lugar, tratándose específicamente de medidas legislativas, es claro que el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas *directamente*, evento en el cual, a la luz de lo expresado por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, la consulta contemplada en el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT deberá surtir en los términos previstos en la Constitución y en la ley.

No cabe duda de que las leyes, en general, producen una afectación sobre todos sus destinatarios. De esta manera una ley, en cualquier ámbito, aplicable a la generalidad de los colombianos, afecta a los miembros de las comunidades indígenas y tribales que tengan la calidad de nacionales colombianos, sin que en dicho evento pueda predicarse que, en aplicación del literal a) del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, resulte imperativa una consulta previa a dichas comunidades como condición para que el correspondiente proyecto de ley pueda tramitarse válidamente. Sostener lo contrario equivaldría a afirmar que una parte muy significativa de la legislación debería ser sometida a un proceso específico de consulta previa con las comunidades indígenas y tribales, puesto que las leyes que de manera general afecten a todos los colombianos, unas en mayor medida que otras, afectan a las comunidades indígenas, en virtud a que sus integrantes, como colombianos que son, se encuentran entre sus destinatarios, lo cual desborda el alcance del convenio 169.

Así, por ejemplo, la ley general de educación, el plan nacional de desarrollo, una reforma del sistema de seguridad social o del código laboral, o del código penal debería, además del proceso deliberativo, público y participativo que se surte en el Congreso de la República, someterse a un proceso específico de consulta con las comunidades indígenas y tribales. Lo anterior no parece ser así, y ello lleva a cuestionarse sobre los criterios para determinar cuando puede decirse que una medida legislativa afecta *directamente* a las comunidades indígenas y tribales.

En principio, las leyes, por su carácter general y abstracto, no generan una afectación directa de sus destinatarios, la cual sólo se materializa en la instancia aplicativa. Sin embargo, puede señalarse que hay una afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios.

358  
845  
H97  
1189

**"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"**

Cabría, entonces, señalar que procede la consulta, cuando la ley contenga disposiciones susceptibles de dar lugar a una afectación directa a los destinatarios, independientemente de que tal efecto sea positivo o negativo, aspecto éste que debe ser, precisamente, objeto de la consulta.

Es claro, por otra parte, que lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos. Este criterio surge no solo de la calidad de *directa* que se predica de la afectación que produzca una medida legislativa para que sea imperativa la consulta, sino también del hecho de la misma procede cuando se trate de *aplicar las disposiciones del Convenio*. No obstante que, por la amplitud del objeto del Convenio, cabría decir que en su artículo 6º se establece un deber general de consulta de todas las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, este enunciado fija una pauta interpretativa sobre el alcance de ese deber de consulta, del cual, en principio, se sustraen las medidas que no se inscriban en el ámbito de aplicación del convenio. De este modo, si bien uno de los aspectos centrales del convenio tiene que ver con la promoción de la participación de los pueblos indígenas y tribales ante todas las instancias en donde se adopten medidas que les conciernan, no puede perderse de vista que el propio convenio contempla distintas modalidades de participación y ha dejado un margen amplio para que sean los propios Estados los que definan la manera de hacerlas efectivas. Así, aunque cabe señalar la conveniencia de que existan los niveles más altos de participación y que es deseable que la adopción de medidas administrativas y legislativas esté precedida de procesos amplios y efectivos de consulta con los interesados, el alcance vinculante del deber de consulta previsto en el Convenio es más restringido y se circunscribe a las medidas que se adopten para la aplicación de las disposiciones del mismo, esto es, medidas que de manera específica afecten a los pueblos indígenas y tribales.

En este contexto advierte la Corte que pueden surgir problemas de aplicación del convenio distintos de los referidos al deber de consulta, cuando, por ejemplo, el legislador omita en un determinado cuerpo normativo provisiones que resultan indispensables para atender la especificidad de las condiciones de los pueblos indígenas y tribales. En casos como ese, la Corte Constitucional no ha tomado una decisión con base en una eventual omisión frente al deber de consulta, sino que se ha inclinado por establecer la existencia de una omisión legislativa, por la ausencia la regulación que de manera específica se refiera a los pueblos indígenas y tribales y sin la cual la ley general no les podría ser aplicada.<sup>17</sup>

Así puede señalarse que no toda medida legislativa que de alguna manera concierna a los pueblos indígenas y tribales está sujeta al deber de consulta, puesto que como se ha visto, en el propio Convenio se contempla que, cuando no hay una afectación directa, el compromiso de los Estados remite a la promoción de

<sup>17</sup> De este modo procedió la Corte en la Sentencia C-208 de 2007, en la cual se decidió "Declarar EXEQUIBLE el Decreto-Ley 1278 de 2002, "por el cual se establece el estatuto de *profesionalización docente*", siempre y cuando se entienda que el mismo no es aplicable a las situaciones administrativas relacionadas con la vinculación, administración y formación de los docentes y directivos docentes en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena, con la aclaración de que, mientras el legislador procede a expedir un estatuto de profesionalización docente que regule de manera especial la materia, las disposiciones aplicables a los grupos indígenas serán las contenidas en la Ley General de Educación y demás normas complementarias."

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

oportunidades de participación que sean, al menos equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población.

De este modo, por ejemplo, cuando se vaya a regular a través de una ley la manera como se hará la explotación de yacimientos petroleros ubicados en territorios indígenas, sería imperativa la consulta con los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados, porque hay una afectación directa que impone al Estado aplicar para el efecto las disposiciones del convenio.

Pero cuando de lo que se trata es de adoptar el marco general de la política petrolera del Estado no hay una afectación directa de las comunidades indígenas o tribales, ni la medida se inscribe en el ámbito de aplicación del convenio, porque no está orientada a regular de manera específica la situación de esos pueblos, y lo que cabe es aplicar la previsión del literal b) del artículo 6º conforme a la cual debe garantizarse la participación de las comunidades interesadas en igualdad de condiciones, a menos que, en el texto de la ley se incorporasen medidas específicamente dirigidas a la explotación del recursos en los territorios de esas comunidades, o que se pudiese establecer una omisión legislativa por la falta de una previsión específica.

Una referencia al artículo 20 del Convenio 169 de la OIT permite ilustrar más ampliamente esta situación. El texto de esa disposición es el siguiente:

*Artículo 20*

*1. Los gobiernos deberán adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general.*

*2. Los gobiernos deberán hacer cuanto esté en su poder por evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores, especialmente en lo relativo a:*

*a) acceso al empleo, incluidos los empleos calificados y las medidas de promoción y de ascenso;*

*b) remuneración igual por trabajo de igual valor;*

*c) asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, todas las prestaciones de seguridad social y demás prestaciones derivadas del empleo, así como la vivienda;*

*d) derecho de asociación, derecho a dedicarse libremente a todas las actividades sindicales para fines lícitos, y derecho a concluir convenios colectivos con empleadores o con organizaciones de empleadores.*

*3. Las medidas adoptadas deberán en particular garantizar que:*

*a) los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, incluidos los trabajadores estacionales, eventuales y migrantes empleados en la agricultura o en otras actividades, así como los empleados por contratistas*

336  
826  
H92  
1190

***"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"***

*de mano de obra, gocen de la protección que confieren la legislación y la práctica nacionales a otros trabajadores de estas categorías en los mismos sectores, y sean plenamente informados de sus derechos con arreglo a la legislación laboral y de los recursos de que disponen;*

*b) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sometidos a condiciones de trabajo peligrosas para su salud, en particular como consecuencia de su exposición a plaguicidas o a otras sustancias tóxicas;*

*c) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas todas las formas de servidumbre por deudas;*

*d) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos gocen de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo y de protección contra el hostigamiento sexual.*

*4. Deberá prestarse especial atención a la creación de servicios adecuados de inspección del trabajo en las regiones donde ejerzan actividades asalariadas trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, a fin de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta parte del presente Convenio.*

En este caso es claro que, cuando en aplicación de la citada disposición del Convenio, se decida adoptar medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general, sería necesario que el gobierno adelantase un proceso de consulta previa, consulta cuya realización, por el contrario, no resultaría imperativa, cuando de lo que se tratase fuese de modificar la legislación general aplicable a todos los trabajadores colombianos. En el primer caso se estaría en el escenario de la aplicación de las disposiciones del Convenio 169, en particular de su artículo 20 y procedería el deber de consulta en los términos del literal a) del artículo 6°. En el segundo, se trataría de la actuación del Estado en el ámbito de sus competencias para la regulación de un tema general no directamente orientado a regular o hacer frente a una situación que afecte a las comunidades indígenas o tribales, las cuales en la medida en que, en ese plano general, la decisión les concierna, podrían acudir a los canales ordinarios de participación, así como a los adicionales a los que alude el literal b) del mismo artículo 6°.

Lo mismo cabe decir, por ejemplo, en relación con las disposiciones sobre formación profesional contenidas en los artículos 21 y siguientes del Convenio, o las que se refieren a los compromisos del Estado en el campo de la salud o de la educación.

De este modo, cabe señalar que la obligación de consulta prevista en el literal a) del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT no puede interpretarse con el alcance de que toda la regulación del Estado, en cuanto que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas y tribales, deba someterse a un proceso de consulta previa con dichas comunidades, por fuera de los escenarios ordinarios de participación y deliberación democrática, y que dicho deber sólo se predica de aquellas medidas que, en el ámbito de la aplicación del Convenio, sean susceptibles de afectar directamente a tales comunidades.

**"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"**

Con todo, es preciso tener en cuenta que la especificidad que se requiere en una determinada medida legislativa para que en relación con ella resulte predicable el deber de consulta en los términos del literal a) del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, puede ser el resultado de una decisión expresa de expedir una regulación en el ámbito de las materias previstas en el convenio, o puede provenir del contenido material de la medida como tal, que, aunque concebida con alcance general, repercuta de manera directa sobre las comunidades indígenas y tribales.

En los anteriores términos, en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios.

4.2.2.2. En cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar en que debe producirse la consulta a la que se ha venido aludiendo, es preciso señalar que en la medida en que el Convenio 169 no establece unas reglas de procedimiento y en tanto que las mismas no hayan sido fijadas en la ley, debe atenderse a la flexibilidad que sobre el particular consagra el Convenio y al hecho de que, de acuerdo con el mismo, el trámite de la consulta se somete al principio de la buena fe, lo cual quiere decir, por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de términos perentorios para su realización, ni de condiciones ineludibles para el efecto. Se trata de propiciar espacios de participación, que sean oportunos en cuanto permitan una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar. Así, por ejemplo cuando de lo que se trata es de regular la intervención del Estado para la explotación de recursos naturales en una determinada área del territorio, en la cual se encuentra asentada una específica comunidad indígena, es claro que el proceso de consulta debe adelantarse con las autoridades legítimamente constituidas de dicha comunidad, pero si de lo que se tratase, también por vía de ejemplo, fuera de regular la manera como, en general, debe surtirse el proceso de consulta a las comunidades indígenas y tribales, sería claro también que la consulta que, a su vez, se requeriría para ello, no podría adelantarse con cada una de las autoridades de los pueblos indígenas y tribales, y, en ausencia de una autoridad con representación general de todos ellos, habría acudir a las instancias que, de buena fe, se consideren más adecuadas para dar curso a ese proceso de consulta.

En la Sentencia T-382 de 2006 la Corte recordó que, de acuerdo con el mandato de flexibilidad contenido en el convenio, "... hay que tener en cuenta que el Gobierno, a través de los Decretos 1397 de 1996<sup>18</sup> y 1320 de 1998<sup>19</sup>, formuló

<sup>18</sup> Ministerio del Interior, "Por el cual se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas y se dictan otras disposiciones". La legalidad de este Decreto fue estudiada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en providencia del ocho (08) de octubre de 1998, radicación 4373, Consejero Ponente: Libardo Rodríguez Rodríguez, en la que solamente se decretó la nulidad de la expresión "... suspenderán o revocarán ...", contenida en el inciso segundo del artículo 7º.

<sup>19</sup> Ministerio del Interior, "Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio". La legalidad de esta norma fue analizada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en providencia del veinte (20) de mayo de 1999, radicación 5091,

357  
447  
493  
1191

***"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"***

*algunas pautas facilitadoras de acercamiento entre los pueblos indígenas y el Estado<sup>20</sup>. No se debe pasar por alto que en las Leyes 99 de 1993<sup>21</sup>, 160 de 1994, 191 de 1995, 199 de 1995 y 685 de 2001<sup>22</sup>, entre otras, también se prevén algunas disposiciones de participación y consulta indígena."*

En esta materia, en la Sentencia SU-383 de 2003 se puso de presente que el artículo 6° del Convenio 169 dispone que la consulta a que los pueblos indígenas y tribales de los países miembros tienen derecho debe formularse *"de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las comunidades indígenas, acerca de las medidas propuestas"* y que, a su vez, ese instrumento responsabiliza a los gobiernos de los Estados Partes de adelantar una acción *"coordinada y sistemática"* para su desarrollo *"con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad"* -artículos 6° y 13 Convenio 169 OIT -.

Reiterando su jurisprudencia, en la Sentencia C-208 de 2007, la Corte expresó que *"... el proceso consultivo que las autoridades gubernamentales tienen que llevar a cabo ante los grupos étnicos para adoptar una decisión que afecte sus intereses, "deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo"<sup>23</sup>. Ha dicho al respecto que "el Estado Colombiano deberá tener en cuenta que los procesos de consulta previa no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva aplicación al Convenio 169 de la OIT y en especial a lo dispuesto en su artículo 6° y en el artículo 7° de la Carta, los procesos de consulta deberán ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado"<sup>24</sup>.*

Cabe anotar a este respecto, que el procedimiento de consulta no queda, entonces, librado por entero a la discrecionalidad de las autoridades gubernamentales y que, tal como se estableció por la Corte en relación con el

---

Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa, en la que se declaró la nulidad de la expresión *"...y por el término máximo de 24 horas,"* contenida en el artículo 13, literal "d". De esta sentencia es importante transcribir los siguientes apartados: *"De otro lado, el hecho de que el decreto acusado no contenga previsiones específicas sobre el tópico que preocupa al actor, no excluye que cuando el tema de la consulta involucre el uso, aprovechamiento o afectación de recursos naturales, se trate el referido asunto, sea de manera conjunta o paralela, puesto que como se describe en el artículo 1° del decreto acusado, la consulta previa tiene como fin analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que pueda ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio. (...)"*.

<sup>20</sup> De todas formas es necesario reconocer que estos Decretos también reconocen la participación de las comunidades indígenas en los ámbitos legislativo y administrativo. Por ejemplo, el artículo 11 del Decreto 1397 de 1996 establece: *"OBJETO. La Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas tendrá por objeto concertar entre éstos y el Estado todas las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectarlos..."*.

<sup>21</sup> *"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 y se dictan otras disposiciones". Artículo 76: DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y NEGRAS. La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades.*

<sup>22</sup> *"Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones". Cfr. sentencia C-418 de 2002, M.P.: Alvaro Tafur Galvis*

<sup>23</sup> Sentencia *Ibidem*.

<sup>24</sup> Sentencia *Ibidem*.

355  
848  
492  
JJ92

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

Decreto 1320 de 1998, cuando dicho procedimiento no se sujete a las previsiones del Convenio 169 y a las disposiciones constitucionales, se puede disponer su inaplicación.<sup>25</sup>

En relación con el deber de consulta que se deriva del artículo 330 de la Constitución, la Corte, en la Sentencia SU-039 de 1997, en criterio que, *mutatis mutandi*, resulta aplicable a otros escenarios de consulta que surjan en aplicación del literal a) del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, puntualizó que el mismo comporta "... la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre los voceros de los pueblos indígenas y tribales y las autoridades públicas, tendientes a buscar: a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares. c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada."

En la misma sentencia, la Corte también avanzó en la precisión sobre el alcance de la Consulta y destacó que:

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

<sup>25</sup> En la Sentencia SU-383 de 2003 la Corte puso de presente que "... por haber expedido el Decreto 1320 de 1998 sin recurrir a la consulta previa y debido a que la consulta que la norma diseñó no se ajusta a los dictados del Convenio 169, las reclamaciones presentadas por la Asociación Médica Sindical Colombiana y por la Central Unitaria de Trabajadores ante la Oficina Internacional del Trabajo fueron admitidas por el Consejo de Administración por recomendación de la Mesa -276ª y 277ª reuniones- y culminaron con la aprobación, por parte del Consejo de Administración, de las recomendaciones de la Comisión de Expertos, las que coinciden en la necesidad de solicitar al Gobierno Nacional la modificación del Decreto 1320 de 1998."

**"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"**

Sobre la misma materia, en la Sentencia C-891 de 2002 la Corte, presentó, a título ilustrativo, los criterios contenidos en la "Guía para la Aplicación del Convenio 169" elaborada por la OIT y el Centro Internacional para los Derechos Humanos y el Desarrollo Democrático:

*"Esto significa que, al consultarlos, los gobiernos deben proporcionarles información apropiada y completa, que pueda ser comprendida plenamente por los pueblos indígenas y tribales. Asimismo, los gobiernos no pueden consultar a cualquiera que declare representar a la(s) comunidad(es) afectada(s). Las consultas deben emprenderse con organizaciones/instituciones genuinamente representativas, que están habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades interesadas. Por consiguiente, los gobiernos, antes de iniciar las consultas, deben identificar y verificar que las organizaciones/instituciones con las que tienen previsto tratar cumplan con estos requisitos. En fin, el Convenio establece claramente cuándo las consultas son obligatorias".*

Esos criterios fueron reiterados en la Sentencia C-620 de 2003, en la cual la Corte expresó que ni las normas constitucionales, ni las que integran el llamado bloque de constitucionalidad consagran un trámite específico para adelantar la consulta a los pueblos indígenas y asegurar la participación suya en las decisiones relativas a la explotación de los recursos naturales de propiedad estatal ubicados en sus territorios y, remitiéndose a la Sentencia C-418 de 2002, manifestó que "corresponde a cada Estado señalar, ya sea en la Constitución y en la ley los mecanismos idóneos para hacer efectiva la participación de las comunidades como un instrumento de protección de los intereses de éstas que como ya se expresó configuran proyección de los intereses de la propia sociedad y del Estado"<sup>26</sup>, lo cual debe hacerse en un contexto de flexibilidad, razón por la cual no cabe llevar a cabo un examen rígido del procedimiento utilizado por el Gobierno para efectos de la consulta.

Por otra parte, al margen de los criterios generales que puedan decantarse en torno a la manera como debe surtirse la consulta para que pueda entenderse cumplido el compromiso derivado del Convenio 169 y que resulte satisfactorio con el derecho de participación previsto en la Carta, observa la Corte que son varios los interrogantes que pueden plantearse en relación, específicamente, con el deber de consulta frente a medidas legislativas.

En primer lugar debe precisarse el momento en el que debe hacerse la consulta y la autoridad responsable de llevarla a cabo. El convenio establece una obligación para los gobiernos, pero cabría preguntar si, en un sentido más amplio, dicha obligación puede hacerse extensiva a otros escenarios, particularmente, cuando, como en el caso de las medidas legislativas, es otra la instancia del Estado encargada de adoptarlas.

De este modo, podría decirse que el Gobierno tiene el deber de promover la consulta cuando se trate de proyectos de ley que sean de su iniciativa. Pero ¿qué ocurre cuando, en desarrollo de la iniciativa que les confiere la Constitución, otros sujetos de los previstos en el artículo 155 de la Constitución, distintos del gobierno, deciden presentar a consideración de las cámaras legislativas proyectos de ley cuyo contenido sea susceptible de afectar de manera directa a las comunidades indígenas y tribales?

<sup>26</sup> Sentencia C- 418 de 2002

339  
L 19  
495  
JJ93

**"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"**

Parecería necesario que, en tal caso, el gobierno, tan pronto advierta que cursa un proyecto de ley en relación con el cual debe darse el proceso de consulta, acuda a las instancias que para ese efecto se hayan previsto en la legislación, como la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas creada por el Decreto 1397 de 1996, o a otras que se estimen pertinentes, para definir en ese escenario, cuales serían las instancias y los mecanismos de consulta más adecuados.

En la Sentencia C-891 de 2002 la Corte fijó unas pautas para la consulta que debe realizarse en relación con los proyectos de iniciativa gubernamental, y al efecto señaló, en primer lugar que "[n]o es contrario a la Constitución que una entidad gubernamental elabore de manera autónoma un proyecto de ley sobre un asunto que milita en el ámbito de sus competencias, aún siendo del interés de los pueblos indígenas, pues tal actividad hace parte del ejercicio de sus funciones", pero que, sin embargo "... es claro que, en ese caso, la entidad debe brindarle a las comunidades, en un momento previo a la radicación del proyecto en el Congreso de la República, las debidas oportunidades para que ellas no sólo conozcan a fondo el proyecto sino, sobre todo, para que puedan participar activamente e intervenir en su modificación, si es preciso".

Expresó la Corte que ese proceso de consulta puede entenderse cumplido cuando exista evidencia de que antes de radicar el proyecto de ley en el Congreso de la República, sus texto se haya divulgado entre las comunidades interesadas, se haya avanzado en la ilustración de tales comunidades sobre su alcance, y se hayan abierto los escenarios de discusión que sean apropiados.

En esa oportunidad la Corte advirtió, por un lado, que el escenario previo a la radicación del proyecto no es el único espacio deliberativo en el que los pueblos indígenas pueden participar durante el proceso tendiente a la expedición de normas que los afectan, toda vez que en el Congreso de la República dicho proceso participativo no se interrumpe; sino que, por el contrario, allí los pueblos indígenas cuentan con un espacio de discusión y participación en el marco de un Estado democrático, en el que pueden canalizar sus propuestas a través de los congresistas elegidos, y, por otro, que "... la consulta previa a la ley, es adicional a la participación que se les debe dar a los pueblos indígenas a partir de su entrada en vigencia, esto es, con posterioridad a la expedición de la respectiva ley; destacándose el especial cuidado que deben observar las autoridades que tienen a su cargo el desarrollo administrativo de la misma, particularmente en lo tocante a la adopción de las medidas administrativas susceptibles de afectar directamente los intereses de tales pueblos."<sup>27</sup>

- a) 4.2.2.2.3. Resta por establecer cuál es la consecuencia jurídica de la omisión frente al deber de consulta.
- b) Podría señalarse, en primer lugar, que tal como se dijo por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, en esta materia existe un compromiso internacional muy amplio del Estado colombiano, cuyo desconocimiento generaría una situación de incumplimiento susceptible de evaluación y control a través de las correspondientes instancias internacionales.
- c) Sin embargo en la medida en que, como se ha dicho por la jurisprudencia constitucional, las normas sobre el deber de consulta del Convenio 169 de la OIT se integran a la Constitución y que, específicamente, el deber de consulta

<sup>27</sup> Sentencia C-891 de 2002

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

allí previsto ha sido considerado como una expresión de un derecho fundamental de participación, vinculado en este caso específico al también fundamental derecho a la integridad cultural, social y económica, la omisión de la consulta en aquellos casos en los que la misma resulte imperativa a la luz del convenio, tiene consecuencias inmediatas en el ordenamiento interno.

- d) En primer lugar, ha sido reiterado por la jurisprudencia que ese derecho a la consulta es susceptible del amparo constitucional, vía a través de la cual las comunidades indígenas pueden obtener que no se hagan efectivas medidas que no hayan sido previa y debidamente consultadas y que se disponga la adecuada realización de las consultas que sean necesarias.

Tratándose de medidas legislativas, la situación puede tornarse compleja, porque como se señaló en precedencia, el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad frente a la omisión de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, comporta la verificación en torno a un procedimiento, cuya ausencia, sin embargo, se proyecta sobre la materialidad misma de la ley.

En ese evento, sería posible, en determinadas circunstancias, encontrar que la ley como tal es inconstitucional, pero también cabe que, en una ley que de manera general concierne a los pueblos indígenas y tribales, y que los afecta directamente, la omisión de la consulta se resuelva en una decisión que excluya a tales comunidades del ámbito de aplicación de la ley; o puede ocurrir que, en un evento de esa naturaleza, lo que se establezca es la presencia de una omisión legislativa, de tal manera que la ley, como tal, se conserve en el ordenamiento, pero que se adopten las medidas necesarias para subsanar la omisión legislativa derivada de la falta de previsión de medidas específicamente orientadas a las comunidades indígenas y tribales. Si la ley no tiene esas previsiones específicas, habría un vacío legislativo, derivado de la necesidad de que, en una materia que si bien afecta a todos, lo hace con los indígenas en ámbitos propios de su identidad, contemple previsiones especiales y que las mismas sean previamente consultadas. En ese caso, en la medida en que la ley general estuviese llamada a aplicarse a los indígenas, se decretaría una omisión legislativa por ausencia de normas específicas y previamente consultadas.

(...)

Para la Corte, sin embargo, las anteriores previsiones puntuales, si bien limitan el impacto de la ley sobre las comunidades indígenas y tribales y sobre los territorios que les pertenecen, no son suficientes para hacer desaparecer la necesidad de que su contenido hubiese sido previamente consultado con dichas comunidades, por dos consideraciones fundamentales:

Por un lado, el carácter general e integral de la ley hace que resulte imposible excluir de su ámbito de aplicación a las comunidades indígenas y tribales, a las cuales, según documentos oficiales, se las ha hecho entrega formal de un total de 36'336.807 hectáreas de tierras, lo que representa el 32.2% del área total nacional<sup>28</sup>, si se tiene en cuenta, además, que, de acuerdo con el informe de

<sup>28</sup> Según información de INCODER, entre 1966 y 2006 se han constituido y ampliado 650 resguardos indígenas en todo el país, con un área aproximada de TREINTA Y UN MILLONES DOSCIENTAS SIETE MIL NOVECIENTAS SETENTA Y OCHO HECTÁREAS (31.207.978 HAS), para dotar de tierras a 86.294 familias integradas por 440.798 personas. Por otra parte, de acuerdo con la misma fuente, entre las tierras entregadas a las comunidades negras y las que se encuentran en trámite de adjudicación, se alcanza un acumulado total de 5'670.000 de hectáreas

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

ponencia para segundo de debate del Proyecto de Ley Forestal en la plenaria del Senado de la República, "[d]el área cubierta en bosque natural; en el Pacífico y la Amazonia, cerca del 41.6% pertenece a comunidades indígenas y afrocolombianas. De hecho el 72% de los territorios de los resguardos indígenas, es decir 22.5 millones de hectáreas, coinciden con áreas boscosas; por su parte, del 69.4% de las tierras adjudicadas a comunidades afrocolombianas, cerca de 2.6 millones de hectáreas cubren áreas boscosas. Estas comunidades dependen casi en su totalidad de los recursos que le proveen los bosques." Desde este punto de vista, las referidas previsiones podrían interpretarse, más que como medidas para afianzar la autonomía de las comunidades, como instrumentos dirigidos a obviar la necesidad de consulta y tendrían un alcance excluyente, porque no se entiende cómo un régimen general e integral en materia de manejo de bosques naturales y plantaciones forestales pueda adoptarse sin incluir en él la regulación de la situación de quienes tienen en el bosque su hábitat natural.

En esta perspectiva cabe destacar que el carácter general de la ley, presente desde su título, se aprecia en su ámbito territorial, que lo es todo el territorio nacional, con la excepción parcial de los territorios indígenas y tribales, en los cuales, sin embargo, aunque con respeto por la autonomía de las comunidades, son susceptibles de aplicarse las previsiones generales de la ley. Ese carácter general se aprecia, además, en el establecimiento de una cláusula de sujeción institucional al Régimen Forestal de la Nación, aún cuando se haga una salvedad en relación con "... las autonomías y potestades acordada por la ley a las autoridades ambientales y territoriales, así como a las comunidades indígenas o afrocolombianas", o en la conformación de un Consejo Nacional Forestal en el que, dado su carácter de ente de coordinación y concertación de la política forestal nacional, tienen asiento voceros de todos los sectores vinculados con los bosques, incluidas las comunidades indígenas y afrocolombianas, o en la previsión de un Plan Nacional de Desarrollo Forestal. A su vez, la ley contiene, también, una regulación integral, porque, como se dispone en su artículo primero "... tiene por objeto establecer el Régimen Forestal Nacional, conformado por un conjunto coherente de normas legales y coordinaciones institucionales, con el fin de promover el desarrollo sostenible del sector forestal colombiano en el marco del Plan Nacional de Desarrollo Forestal. A tal efecto, la ley establece la organización administrativa necesaria del Estado y regula las actividades relacionadas con los bosques naturales y las plantaciones forestales." De este modo, el carácter integral de la ley se manifiesta en aspectos tales como la incorporación de una definición de bosque natural; la previsión de un Plan Nacional Forestal; la inclusión de disposiciones en materia de conservación de los bosques y ecosistemas, explotación de los recursos maderables y no maderables, control de actividades ilegales, investigación científica, asistencia técnica, conservación y protección de conocimientos ancestrales y el diseño de un nuevo marco institucional para el manejo forestal.

De manera marginal, la Corte llama la atención sobre el hecho de que, frente al carácter general e integral del proyecto, las medidas que buscan hacerlo compatible con la autonomía que la Constitución reconoce a las comunidades tribales, presentan contradicciones en sí mismas, puesto que, al paso que se adoptan medidas orientadas a excluir a las comunidades indígenas del ámbito de aplicación de la ley, con lo cual se preservaría su autonomía para el manejo forestal en sus territorios y se pretendería obviar la necesidad de consulta, al incluir a los voceros de esas comunidades en el Consejo Nacional Forestal se

363  
850  
496  
1194

***"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"***

admite, implícitamente, que las mismas pueden verse afectadas por las previsiones de la ley y se encuentran sujetas a ella.

Por otro lado, y en íntima conexión con lo anterior, debe tenerse en cuenta que esa ley, que es integral y que se aplica a todo el territorio nacional, versa sobre la explotación de los bosques, aspecto que tiene íntima conexión con la identidad de las comunidades indígenas y afrocolombianas y con sus posibilidades de supervivencia.

En ese contexto, observa la Corte que las previsiones de la ley forestal son susceptibles de provocar efectos apreciables en áreas del territorio que, si bien no han sido formalmente delimitadas como territorios indígenas, o no han sido asignadas como propiedad colectiva de las comunidades negras, si hacen parte del hábitat natural de tales comunidades, de modo que su afectación puede alterar significativamente el modo de vida de las mismas. Las comunidades establecen una estrecha relación con su entorno, más allá de las fronteras formales de sus territorios, y la ley forestal puede tener impacto importante en aspectos como la conservación de la biodiversidad, la presión sobre la tierra, el manejo de los recursos hídricos, etc.

No le corresponde a la Corte pronunciarse sobre los contenidos de la ley forestal, ni evaluar los criterios orientados a mostrar, por ejemplo, unas eventuales bondades de la ley desde la perspectiva de conservación ambiental o, por el contrario, su impacto negativo en este frente. De lo que se trata en este escenario de control de constitucionalidad, a la luz del problema jurídico que se ha planteado, es, de advertir la presencia de opiniones encontradas en ese y en otros frentes, las cuales, independientemente del lado en el que se encuentre la razón, evidencian la necesidad de adelantar una consulta en los términos del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, precisamente en la medida en que, entre los objetivos de dicha consulta está el de enterar a las comunidades y discutir con ellas, los posibles efectos, positivos o negativos que una determinada medida legislativa pueda tener sobre ellas.

En este escenario, cabe observar, por ejemplo, que las experiencias del pasado reciente permitían a las comunidades indígenas y afrocolombianas abrigar un temor fundado sobre el impacto que un proyecto de Ley General Forestal podría tener sobre sus modos de vida, lo cual, a su vez, hacía patente su interés en participar, más allá de lo que concierne al gobierno de sus propios territorios, en la discusión de medidas de limitación, control y mitigación de tales impactos. A título ilustrativo, puede señalarse que en la Sentencia T-955 de 2003, la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre las explotaciones forestales en la cuenca del río Cacarica, puntualizó que *" las explotaciones forestales que se adelantan en las zonas rurales ribereñas de la Cuenca del Pacífico i) no han sido consultadas a las comunidades negras de la región, como lo disponen el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT y los artículo 55 transitorio y 330 de la Carta Política, ii) que dichas explotaciones no benefician real y verdaderamente a las comunidades de la región, y iii) que no se ha expedido la reglamentación que deberá regular los aspectos que les permitirán a dichas comunidades extraer de manera sustentable los productos de sus bosques sin desmedro de su identidad cultural."*

En esa misma sentencia, la Corte registró la intervención en el proceso de la Fundación Natura Colombia, que señalaba que *"... la más grande amenaza que encara el Chocó es la deforestación asociada con la extracción de madera, la expansión de la agricultura y la ganadería, la minería y el desarrollo de infraestructura. Y que en el Pacífico Central y Norteño Colombiano, las*

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

*concesiones de madera han clareado grandes extensiones de bosques para la producción de papel y madera, con muy poco manejo y reforestación subsiguiente.<sup>29</sup>*

Resulta indudable, en el anterior contexto, que una ley que regule de manera integral el manejo forestal en el país, afecta de manera directa y específica a los pueblos indígenas y tribales que habitan en zonas de alta incidencia de bosques, no sólo por el interés que tales comunidades tienen en participar en la definición de los elementos de un régimen nacional forestal, sino también por los conflictos que las distintas aproximaciones al tema pueden suscitar, en particular cuando, como en este caso se hace explícito en la iniciativa legislativa un énfasis en la necesidad de promover la explotación maderera como elemento estratégico para el desarrollo económico. Ese énfasis puede resultar contrapuesto con la concepción que las comunidades tienen sobre el bosque, lo cual claramente apunta hacia la necesidad de la consulta orientada a lograr una conciliación de intereses.

El proyecto que culminó con la expedición de la Ley General Forestal fue concebido como un régimen integral, razón por la cual no cabe excluir de su ámbito la regulación de los bosques naturales, ni el impacto que de ello se desprende para las comunidades tribales. Para lograr ese propósito habría sido necesario concebir un proyecto distinto, desde su origen, orientado puntualmente a la adopción de medidas de fomento para el establecimiento y la explotación de plantaciones forestales, pero sin pretender hacer una regulación integral del sector forestal. La opción contraria, esto es, la de tramitar un proyecto de carácter general e integral, implicaba que, necesariamente, debían haberse consultado las comunidades indígenas y tribales, porque por acción, en razón de las medidas adoptadas en la ley, o por omisión, en cuanto formalmente se excluyese a dichas comunidades del ámbito de aplicación de la misma, pese a su carácter general e integral, dicha medida legislativa es susceptible de afectar directa y específicamente a las comunidades que tienen en el bosque su hábitat natural.

Observa la Corte que en este caso, paradójicamente, el carácter específico de la afectación que la ley puede tener sobre las comunidades indígenas y tribales, se deriva de la condición general e integral que se le dio a la iniciativa legislativa, en cuanto que, por esa vía, sus previsiones son susceptibles de afectar a dichas comunidades en una dimensión muy particular, cual es la relación que mantienen con el bosque.

En ese sentido, en la Sentencia C-891 de 2002 se puso de presente que *"... la relevancia de la participación de los pueblos indígenas en relación con la explotación de recursos naturales yacientes en sus territorios está directamente vinculada con el trascendental significado que ellos le dan al territorio..."*, puesto que, *"... la noción de territorio indígena supera los espectros simplemente jurídicos y económicos, toda vez que los pueblos están ligados a él de una manera comunitaria, espiritual y cosmogónica, precisamente por el carácter ancestral y sagrado que éste ostenta, constituyéndose entonces en un elemento integrante de la forma como aquéllos ven y entienden el mundo."<sup>30</sup>*

En este caso, no obstante el carácter general de la ley -no dirigida a regular

<sup>29</sup> Fundación Natura Colombia, "La Ecoregión del Chocó Biogeográfico", Fundación Natura, Ministerio del Medio Ambiente, Universidad Nacional de Colombia, Universidad de Antioquia, INRENARE, ANCON, UAESPN.

<sup>30</sup> Ver la sentencia T-188 de 1993, en la cual la Corte resaltó la importancia de los territorios indígenas para la cultura y los valores espirituales de dichos pueblos.

361  
851  
497  
1195

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

especialmente, en aplicación del Convenio 169 de la OIT, la situación de las comunidades indígenas y tribales-, de su contenido material se deriva la posibilidad de una afectación específica a tales comunidades, como quiera que sus previsiones recaen sobre un objeto -el bosque- que tiene particular relevancia para las mismas y guarda una íntima e indisoluble relación con su modo de vida.

A partir de las anteriores consideraciones, concluye la Corte que la materia propia de la Ley 1021 de 2006 es susceptible de afectar directa y específicamente a las comunidades indígenas y tribales y que, por consiguiente, previamente a su expedición debió surtir el trámite de la consulta con dichos pueblos, en los términos del literal a) del artículo 6º del convenio 169 de la OIT.

5.2. De los antecedentes de la ley que obran en el expediente puede concluirse sin mayor dificultad que en relación con la Ley 1021 de 2006 no se surtió la consulta a los pueblos indígenas y tribales en los términos del Convenio 169 de la OIT.<sup>31</sup> Hubo, si, un proceso amplio de socialización que no satisface, sin embargo, los criterios fijados por la Corte Constitucional porque, no fue específico, no hay evidencia de que las comunidades hayan sido debidamente informadas y se les hayan puesto de presente los impactos que el proyecto podía significar para ellas, ni se generaron espacios de concertación.

Si bien es cierto que, como se ha señalado, existe un margen de flexibilidad en torno a la manera como debe hacerse efectiva la consulta, en la medida en que no existen desarrollos legislativos sobre la materia y que, inclusive, la exigencia de que la consulta sea previa, en materia de medidas legislativas no es absoluta en relación con el momento de presentación del proyecto de ley, no es menos cierto que un proyecto de la dimensión, la complejidad y las implicaciones del que pretenda regular de manera integral los asuntos forestales, exigía que, como condición previa a su radicación en el Congreso, el gobierno adelantara un ejercicio específico de consulta con las comunidades indígenas y tribales, que permitiera hacer efectivo su derecho de participación. Dicho proceso habría permitido identificar dificultades, establecer las discrepancias relevantes en las aproximaciones, buscar alternativas, y, en todo caso, propiciar que el debate en el Congreso se enriqueciera con el aporte de posiciones previamente decantadas en las que, si bien no era imperativo el consenso, si permitirían apreciar con nitidez los aspectos que desde la perspectiva de las comunidades podrían resultar problemáticos.

Por esas razones, no son suficientes, ni las actividades de socialización general del proyecto, ni las medidas unilaterales orientadas a depurarlo de los aspectos que pudiesen considerarse críticos desde la perspectiva de las comunidades indígenas y tribales, sino que se requería un proceso de consulta que respondiera a los lineamientos del literal a) del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, en las condiciones que se han decantado por la jurisprudencia constitucional.

5.3. A partir de los anteriores elementos encuentra la Corte que:

<sup>31</sup> La ausencia de consulta previa se aprecia en las intervenciones del Ministro de Agricultura durante el debate del proyecto de ley en el Congreso, y en las que manifestó que la misma no se requería porque bastaba con el amplio proceso de socialización que había recibido el proyecto; en las comunicaciones dirigidas por las organizaciones indígenas al Congreso en relación con la falta de consulta; en las constancias que en ese sentido dejaron algunos congresistas y, finalmente, en las intervenciones gubernamentales en el presente proceso, cuyo punto de partida es, precisamente, la consideración de que la consulta no se realizó debido a que, por la naturaleza de la ley, la misma no era necesaria.

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

a. El contenido de la Ley General Forestal reviste un innegable interés nacional, sus previsiones afectan, de manera amplia, a la totalidad de los colombianos, y de manera particular, a un conjunto diverso de sectores, que tienen una relación más estrecha con los bosques y con la actividad forestal o vinculada a ella.

b. El correspondiente proyecto de ley fue debatido en el Congreso de la República y hay evidencia de que, además del proceso deliberativo y público que allí debe cumplirse, hubo un proceso amplio de participación de los distintos sectores interesados.

c. La Ley General Forestal, en cuanto que regula de manera general e integral, la actividad forestal, no obstante que, contiene previsiones orientadas a preservar la *autonomía* de las comunidades indígenas y afrocolombianas, y que reconoce el *derecho exclusivo* de las mismas al aprovechamiento de los recursos forestales de sus territorios, es susceptible de afectar directa y específicamente a tales comunidades, en la medida en que establece políticas generales, definiciones, pautas y criterios, que en cuanto que de aplicación general, pueden afectar las áreas en las que se encuentran asentadas las comunidades, lo cual, a su vez, puede repercutir sobre sus formas de vida y sobre la relación tan estrecha que mantienen con el bosque.

d. En esa medida, de acuerdo con el ordenamiento constitucional y en particular con el Convenio 169 de la OIT, que en esta materia hace parte del bloque de constitucionalidad, la adopción de la ley debió haberse consultado con esas comunidades, para buscar aproximaciones sobre la manera de evitar que la misma las afectara negativamente, así como sobre el contenido mismo de las pautas y criterios que, aún cuando de aplicación general, pudiesen tener una repercusión directa sobre los territorios indígenas y tribales, o sobre sus formas de vida.

e. Esa consulta, que tiene unas características especiales, no se cumplió en este caso, y la misma no puede sustituirse por proceso participativo que de manera general se cumplió en torno al proyecto de ley.

Para que se hubiese cumplido con el requisito de la consulta habría sido necesario, poner en conocimiento de las comunidades, por intermedio de instancias suficientemente representativas, el proyecto de ley; ilustrarlas sobre su alcance y sobre la manera como podría afectarlas y darles oportunidades efectivas para que se pronunciaran sobre el mismo. Ese proceso no se cumplió, razón por la cual la Corte concluye que, dado que la ley versa sobre una materia que se relaciona profundamente con la cosmovisión de esas comunidades y su relación con la tierra, y que, por acción o por omisión, es susceptible de afectarlas de manera directa y específica, no hay alternativa distinta a la de declarar la inexecutable de la ley.

(...)"

Por lo expuesto, queda claramente establecido que la solicitud de sustracción del área de reserva forestal que nos ocupa, afecta a las comunidades indígenas asentadas en el área de Reserva Forestal de los Motilones, razón por la cual se debe dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 21 de 1991 con respecto a la necesidad de consulta previa, la cual como su nombre lo indica es previa a la toma de decisiones, y en tal sentido a lo ordenado por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-880 de 2006, por tratarse del Pueblo Motilón Barí,

2362  
852  
498  
1196

***"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"***

indistintamente que se trate de un proyecto minero y no el que dio origen al pronunciamiento de la Corte, por cuanto este tipo de medidas pueden afectar a dichas comunidades, en los términos que se señaló en la resolución recurrida.

Con respecto a la aplicación, del Decreto 1320 de 1998, se debe señalar que esta norma, aplica solamente frente a procedimientos relacionados Licencias Ambientales, planes de manejo ambiental y permisos de uso, aprovechamiento o afectación de Recursos Naturales Renovables, situación esta que es diferente del procedimiento de sustracción de un área de reserva forestal, por cuanto no se está frente a un instrumento administrativo de manejo y control ambiental, como lo son las licencias o los permisos ambientales.

En el caso de la sustracción de las áreas de reserva forestal, es el mismo Estado a través del Ministerio de Ambiente, quien determina si se efectúa o no la sustracción de la reserva, para el desarrollo, ahí sí de un proyecto, que en la mayoría de los casos requiere de la obtención de licencia o permiso ambiental.

Como y expresó ampliamente la Corte Constitucional, a través de la consulta previa se pretenden garantizar derechos fundamentales de las comunidades indígenas, entre ellos el de la misma consulta, la participación, a la integridad, etc, de manera tal que no se trata de desconocer norma alguna, sino precisamente garantizar los fines esenciales del Estado consagrados en el artículo 2 de la Carta Superior y los derechos de los asociados allí consagrados.

La declaratoria de utilidad pública que efectúa el artículo 13 del Código de Minas, de la industria minera en todas sus ramas y fases, bajo ningún presupuesto puede primar sobre los derechos fundamentales de las comunidades indígenas y demás habitantes del territorio nacional, de igual forma, el hecho que un proyecto minero beneficie a un pequeño colectivo que se lucra con dicha actividad, no puede entenderse que se trate de un asunto de interés general, como si lo es la conservación del ambiente; ese sí que beneficia a todos los habitantes del territorio nacional.

Sobre este aspecto, la Corte Constitucional en la Sentencia C-534-96, entre otras cosas expresó:

*"No en vano se reconoce, como función del Estado, la de regular y orientar el proceso de diseño y planificación del uso del territorio y de los recursos naturales de la Nación, la cual destaca el legislador en el artículo 7 de la ley 99 de 1993. En su labor, en todo caso, deberá concretarse el propósito de proteger bienes que, como el medio ambiente y los recursos naturales, hacen parte del patrimonio nacional y son de interés para la humanidad".*

Así mismo, se debe anotar que mediante la Sentencia C-293 del veintitrés (23) de abril de dos mil dos (2002) la Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra, declaró exequible el principio de precaución consagrado en el numeral 6 del artículo 1 de la Ley 99 de 1993. En dicho fallo hace una clara alusión a la prevalencia del derecho colectivo al ambiente sano, frente a derechos de carácter particular y concreto como el derecho al trabajo, la libre empresa, la iniciativa privada y a los denominados derechos adquiridos.

*"En consecuencia, el principio de precaución como está consagrado en el numeral 6 del artículo 1 de la Ley 99 de 1993, se declarará exequible, por los cargos expuestos.*

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

(...)

4.3 En este punto, sólo resta mencionar que no se violan los artículos constitucionales mencionados por el actor (trabajo, propiedad, derechos adquiridos), si, como consecuencia de una decisión de una autoridad ambiental que, acudiendo al principio de precaución, con los límites que la propia norma legal consagra, procede a la suspensión de la obra o actividad que desarrolla el particular, mediante el acto administrativo motivado, si de tal actividad se deriva daño o peligro para los recursos naturales o la salud humana, así no exista la certeza científica absoluta. Una teórica discusión jurídica en materia ambiental, sobre cuáles derechos prevalecen, la resuelve la propia Constitución, al reconocer la primacía del interés general, bajo las condiciones del artículo 1º. Al señalar que la propiedad privada no es un derecho absoluto, sino que "es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica" (art. 58, inciso 2). Además, señala la Constitución, que el Estado debe "prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados." (art. 80). Así mismo, establece dentro de los deberes de la persona y del ciudadano la obligación de "proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano" (art. 95, ordinal 8)". (Subrayado fuera de texto).

(...)"

A su vez, ha sostenido el Consejo de Estado, Sección Primera en Sentencia del 12 de agosto de 1999, expediente 5500, Consejero Ponente Dr. Juan Alberto Polo Figueroa, en materia de derechos adquiridos lo siguiente:

"Los actos administrativos que confieren permisos, licencias, autorizaciones y similares, son actos provisionales, subordinados al interés público y, por lo tanto, a los cambios que se presenten en el ordenamiento jurídico respectivo, cuyas disposiciones, por ser de índole policiva, revisten el mismo carácter, como ocurre con las normas pertinentes al caso, esto es, las relativas al uso del suelo y desarrollo urbanístico. Quiere decir ello que los derechos o situaciones jurídicas particulares nacidos de la aplicación del derecho policivo, no son definitivos y mucho menos absolutos, de allí que como lo ha sostenido la Sala, no generen derechos adquiridos.

Ello tiene fundamento, entre otras disposiciones, en la segunda parte del primer inciso del artículo 58 de la Constitución, al establecer que "Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social". Y bien es sabido que las normas de contenido policivo, como las ordenamiento urbano y uso del suelo, se expiden consultando el interés social.

Este aserto encuentra respaldo en el siguiente rubro jurisprudencial:

*"Para la Corte Constitucional es claro que las regulaciones urbanísticas cumplen una función social y ecológica, pues tienen como propósito la ordenación y planificación del desarrollo urbano y el crecimiento armónico de las ciudades, con el fin de garantizar una vida adecuada a las personas que las habitan, teniendo en cuenta no sólo los derechos individuales sino también los intereses colectivos en relación con el entorno urbano."*

363  
583  
499  
1197

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

*Además, debe tenerse en cuenta que el precitado artículo 58 de la Constitución consagra el principio de que la propiedad es una función social que implica obligaciones. De ahí que la propiedad privada puede ser objeto de diversas formas de limitación, con sujeción al ordenamiento jurídico y a la justificación legítima en cada caso.*

*Lo anterior no quiere decir que tales actos queden sujetos al arbitrio y capricho de los funcionarios o autoridades pertinentes, ni que sus beneficiarios estén privados de las garantías procesales y de la protección de los derechos patrimoniales que eventualmente resulten lesionados cuando deban ceder ante el interés común, sino que su vigencia o eficacia queda dependiendo de las circunstancias fácticas y jurídicas propias de la materia de cada momento.*

*En la misma providencia de la Corte Constitucional antes citada se dijo que "La propiedad, en tanto que función social, puede ser limitada por el legislador, siempre y cuando tal limitación se cumpla en interés público o beneficio general de la comunidad, como, por ejemplo, por razones de salubridad, urbanismo, conservación ambiental, seguridad, etc.; el interés individual del propietario debe ceder, en estos casos, ante el interés social (...). En efecto, no hay duda de que en virtud de su función social urbanística la propiedad está sometida a una serie de limitaciones legales que afectan básicamente su uso,..." (Subrayado fuera de texto).*

El mismo Consejo de Estado mediante Sentencia de fecha 24 de octubre de 2002, C.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Ref.- Exp- No. 4027, en relación con los derechos adquiridos en materia ambiental, retomó lo expuesto en la sentencia antes citada al señalar:

*"Sobre el alcance de las autorizaciones concedidas a la actora (de carácter ambiental y urbanístico), acogió el criterio expuesto por la Sección Primera del Consejo de Estado en la Sentencia del 12 de agosto de 1999 (Exp. 5500 Consejero Ponente Doctor Juan Alberto Polo Figueroa), según el cual aquellas no generan derechos adquiridos a favor de sus beneficiarios por cuanto se trata de medios propios del poder de policía, cuyo fundamento está en el mantenimiento del orden público".*

De igual forma, a través de la Sentencia T-254 de 1993 la Corte Constitucional desarrolló de manera precisa el efecto que la protección del ambiente tiene sobre el ejercicio de los derechos de contenido económico al señalar:

*"(...)*

*Las normas ambientales, contenidas en diferentes estatutos, respetan la libertad de la actividad económica que desarrollan los particulares, pero le imponen una serie de limitaciones y condicionamientos a su ejercicio que tienden a hacer compatibles el desarrollo económico sostenido con la necesidad de preservar y mantener un ambiente sano. Dichos estatutos subordinaban el interés privado que representa la actividad económica al interés público o social que exige la preservación del ambiente, de tal suerte que el particular debe realizar su respectiva actividad económica dentro de los precisos marcos que le señala la ley ambiental, los reglamentos y las autorizaciones que debe obtener de la entidad responsable del manejo del recurso o de su conservación (subrayado fuera de texto).*

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

*El particular al realizar su actividad económica tiene que adecuar su conducta al marco normativo que la orienta, la controla y la verifica, con el fin de que no cause deterioro al ambiente, o lo reduzca a sus más mínimas consecuencias y dentro de los niveles permitidos por la autoridad ambiental.*

(...)"

Así mismo, en la Sentencia C-431 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, entre otras cosas se señala;

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

Como se puede apreciar, en aras de garantizar el derecho colectivo a gozar de un ambiente sano y por ende la prevalencia del interés general sobre el particular, este Ministerio está facultado para adoptar las decisiones que permitan dar cumplimiento a dicho mandato constitucional y legal y dentro de ese contexto reglamentar, restringir y/o prohibir actividades que atenten contra el medio ambiente y los recursos naturales renovables, en este caso concreto abstenerse de efectuar la sustracción del área de reserva forestal de los motilones por las razones expuestas en la resolución recurrida, reiteradas en el presente acto administrativo.

A lo anterior, debe agregarse que las actividades mineras son altamente impactantes, al extremo que para su explotación se requiere de la obtención de una licencia ambiental. Los principales impactos negativos que ocasiona la minería, se encuentran asociados especialmente al suelo, al agua, al paisaje, a la biodiversidad, al aire, de manera tal que de no manejarse en forma adecuada se pueden constituir en uno de los más importantes problemas ambientales del país, como ya ocurre en algunas zonas como el bajo cauca antioqueño, Dagua en el Valle del Cauca, el centro y sur del Departamento del Cesar, entre otros.

#### **4.2 REGLAMENTACIÓN DEL USO DEL SUELO. EOT. RESERVA FORESTAL LEY 2ª. DE 1959.**

Con relación a este punto, debemos señalar lo siguiente;

Sobre la posibilidad de efectuar sustracciones de las áreas de reserva forestal, este Ministerio se pronunció previamente, y en todo caso, debemos reiterar que esta es una facultad radicada en cabeza de este Ministerio, y el tal sentido, puede o no efectuar dicha sustracción, dependiendo de las condiciones jurídicas, ambientales, sociales, culturales y territoriales que se presenten en cada caso concreto.

364  
854  
7200  
1198

***“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009”***

En la actualidad se está efectuado el ordenamiento y zonificación de estas áreas de reserva forestal, en el entendido de determinar cuáles son las áreas protectoras y cuales las productoras, más no para definir en qué áreas se pueden realizar actividades mineras, por cuanto ese no es el objeto de dicho proceso y además, por cuanto este tipo de actividades están excluidas de las áreas de reserva forestal y solamente en virtud de la sustracción previa de las superficies de las áreas de reserva, sería factible adelantar actividades mineras.

Con respecto a las consideraciones esbozadas por el recurrente sobre los POT y las actividades mineras, debemos señalar que no compartimos lo expuesto en el recurso respectivo por las siguientes razones:

El artículo 35 del código de Minas, expresamente dispone que “Podrán efectuarse trabajos y obras de exploración y de explotación de minas en las siguientes zonas y lugares, con las restricciones que se expresan a continuación:

a) <Literal **CONDICIONALMENTE** exequible. Aparte tachado **INEXEQUIBLE**> Dentro del perímetro urbano de las ciudades o poblados, señalado por los acuerdos municipales adoptados de conformidad con las normas legales sobre régimen municipal, salvo en las áreas en las cuales estén prohibidas las actividades mineras de acuerdo con dichas normas; (...).”

El literal a) fue declarado EXEQUIBLE, salvo el aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-339-02 de 7 de mayo de 2002, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araújo Rentería; en la cual, entre otras cosas se señaló:

***“6. Artículo 35. Zonas de minería restringida.***

La Corte señaló en la Sentencia C-216 de 1993<sup>32</sup> que el establecimiento de zonas restringidas para la minería corresponde a un desarrollo de la función legislativa que permite condicionar las actividades mineras a la expedición de autorizaciones por parte de la autoridad ambiental competente o exigiendo la utilización de métodos de extracción de minerales que no afecten los aprovechamientos económicos de la superficie y sobre la base de que los mineros autorizados, deben garantizar su preservación y asumir responsabilidad real y efectiva frente a ellos.

Como lo hemos venido afirmando a lo largo de estas consideraciones, se trata esencialmente de reconocer la necesidad de contextualizar el tema del medio ambiente y el desarrollo sostenible con la ciencia económica. Consecuencia de lo anterior, es menester implementar desarrollos tecnológicos y acciones de gestión ambiental que permitan una explotación minera sin detrimento de la calidad de las áreas que por sus valores excepcionales para el patrimonio nacional a causa de sus características naturales, culturales o históricas, se reservan para el beneficio de los habitantes del país.

El artículo 35 objeto de análisis es una norma general permisiva, que permite la exploración y explotación minera pero con limitaciones o restricciones. Pretende recoger las normas constitucionales explicadas en la primera parte de esta sentencia, que limitan la actividad minera al bien común, al plan de desarrollo, al derecho a un medio ambiente sano y la protección de biodiversidad en general.

<sup>32</sup> M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

**6.1. Literal a). Zonas urbanas.**

El actor considera inconstitucional la expresión *"de acuerdo con dichas normas"* contenida al final del literal a) del artículo 35 al remitirse únicamente a normas de carácter municipal, con lo cual se desconocerían las normas de superior jerarquía en materia ambiental.

Nuevamente, el demandante realiza una interpretación equivocada de la norma, al establecer un supuesta prevalencia o preponderancia inexistente de la norma demandada sobre las demás. Esta Corporación en anterior oportunidad señaló la interdependencia que debe existir entre las normas ambientales y las propias del ordenamiento territorial, para explicar que aunque existe un ámbito global de la protección ambiental, la actuación local es un imperativo racional y físico en razón a la imposibilidad de actuar globalmente. Es así como se interrelacionan las autoridades ambientales nacionales y regionales con las autoridades territoriales, departamentales y municipales en una total solidaridad jurídica. En dicha oportunidad se dijo:

*"Pues bien, en aras de la consecución de los presupuestos constitucionales que propugnan por un medio ambiente sano, el legislador expidió las Leyes 99 de 1993 y 388 de 1997. La primera creó el Ministerio del Medio Ambiente, reorganizó el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente e instituyó el Sistema Nacional Ambiental (SINA). La segunda modificó las Leyes 9ª de 1989 y 3ª de 1991 buscando armonizarlas, en materia de medio ambiente, con las nuevas orientaciones constitucionales, con la Ley Orgánica del Plan de desarrollo (Ley 152 de 1994), con la Ley Orgánica de Areas Metropolitanas (Ley 128 de 1994) y con la precitada Ley 99 de 1993.*

*A través de la Ley 99 de 1993, se establecieron entonces los fundamentos de la política ambiental colombiana dentro del propósito general de asegurar el desarrollo sostenible de los recursos naturales, proteger y aprovechar la biodiversidad del país y garantizar el derecho de los seres humanos a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza (art. 1º). En este contexto, se reconoció al Ministerio del Medio Ambiente como el organismo rector de la gestión ambiental correspondiéndole definir las políticas y regulaciones a las que queda sometida la recuperación, conservación, protección, ordenamiento, manejo, uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables y el medio ambiente (art. 2º).*

*En igual medida, se reorganizó el Sistema Nacional Ambiental (SINA) como el conjunto de orientaciones, normas, actividades, recursos, programas e instituciones que permiten la aplicación práctica de aquellos objetivos que propenden por la protección del patrimonio natural de la Nación y el mantenimiento de un ambiente sano. Desde el punto de vista de su organización jerárquica, el SINA quedó integrado, en orden descendente, por el Ministerio del Medio Ambiente, las Corporaciones Autónomas Regionales, los departamentos y distritos o municipios (art. 4º).*

*En lo que toca con las Corporaciones Autónomas Regionales, éstas se constituyen en entes corporativos de carácter público, con autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio y personería jurídica, encargadas de administrar, dentro del área de su jurisdicción, el medio ambiente y los recursos naturales renovables para asegurar su desarrollo sostenible (art. 23). En el marco general de sus funciones, se les reconoce entonces como las máximas autoridades ambientales a nivel de sus respectivas jurisdicciones, asignándoles la*

365  
855  
1201  
1199

**"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"**

labor de participar con los demás organismos y entes competentes en los respectivos procesos de planificación y ordenamiento territorial, con el propósito de que el factor ambiental sea tenido en cuenta frente a las decisiones que se adopten en tales procesos (art. 31). En la misma medida les corresponde a las corporaciones autorizar las concesiones, permisos, autorizaciones y licencias ambientales requeridas para el desarrollo y ejecución de cualquier actividad – industrial, forestal, portuaria, de explotación y exploración, de obra, etc- que de acuerdo con la ley o los reglamentos pueda afectar el medio ambiente, alterar el normal desarrollo sostenible de los recursos naturales renovables o, en su defecto, introducir modificaciones notorias al paisaje. (arts. 31, 49 y 50).

Por su parte, la Ley 388 de 1997 actualizó las normas existentes sobre planes de desarrollo municipal (Ley 9ª de 1989) y sobre el sistema nacional de vivienda de interés social (Ley 3ª de 1991), estableciendo los mecanismos que le permiten a los municipios, en ejercicio de su autonomía, promover el ordenamiento de su territorio, el uso equitativo y racional del suelo, y la preservación y defensa del patrimonio ecológico localizado en su jurisdicción (art. 1º).

Haciendo referencia expresa al concepto de ordenamiento territorial, se dispuso en la ley que el mismo comprende el conjunto de acciones político-administrativas y de planificación física emprendidas por los municipios o distritos y áreas metropolitanas, tendientes a disponer de instrumentos eficaces para orientar el desarrollo del territorio bajo su jurisdicción y, de esta manera, regular la utilización, transformación y ocupación del espacio, en armonía con las estrategias de desarrollo socioeconómico y de conservación del medio ambiente (art. 5º).

Se fijan en la preceptiva legal citada, las competencias en materia de ordenamiento territorial correspondiéndole a la Nación el señalamiento de la política general en ese campo, al nivel departamental la elaboración de las directrices y orientaciones para la organización de su territorio, al nivel metropolitano la formulación de los planes integrales de desarrollo metropolitano y, a los municipios y distritos, la adopción de los planes de ordenamiento territorial en armonía con las políticas nacionales, departamentales y metropolitanas (art. 7º).

Dentro de ese contexto, se define igualmente el plan de ordenamiento territorial (POT) como "el conjunto de objetivos directrices políticas, estrategias, metas, programas, actuaciones y normas adoptadas para orientar y administrar el desarrollo físico del territorio y la utilización del suelo" (art. 9º). También se instituyen los denominados planes parciales, entendiendo como tal aquellos instrumentos mediante los cuales se desarrollan y complementan las normas que integran los planes de ordenamiento territorial cuando se trata de determinadas áreas del suelo urbano, áreas incluidas en el suelo de expansión urbana y aquellas que deban desarrollarse mediante unidades de actuación urbanística, macroproyectos u otras operaciones urbanas especiales (art. 19).

A partir de la finalidad asignada a los planes de ordenamiento, se dispone su adopción obligatoria y se prohíbe a los agentes públicos o privados la realización de actuaciones urbanísticas por fuera de las previsiones contenidas en éstos, en los planes parciales y, en general, en las normas que los complementan y adicionan. En este sentido, para efectos del otorgamiento de licencias urbanísticas y para la definición de programas y proyectos de los planes de desarrollo de los municipios, las autoridades administrativas deberán tener en

356  
856  
1202  
J200

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

*cuenta, entre otros, los criterios ambientales fijados en los planes de ordenamiento territorial (arts. 20 y 21).*

*En atención a que la administración del medio ambiente en todo el territorio nacional está a cargo de las Corporaciones Autónomas Regionales –ejercido a nivel de sus respectivas jurisdicciones-, y a que los planes de ordenamiento territorial buscan fijar las políticas y directrices sobre desarrollo físico del territorio y uso del suelo, el artículo 24 de la propia Ley 388 regula lo relativo a las instancias de consulta y concertación que deben surtir los POT a efecto cumplirse el respectivo control ambiental. Se dispone en la norma que, con anterioridad a la presentación del proyecto al Concejo distrital o municipal para su correspondiente aprobación, el POT debe ser sometido a la consideración de la respectiva Corporación Autónoma Regional para que, dentro de los 30 días siguientes, proceda a dar su consentimiento en aquello que guarda relación con los asuntos exclusivamente ambientales. En el artículo 27 se regula el mismo trámite en tratándose de los planes parciales, los cuales deben ser conocidos por la autoridad ambiental competente para que emita concepto dentro de los 8 días siguientes.<sup>33</sup>*

Conforme con lo anterior, la restricción de la minería en el perímetro urbano de las ciudades y poblados se encuentra sujeta a las normas ambientales y de ordenamiento territorial vigentes, agregando una exclusión de la explotación y exploración minera en aquellas áreas donde las normas territoriales lo prohíban expresamente.

Para la Corte es obligatorio advertir que dentro del perímetro urbano de las ciudades o poblados, donde no estén prohibidas las actividades mineras, estas actividades sólo podrán efectuarse previo cumplimiento de las normas ambientales.

En el caso que nos ocupa le asiste la razón al demandante, en cuanto a que la expresión "de acuerdo con dichas normas" da lugar a varios sentidos normativos. Uno de ellos permitiría interpretar que únicamente se refiere a las normas de carácter municipal excluyendo las demás, lo cual atentaría contra la protección ambiental constitucional, al desconocer la relación armónica que deben existir entre la Constitución, las normas de ordenamiento territorial, las normas ambientales nacionales y departamentales y las de cada municipio.

El otro sentido normativo que estaría de acuerdo con los postulados Constitucionales incluye las normas ambientales nacionales, regionales y municipales en concordancia con el Plan de Ordenamiento Territorial, como se señaló en la sentencia C-431 de 2000.

Por otra parte, se debe señalar que la Sección Primera - Sala de lo Contencioso Administrativo – Consejo de Estado, Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA, mediante Sentencia proferida el dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010), dentro del proceso radicado con el No 11001-0324- 000 2005 00185- 01, con respecto al Decreto 2201 de 2003, citado por el recurrente, expresó lo siguiente:

"En otras palabras, el Decreto le está dando desarrollo a las determinantes señaladas en el artículo 10 de la Ley 388 de 1997, en cuanto se trate de los mencionados asuntos, obras o actividades que correspondan a esas

<sup>33</sup> Sentencia C-431 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

***"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"***

determinantes, cuya ejecución le corresponda a la nación, los cuales deben ser tenidos en cuenta como norma de superior jerarquía en la elaboración de los planes de ordenamiento territorial por los municipios en virtud de dicho artículo y no del decreto.

Conviene recabar que los proyectos, obras o actividades considerados por el legislador de utilidad pública, indicados en el artículo 1º del decreto acusado, no pueden ser más que del contenido y para los objetos o fines señalados en las cuatro determinantes del reglamentado artículo 10, lo que significa que no gozan de la preeminencia prevista en este artículo 10 de la Ley 388, los proyectos, obras o actividades que no guarden relación o no se enmarquen en esa cuatro determinantes, que en resumen son:

- Las relacionadas con la conservación y protección del medio ambiente, los recursos naturales y la prevención de amenazas y riesgos naturales.
- Las políticas, directrices y regulaciones sobre conservación, preservación y uso de las áreas e inmuebles consideradas como patrimonio cultural de la Nación y de los departamentos, incluyendo el históricos, artístico y arquitectónico, de conformidad con la legislación correspondiente.
- El señalamiento y localización de las infraestructuras básicas relativas a la red vial nacional y regional, puertos y aeropuertos, sistemas de abastecimiento de agua, saneamiento y suministro de energía, así como las directrices de ordenamiento para sus áreas de influencia; y
- Los componentes de ordenamiento territorial de los planes integrales de desarrollo metropolitano, en cuanto se refieran a los hechos metropolitanos, así como las normas generales que establezcan los objetivos y criterios definidos por las áreas metropolitanas en los asuntos de ordenamiento del territorio municipal, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 128 de 1994 y la presente ley.

De suerte que el Decreto pudo o no haberse expedido y de todos modos tales asuntos siguen siendo parte de las normas de superior jerarquía constituidas por las aludidas *determinantes*, ya que en ellas de suyo están comprendidos "Los proyectos, obras o actividades consideradas por el legislador de utilidad pública e interés social cuya ejecución corresponda a la Nación", por cuanto unos y otras usualmente están referidos a aspectos ambientales, de prevención y protección de la población, conservación del patrimonio ambiental, cultural, arquitectónico, etc, o a infraestructuras básicas relativas a la red vía nacional y regional, puertos y aeropuertos, sistemas de abastecimiento de agua, saneamiento y suministro de energía".

Que de acuerdo con el fallo citado, las actividades que se consideran de superior jerarquía de los POT, son las que expresamente se encuentran contempladas en el artículo 10 de la Ley 388 de 1997, dentro de las cuales no se encuentra las actividades mineras, más si las que se refieren al ordenamiento de las áreas de reserva forestal nacionales.

Así mismo, en la ya referida Sentencia C-339-02 de 2002, la Corte Constitucional entre otras cosas, dispuso:

En la aplicación del inciso 3 se debe seguir el principio de precaución, principio que se puede expresar con la expresión *"in dubio pro ambiente"*. El mismo principio debe aplicarse respecto del inciso cuarto del artículo 34 y que este debe ser observado también al estudiar y evaluar los métodos y sistemas de extracción, en consonancia con el principio número 25 de la Declaración de Río de Janeiro

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

que postula: *"La paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables"*.

Así mismo, como lo recordó esta Corporación en una reciente decisión de constitucionalidad<sup>34</sup> sobre el artículo 1 numeral 6 de la ley 99 de 1993 que recoge el principio de precaución; la "Declaración de Río de Janeiro de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo", ratificada por Colombia, en materia ambiental el principio de precaución determina lo siguiente:

*"Principio 15. Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme con sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente."*

Para el asunto que nos ocupa, esto quiere decir que en caso de presentarse una falta de certeza científica absoluta frente a la exploración o explotación minera de una zona determinada; la decisión debe inclinarse necesariamente hacia la protección de medio ambiente, pues si se adelanta la actividad minera y luego se demuestra que ocasionaba una grave daño ambiental, sería imposible revertir sus consecuencias.

#### 4.3 INEXISTENCIA DE LA ZONA DE AMORTIGUAMIENTO DEL PARQUE NACIONAL NATURAL CATATUMBO – BARI.

En primer lugar, se debe señalar que frente a este tipo de situaciones, este Ministerio actúa a solicitud de parte, en tal sentido a través de la Resolución 2365 de 2009, resolvió la solicitud efectuada a través de comunicación No. 4120-E1-61381 del 15 de julio de 2005, por parte de las Empresas Carboníferas del Catatumbo, Geofisig E.U. y la Compañía Minera Río de Oro Ltda., para la sustracción de la Reserva Forestal de la Serranía de los Motilones, con el objeto de realizar la exploración y explotación de carbón en un área localizada en los corregimientos de Saldaña, Río de Oro, Puerto Barco y La Gabarra en jurisdicción de los municipios de Tibú y Teorama en el departamento de Norte de Santander, de manera tal que la respuesta de este Ministerio consistió en resolver la solicitud conjunta que le fue presentada, lo cual no podía ser de otra manera, de forma tal que no se puede pretender a estas alturas que se resuelva título a título la solicitud conjunta efectuada en su oportunidad.

En cuanto a la zona amortiguadora del Parque Nacional Natural Motilón Barí y su no declaratoria, se debe expresar que si bien es cierto que no existe una declaratoria como tal, no puede desconocerse que tal y como se expresó en el acto administrativo recurrido, que la zonas amortiguadora a cumplen una función de vital importancia en la preservación de las áreas que conforman el sistema nacional de parques nacionales naturales, de los cuales nadie pone en duda su importancia y la necesidad de conservarlos.

En ese sentido, en el Artículo 5, Numeral 8 del Decreto 622 de 1977, se dispone que *"Zona amortiguadora. Zona en la cual se atenúan las perturbaciones causadas por la actividad humana en las zonas circunvecinas a las distintas áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, con el fin de impedir que llegue a causar disturbios o alteraciones en la ecología o en la vida silvestre de estas*

<sup>34</sup> Sentencia C-293 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

307  
887  
1203  
J201

**"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"**

áreas". Este artículo se encuentra en consonancia con lo dispuesto en el artículo 330 del Decreto ley 2811 de 1974, el cual dispone que las mismas se determinarán en la periferia para que atenúen las perturbaciones que pueda causar la acción humana y que en las mismas, se podrán imponer restricciones y limitaciones al dominio.

De manera tal que si bien, es preciso la determinación de la zona amortiguadora, no es menos cierto que en función de atenuar las presiones sobre el área protegida, es factible restringir, limitar, prohibir o condicionar actividades que puedan afectar las áreas del sistema de parques nacionales naturales.

Esta facultad, además contempla la posibilidad de declarar áreas protegidas y ordenar ambientalmente el territorio, por ejemplo ordenando cuencas hidrográficas, bosques, páramos, humedales y manglares, entre otras áreas y ecosistemas estratégicos, siendo esta una facultad a cargo de las autoridades ambientales, en virtud de las funciones legales que les han sido atribuidas a través del Decreto ley 2811 de 1974 y por la Ley 99 de 1993, especialmente en los artículos 5, numeral 18 en el caso del Ministerio de Ambiente y 31, numeral 16 para las CAR.

La facultad de declarar áreas del sistema de parques nacionales naturales y reservas forestales nacionales en cabeza del Ministerio de Ambiente y todas las restricciones que esto involucra, como de las más importantes estrategias de conservación en el marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica, fue declarada exequible a través de la Sentencia C-649-97.

De hecho, en relación con las áreas protegidas en general, en el artículo 2372 de 2010, se dispuso: "**FUNCIÓN AMORTIGUADORA.** El ordenamiento territorial de la superficie de territorio circunvecina y colindante a las áreas protegidas deberá cumplir una función amortiguadora que permita mitigar los impactos negativos que las acciones humanas puedan causar sobre dichas áreas. El ordenamiento territorial que se adopte por los municipios para estas zonas deberá orientarse a atenuar y prevenir las perturbaciones sobre las áreas protegidas, contribuir a subsanar alteraciones que se presenten por efecto de las presiones en dichas áreas, armonizar la ocupación y transformación del territorio con los objetivos de conservación de las áreas protegidas y aportar a la conservación de los elementos biofísicos, los elementos y valores culturales, los servicios ambientales y los procesos ecológicos relacionados con las áreas protegidas.

Las Corporaciones Autónomas Regionales deberán tener en cuenta la función amortiguadora como parte de los criterios para la definición de las determinantes ambientales de que trata la Ley 388 de 1997".

Sobre este aparte, esgrimiremos otros argumentos en las consideraciones de índole técnica.

Sobre la importancia de la actividad minera, la causación de regalías, de empleos, y demás beneficios sociales y económicos y el principio de precaución, estimamos que sobre este aparte, ya nos pronunciamos previamente.

De igual forma, es importante recordarle al recurrente, que las peticiones que se envíen al Ministerio de Ambiente, indistintamente de su finalidad, deben ser formuladas de manera respetuosa, por lo cual no es de recibo que se manifieste que "no se considera conveniente que haya hecho carrera que con motivaciones decididamente superficiales puedan estarse sustrayendo en forma creciente

358  
858  
4204  
2202

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

vastas zonas del territorio nacional, de las posibilidades del desarrollo integralmente concebido", por cuanto es claro que este Ministerio actuó dentro del marco legal, con las motivaciones correspondientes.

En cuanto a que se ha efectuado la inscripción de los títulos citados en el Registro Minero y que dicha situación se constituye como única prueba de los actos y contratos sometidos a ese requisito, es claro que este es un aspecto que aplica para los aspectos mineros, más no para los ambientales y de otra naturaleza. No debe perderse de vista que los derechos que emanan de un título minero, solo se consolidan cuando se han obtenido las autorizaciones ambientales, tanto para la exploración, como para la explotación, y en este caso, concreto, se requiere además, obtener de manera previa a cualquier actividad, la sustracción del área de reserva forestal, sin perjuicio de la obtención de los permisos y licencias ambientales.

#### CONSIDERACIONES TÉCNICAS DEL MAVDT

#### SOBRE EL SUSTENTO DE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN:

##### I. ARGUMENTOS DE LA EMPRESA GEOFISING E.U.

La empresa GEOFISING E.U. expresa como consideración importante que el Ministerio no evaluó en su totalidad la información presentada en el estudio, debido a que han transcurrido cuatro años desde el momento de la iniciación del trámite y la emisión de la Resolución 2365 de 2009, y las condiciones de la región han cambiado desde ese entonces, razones que son ajenas a GEOFISING E.U., exponiendo textualmente que "...de donde las conclusiones que se adoptaron no son consonantes con la situación que en la actualidad puede presentarse en el área objeto de solicitud de sustracción."

En primer lugar, consideramos que esta clase de afirmaciones desvirtúan el trabajo de los profesionales que han aportado sus conocimientos en torno al proceso, y que la información que se solicitó en su debido momento a la empresa GEOFISING E.U. era clara en sus elementos conceptuales y no daba lugar a interpretaciones, y para corroborar este hecho se encuentran los Conceptos Técnicos que en su momento se emitieron, que dieron lugar a tres (3) solicitudes de información adicional emitidas a la empresa GEOFISING E.U.: mediante los documentos con radicados No. 2400-E 2-81084 del 1 de febrero de 2007 donde se pide información adicional al "Estudio Sustentatorio de Compatibilidad Minera en la Reserva Forestal de Teorama", 2400-2-122721 del 28 de noviembre de 2007, y 2400-4-105179 del 15 de septiembre de 2008 ya que no cumplían con los requerimientos planteados en los Términos de Referencia.

Adicionalmente, sobre cada uno de los conceptos de solicitud de información complementaria, se realizaron jornadas de discusión y aclaración con participación de representantes de la GEOFISING E.U., el Director de Ecosistemas y los profesionales que laboraron en los pronunciamientos técnico-jurídicos por parte de esta Dirección, sin que este proceso se viera reflejado en la calidad del documento denominado "Respuesta al oficio con radicado 2400-E2-105179 de 15 de Septiembre de 2008, Versión VI Estudio Sustentatorio de Compatibilidad Minera con la Sustracción de la Reserva Forestal al Norte de Teorama, Norte de Santander", ni de los anteriores al mismo, sobre los que se basó la emisión del concepto técnico que sustenta la expedición de la Resolución 2365 de 2009.

***"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"***

Consideramos que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial como máxima autoridad ambiental del país, está plenamente facultado para solicitar información adicional cuando considere que un proyecto no defina con claridad la manera en que se pueden ver afectados ecosistemas de importancia para el país, como es el caso del Parque Nacional Natural Catatumbo Barí y la cuenca del río Catatumbo, que además es de carácter binacional y de qué manera se podría hacer efectiva la compensación, situación sobre la cual la empresa GEOFISING E.U. debe asumir la responsabilidad de no haber cumplido cabalmente con las solicitudes de información que desde el año 2007 la Dirección de Ecosistemas ha hecho en la materia, ante lo cual no resulta admisible que le traslade la responsabilidad por la duración del trámite a este Ministerio.

En tal sentido es pertinente reiterar que el área en que se localizan los polígonos objeto de solicitud de sustracción, pese a presentar un alto nivel de deforestación causada por el establecimiento de cultivos ilícitos y por otra serie de usos que han causado deterioro, conserva su importancia ambiental por ser colindante con el Parque Nacional Natural Catatumbo Barí, por pertenecer a la cuenca binacional del río Catatumbo, compartida con la República de Venezuela y por guardar conectividad ecológica con el Parque Nacional Sierra del Perijá del país vecino, sin entrar a mencionar los altos valores en biodiversidad que están identificados en diferentes documentos técnicos.

De esta manera, se debe entender que un proceso de Sustracción más que corresponder a un trámite administrativo que debe terminar necesariamente con la aprobación de dicha solicitud, responde a una evaluación técnica que implica una decisión que puede tener consecuencias tanto positivas como negativas para una región o un sector, y no se deben dejar de lado estos análisis, mucho menos cuando se trata de un área que presenta las condiciones anteriormente descritas y que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial tiene la potestad para decidir favorable o desfavorablemente ante una solicitud, cuando así lo estime pertinente y amparado en sus funciones y en el cumplimiento de preceptos constitucionales donde debe primar el beneficio general sobre el interés particular.

Si el Ministerio en los Conceptos Técnicos parciales solicitó información que no contenían los estudios, esto implicaba que se actualizara la información objeto de evaluación, o que en caso de que ya existiera fuera incluida por parte de la empresa GEOFISING E.U. En este sentido, no puede utilizarse como argumento para no cumplir con las solicitudes del Ministerio, que la información perdió vigencia desde el año 2006, y en caso de ser así, hay un mayor *sustento para adoptar las decisiones que integran la Resolución 2365 de 2009 negando la solicitud de sustracción.*

***En relación con la zona amortiguadora del Parque Nacional Natural Catatumbo Barí, la empresa GEOFISING E.U. expresa que esta no se encuentra definida y que por lo tanto carece de fundamento que este Ministerio estime que al encontrarse el proyecto en el área de influencia del mencionado Parque Nacional conformará parte de la zona de amortiguación del mismo.***

Como ya lo expresó ante esta Dirección, la Unidad de Parques Nacionales a través del Director de la Oficina Territorial Norandina en su comunicación remitida con el radicado No. 1899 del 14 de agosto de 2007, que se encuentra en el expediente SRF 009, donde se señala textualmente: *"Para dar respuesta al oficio No. 2100-2-67306 de, del 03 de julio de 2007, respetuosamente me permito*

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

*informar que dentro del Plan de Manejo del Parque Nacional Natural Catatumbo Barí esta zona se encuentra contemplada dentro de la propuesta de delimitación, reglamentación y adopción de la Zona Amortiguadora del área protegida.* (Subrayado fuera de texto)

Así mismo en la respuesta al Derecho de Petición con No 10069 del 21 de Octubre de 2008, el Subdirector Técnico de la Unidad de Parques responde textualmente al recurrente lo siguiente:

"(...)

1. *El área del polígono se encuentra colindante con el Parque Nacional Natural Catatumbo Barí, tal como se observa en el mapa anexo.*
2. *El Parque Nacional Natural Catatumbo Barí no ha definido su zona de amortiguación pero se encuentra adelantando un proceso para su definición.*
3. *A pesar de que el proyecto de la referencia no se vaya a desarrollar en áreas del SPNN, el tema está claramente definido dentro del decreto 500 del 2006, por el cual se modifica el Decreto 1220/05, reglamentario del Título VIII de la Ley 99....."*

En el ámbito de las competencias de este Ministerio, desde el año 2007 se ha hecho claridad en que el área objeto de solicitud se encuentra colindante con el Parque Nacional Natural Catatumbo Barí, y se ha aportado información que no deja dudas al respecto, y en vista de que GEOFISING E.U. en ninguno de sus documentos hizo claridad respecto a la localización exacta de sus polígonos, la distancia de los mismos al Parque y la zonificación interna de los mismos, de manera que se pudiera determinar el posible efecto de la actividad respecto de dicho Parque Nacional Natural y en general de la cuenca del río Catatumbo; entre las principales razones que sustentan la decisión contenida en la Resolución 2365 de 2009.

Finalmente se hace cita textual del Concepto Técnico radicado con No. 2100-4-94840, acogido por la Resolución 2365 de 2009 y se incluyen a continuación una serie de aclaraciones respecto a los documentos presentados por la empresa que demuestran su viabilidad, señalando que este ".....consagra razones suficientes para entender que se constituye un propósito de utilidad pública e interés social, en aspectos tales como la generación de empleo mejoramiento socioeconómico; regalías de la Nación, conservación, recuperación y fomento del medio ambiente y de la cultura ambiental".

No se estima pertinente evaluar ni conceptuar acerca de la nueva información que se incluye como parte del punto denominado SUSTENTO DEL RECURSO, ya que esta no se incluyó en su momento en respuesta a las solicitudes de este Ministerio, y por lo tanto no conforman un argumento válido para sustentar el recurso de reposición frente a la Resolución 2365 de 2009, a pesar de que la pretensión es dar claridad sobre la información adicional que el Ministerio a lo largo del proceso requirió por parte de la empresa GEOFISING E.U., que en su momento no fue entregada.

Adicionalmente se hacen aclaraciones y ampliación de información que en su momento el Ministerio a través de la Dirección de Licencias solicitó acerca de los documentos que sustentaban la solicitud de sustracción, mediante los radicados No. 2400-E 2-81084 del 1 de febrero de 2007 y 2400-2-122721 del 28 de

369  
859  
1205  
1203

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

noviembre de 2007. Esta nueva información contiene aclaraciones sobre los siguientes puntos:

*1. Relación del proyecto con la región y el ordenamiento territorial*

*El recurrente argumenta que de acuerdo con las claras las implicaciones que trae un proyecto minero con las características de la extracción planteada en la zona del Extremo Norte del municipio de Teorama, se ha tenido en cuenta en todo momento la afectación en los ecosistemas naturales que son parte del área de influencia. Por esta razón y siendo conscientes de la importancia de las poblaciones vegetales y animales presentes, se planteo desde un principio la evaluación detallada de cada componente ambiental (Anexo D), con el fin de no intervenir de forma irreversible un área con valores altos de biodiversidad.*

*Por otra parte, hay que tener en cuenta que la actividad minera no solo produce un impacto ambiental. También produce lo que se denomina Impacto Socioeconómico, es decir, una alteración sobre los modos de vida y la economía de la región en la que se implanta. Para el caso particular estas afectaciones generan mejoras, en un principio aumentando la calidad de bienes y servicios ambientales y en un segundo ámbito mejorando la dinámica social, en cuanto a la cultura pasiva de las comunidades que habitan esta región.*

Respecto a la afirmación por parte del recurrente que señala que, se ha tenido en cuenta en todo momento la afectación en los ecosistemas naturales que son parte del área de influencia, la Dirección de Ecosistemas ha expresado en los diferentes conceptos técnicos, que en los documentos entregados por la empresa GEOFISING E.U. se hacen afirmaciones sobre el escaso valor ambiental que el área tiene y propuestas de compensación que no son congruentes con la información proveniente del diagnóstico, que de ninguna manera se compadecen con lo que señala el recurrente en lo subrayado arriba, de las cuales podemos hacer algunas citas textuales del último documento que la empresa ha entregó ante el Ministerio:

Documento "RESPUESTA AL OFICIO CON RADICADO 2400-E2-105179 DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2008. SOLICITUD SUSTRACCIÓN ÁREA DE LA RESERVA FORESTAL DE LOS MOTILONES, EXPEDIENTE SRF-009.VERSIÓN IV – NOVIEMBRE 2008":

*Página 8: "El área solicitada para sustracción se localiza entre 50 a 350 m.s.n.m. NO posee zonas de alta sensibilidad y fragilidad ecosistémicas, ya que no existen nacimientos de ríos, por cuanto las pendientes en el área no son superiores al 20%, no existen especies vegetales y/o animales endémicos, en vía de extinción o de interés científico que limiten el desarrollo del proyecto minero, como se describe en el capítulo 2, numeral 2.16 sobre consideraciones para la realización del proyecto carbonífero del documento titulado "Estudio Sustentatorio de Compatibilidad Minera en la Reserva Forestal del Municipio de Teorama", presentado en Agosto de 2006."*

*(...)*

*"Este panorama ha sido confirmado por los distintos reconocimientos de campo a lo largo de 15 años, realizado por los profesionales que han*

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

*participado en los diferentes estudios técnicos (geológicos, sociales y ambientales) de la zona, y posiblemente por el MAVDT que ha autorizado en varias oportunidades fumigaciones para erradicar cultivos ilícitos."*(Subrayado fuera de texto)

Página 9: "3.2. Áreas de Alta Sensibilidad y Fragilidad.

*3.2.a. Generalidades: Dada la fuerte intervención que ha sufrido el Ecosistema Forestal debido a más de 30 años de colonización, a más de 20 años de continuos cultivos ilícitos y a más de 10 años de periódicas fumigaciones aéreas con Glifosato y otros pesticidas, SE CONCLUYE que en la actualidad NO HAY ECOSISTEMAS que puedan ser afectados en su sensibilidad y fragilidad, por el Proyecto Minero a efectuarse en el área a sustraer, por estar altamente afectados por intervención antrópicas y las continuas fumigaciones realizadas en el área.*

*Con base a lo antes descrito, es procedente la exclusión del área solicitada de la Reserva Forestal, maxime cuando la misma se restablecerá una vez existan áreas habilitadas para desarrollar las medidas de mitigación ambiental, como su respectiva recuperación."*

Es evidente con las afirmaciones anteriormente señaladas que no existe un análisis integral de los recursos naturales que se verán afectados por el desarrollo del proyecto minero y que se está sustentando la posibilidad de adelantar las actividades, en la afectación que presentan los ecosistemas en la actualidad, ante diferentes eventos, pero se concluye que no hay ecosistemas que puedan ser afectados por la actividad. Así mismo se menciona que no existen nacimientos de ríos por cuanto las pendientes en el área no son superiores al 20% y que además "no existen especies vegetales y/o animales endémicos, en vía de extinción o de interés científico...", afirmación bastante cuestionable, tratándose de áreas que a pesar de presentar alteración, son colindantes con un área del Sistema de Parques Nacionales Naturales y cuya importancia a nivel ecosistémico y en términos de biodiversidad ha sido ampliamente estudiada; y que además presenta un gran cantidad de nacimientos de quebradas que tributan sus aguas a la cuenca del río Catatumbo.

En este sentido, en primer lugar ratificamos lo que se dijo en el Concepto Técnico que sustentó la expedición de la Resolución 2365 de 2009, que en su página 57 señala textualmente: "Esto se suma a la importancia del área por la provisión de bienes y servicios ambientales como muestra el Mapa Anexo G, donde se evidencia que en las áreas solicitadas en sustracción hay un número aproximado de 37 nacimientos de agua que hacen parte de las cuencas de los ríos De Oro, San Miguel y Eusebio, que tributan sus aguas al Río Catatumbo."

Así mismo, vale la pena mencionar un ejemplo de la importancia en términos de biodiversidad que desvirtúan las afirmaciones del recurrente, citamos algunos de los elementos de importancia del Parque Nacional Natural Catatumbo Barí, que se pueden consultar en la página WEB de la Unidad de Parques Nacionales:

"Fauna:

*La fauna del Parque Catatumbo Barí es sumamente variada, pues incluye especies propias, tanto del bosque húmedo tropical, como del bosque subandino. Es por esta razón que junto al jaguar y la danta, propios de las tierras más bajas, se puede encontrar al oso de anteojos, un animal andino. Muchas especies de primates pueblan las copas de los árboles. Entre las*

570  
860  
1206  
1264

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

aves se cuentan algunas endémicas como el paujil moquiamarillo y el copete de piedra, así como el hormiguero pico de hacha. También es característica del parque la gran abundancia de especies de peces.

Vegetación:

*El territorio está cubierto en su gran mayoría por bosque primario, es decir, que no ha sido intervenido. Dentro de los árboles nativos se encuentran el cedro, la Ceiba, el Abarco (Cariniana pyriformes, que presenta problemas de conservación), el Perrillo, el Lechero, el Cascarillo, el Pegachento, la Majumba y el Caraño.*

*Las plantas trepadoras constituyen un elemento muy importante y las epifitas son bastante frecuentes, pues la humedad predominante favorece su desarrollo. En este grupo sobresalen las orquídeas que crecen sobre las ramas de los árboles." (Subrayado fuera de texto)*

Este tipo de incongruencias entre las afirmaciones o citas técnicas contenidas en los diferentes estudios entregados por GEOFISING E.U. se evidencia en apartes de documento denominado "Adición, Complementación y Modificación al Estudio Sustentatorio de la Compatibilidad Minera en la Sustracción de la Reserva Forestal del Norte de Teorama. Respuesta al memorando No 2400-2-122721 del 28 de Noviembre de 2007 del MAVDT", que en relación con la descripción de la ictiofauna menciona textualmente lo siguiente en la página 22:

"La región del Río Catatumbo pertenece a la provincia biogeográfica del Lago de Maracaibo (Mago, 1970). La cuenca del Catatumbo a pesar de su importancia biogeográfica, es quizás una de las regiones menos estudiadas en el país, especialmente en lo que atañe al presente sólo se conocen estudios de Del Real (1973), el cual presenta consideraciones bastante generales sobre la situación pesquera de la región; Valderrama (1982), quien en su diagnóstico pesquero de la cuenca llama la atención acerca del casi total desconocimiento de las especies, de los factores ambientales que rigen la biología de los peces y del potencial pesquero de la región ...."

El texto citado hace énfasis en la importancia biogeográfica que tiene la región del Catatumbo y el desconocimiento que se tiene en cuanto al recurso ictiológico, condición que a la hora de hacer afirmaciones como las relacionadas con la falta de importancia de los ecosistemas presentes, dejan mucho que desear en cuanto al rigor técnico de las afirmaciones de la empresa y generan un nivel de incertidumbre, que amerita la aplicación del principio de precaución, como efectivamente el Ministerio lo hizo.

Por otra parte, en relación con la respuesta dada al punto 4, en el documento de respuesta al radicado No. 2400-E2-105179, que se enfoca a definir las medidas que se tomarán para mitigar el efecto sobre la población colona de la zona, específicamente sobre las fuentes hídricas, vale la pena citar textualmente este aparte:

"Punto 4. En cuanto al Programa de Gestión Social, se debe incluir qué medidas se tomarán para mitigar el efecto que sobre la población colona de la zona tendrá la afectación de las corrientes hídricas de las que actualmente se proveen y que el proyecto minero afectará.

3AT  
861  
1204  
1205

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

Respuesta:

*Como respuesta a este punto se plantea que en el marco del Programa de Gestión Social se dará la compra de las mejoras a los propietarios de los 25 predios y que los habitantes serán invitados a trabajar en el proyecto y harán parte de las acciones de reubicación, que estarán Coordinadas con el Gobierno Nacional, Regional y Local con el apoyo de las empresas mineras.*

*Se establece que el "área a sustraer y su zona de influencia (0,5 a 3 kilómetros de distancia) NO DEBE ESTAR POBLADA; por lo tanto NO HABRÁ AFECTACIÓN ALGUNA de las necesidades hídricas para las comunidades. El recurso hídrico será afectado paulatinamente con el avance de la explotación minera a cielo abierto, ya que es necesario desviar algunos cauces y otros desaparecerán temporalmente..." (Subrayado fuera de texto)."*

Afirmaciones como la anteriormente señalada, genera incertidumbre sobre esos beneficios sociales que se la empresa pretende brindar a la comunidad, ya que simplemente se dispone que no habrá afectación porque toda la gente va a salir de las áreas objeto de solicitud de sustracción, lo cual claramente desvirtúa lo planteado en la página 12 del texto del recurso de reposición que semana textualmente "....Para el caso particular estas afectaciones generan mejoras, en un principio aumentando la calidad de bienes y servicios ambientales y en un segundo ámbito mejorando la dinámica social, en cuanto a la cultura pasiva de las comunidades que habitan esta región"

*Como se pone de manifiesto en los párrafos anteriores, hay que diferenciar tres aspectos: la prevención del impacto (que se desarrollará antes o durante las labores de explotación), la restauración del terreno, que consiste básicamente en devolverle en lo posible su aspecto original, y la remediación, que pretenderá solucionar los problemas de mayor impacto, no solucionables mediante la simple restauración. (HIGUERAS, 2001)*

*El proyecto pretende involucrar a los habitantes en la recuperación del área: enseñándoles a ser autosuficientes con formas de trabajo legales y seguras (participando en actividades como: implementación de viveros forestales, siembra y manejo de plantaciones, adecuaciones viales, entre otras). Mostrándoles las consecuencias de la deforestación en general y este caso con el agravante de estar destruyendo áreas boscosas de importancia nacional como el PNNC-B.*

En la página 11 del documento "RESPUESTA AL OFICIO CON RADICADO 2400-E2-105179 DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2008. SOLICITUD SUSTRACCIÓN ÁREA DE LA RESERVA FORESTAL DE LOS MOTILONES, EXPEDIENTE SRF-009", se cita el contenido de la página 232 del documento "ESTUDIO SUSTENTATORIO DE COMPATIBILIDAD MINERA EN LA RESERVA FORESTAL DEL MUNICIPIO DE TEORAMA", que menciona textualmente "Se propone realizar la compensación ambiental por medio de un programa de revegetalización que se realizará en el municipio de Tibú, correspondiente a 4000 hectáreas ubicadas dentro del polígono que se especifica en la Tabla 69 y en la Plancha 25".

***"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"***

No obstante al observar las propuestas de revegetalización contenidas en el primer documento citado, únicamente se hace una propuesta particular para adelantar estas acciones en el marco de una actividad denominada "Proyecto de Reforestación de Márgenes Hídricas y Áreas de Captación de Aguas", donde se propone la siembra de 674 hectáreas con la especie *Guadua angustifolia*. Esta medida no es concordante con las características del área diagnósticada, ni la especie a utilizar se encuentra en algún grado de amenaza ni en la región ni en el país, y no se entiende de qué manera esta acción corresponde con el texto citado de HIGUERAS, 2001, que dice: "la restauración del terreno, que consiste básicamente en devolverle en lo posible su aspecto original".

Llama la atención que en los documentos denominados "Estudio Sustentatorio de Compatibilidad Minera en la Reserva Forestal de Teorama" e informe "Estudio Sustentatorio de Compatibilidad Minera en la Reserva Forestal al norte del municipio de Teorama (ESCM-RFT)- Versión de 18 de Diciembre de 2006", en los apartes relacionados con la descripción del medio biótico, señalen elementos como los siguientes:

*"Bosque primario intervenido: Se efectuaron levantamientos de información en septiembre de 2006, lo cual permitió identificar 300 individuos pertenecientes a 58 especies y 28 familias.*

(...)

*Bosque secundario: Se efectuaron levantamientos de información en septiembre de 2006, lo cual permitió identificar 246 individuos pertenecientes a 44 especies y 27 familias...."*

Sin embargo la diversidad de especies forestales encontrada en los muestreos de vegetación, no es tenida en cuenta en el momento de definir acciones correctamente enfocadas en relación con lo que una propuesta de compensación que implique la restauración ecológica, debe plantear.

- 2. Aclaración acerca de la localización del proyecto y distancia de los polígonos de los contratos mineros, respecto al Parque Nacional Natural Catatumbo Barí y su inclusión dentro de la futura zona de amortiguación del mismo. En dicho aparte de la solicitud nuevamente se hacen afirmaciones que no dejan claridad respecto a la manera en que se adelantarán las actividades mineras, y más bien vuelven a plantear la poca importancia ambiental del área, a pesar de colindar con el Parque Nacional mencionado, que se citan a continuación:***

*"En este contexto, se encontró también, como en muchas otras zonas, que el área en teoría perteneciente a la zona mencionada de amortiguación se encuentra degradada y sus condiciones actuales y futuras en caso de no existir la intervención humana apropiada, aumentarían el peligro de deterioro en áreas ya delimitadas como parte del PNNC-B.*

*La restauración de un terreno afectado por la minería consiste en devolverle en lo posible su aspecto original, previo a la realización de las labores de extracción minera. A pesar de esto, en este caso, el objetivo no sería el anterior mencionado ya que los planteamientos iniciales, propuestos en general para zonas de amortiguación, se ven amenazados y se requiere alterar el concepto básico de preservación*

352  
862  
1208  
1206

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

con el que en teoría se definiría esta zona, y por otro lado se hace necesario implementar estrategias que garanticen la obtención de servicios ambientales de vital importancia para la preservación de los bosques primarios que conforman el parque.

En ninguno de los documentos que fueron objeto de análisis previo a la emisión del Concepto Técnico, se aportó esta información, y por lo tanto se considera que esta aclaración es una nueva información, y por lo tanto no será objeto de análisis ni de pronunciamiento por parte del Ministerio en relación con las pretensiones del recurrente. Para definir la distancia aproximada de los polígonos se recurrió a la cartografía impresa y en formato digital entregada por la empresa GEOFISING E.U., utilizando para ello las escalas de los mapas aportados.

Este hecho llevó a concluir que los polígonos objeto de solicitud de sustracción se encontraban colindando o a unas distancias muy cercanas al Parque Nacional Natural Catatumbo Barí, situación que es corroborada por la información contenida en la respuesta institucional emitidas por la Unidad de Parques Nacionales mediante radicado No. 10069 del 21 de Octubre de 2008, , donde el Subdirector Técnico de la Unidad de Parques se refiere textualmente a la "colindancia" de los polígonos con dicho parque nacional natural (Anexos C-1.1, C-1.2 y C-1.3 del documento denominado: RESPUESTA AL OFICIO CON RADICADO 2400-E2-105179 DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2008. SOLICITUD SUSTRACCIÓN ÁREA DE LA RESERVA FORESTAL DE LOS MOTILONES, EXPEDIENTE SRF-009).

El cuadro que aparece en el texto del recurso de reposición, está aportando información nueva, y por lo tanto no será objeto de análisis para dar respuesta a dicho recurso, con lo cual tampoco se estaría dando respuesta a lo que el Ministerio solicitó en el oficio con radicado 2400-E2-105179 de 15 de septiembre de 2008, que decía textualmente:

"Punto 1. Es necesario que Geofising aclare definitivamente el área solicitada a sustraer, diferenciando aquella que corresponde a los títulos mineros otorgados y a la vía perimetral proyectada construir. No se admitirán áreas adicionales en las que se pretendan ubicar botaderos de estériles, sitios de disposición de capa vegetal, o zonas de manejo ambiental del proyecto (revegetación y control de erosión), en razón a que estas son áreas que corresponden a actividades propias de la explotación minera y por tanto deben estar dentro de los límites del área del título otorgado.

Es necesario que se indique claramente las coordenadas del área de la vía perimetral que se construirá y que estaría por fuera de los polígonos de los contratos mineros."(Subrayado fuera de texto)

3. Acuerdo frente a la existencia de territorios ancestrales de la etnia Motilón- Barí en los sitios objeto de ejecución del proyecto, y la necesidad de adelantar el proceso de Consulta Previa.
4. Aclaración respecto a que la certificación del INCODER respecto a la existencia de baldíos en el área objeto de solicitud de sustracción, se anexó en documentos anteriores.

El recurrente expresa su acuerdo con la necesidad de adelantar el proceso de consulta previa, como argumento para no aprobar la solicitud de sustracción, no obstante argumenta que de ser así, la decisión contenida en la Resolución 2365

***“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009”***

de 2009 también debió haber sido consultada con las comunidades indígenas en el marco de un proceso de consulta previa.

Sobre este aspecto, es claro que corresponde al interesado en un proyecto, obra o actividad adelantar el proceso de consulta previa con las comunidades afectadas, desde la concepción, desde la prefactibilidad del proyecto, en tal sentido, corresponde al Estado, en este caso a este Ministerio y al del Interior y Justicia, velar porque se cumpla dicho proceso en forma cabal y que se garanticen los derechos de dichas comunidades.

5. ***Aclaración respecto a la vía de acceso que permitiría el transporte del carbón, que necesariamente estará localizada en algún tramo dentro de la Reserva Forestal de la Serranía de Los Motilones. A este respecto el recurrente expresa textualmente:***

***“El concepto del MAVDT sobre las vías a utilizar no es cierto bajo el argumento de que las vías para la salida del Carbón quedarán dentro de la zona de Reserva Forestal. En un principio se planteó que el patio de acopio y el área de administración y talleres podría quedar dentro de la Reserva Forestal, pero dadas las limitaciones de hacer obras civiles dentro de esta área de reserva, el proyecto replanteó la reubicación de patios de acopio, área de administración y talleres por fuera de la zona de reserva forestal, y en particular las vías para sacar el carbón estarán ubicadas por fuera de la reserva forestal. De tal forma que la vía que va del río Eusebio a la Vereda El 40 y de allí a Puerto Barco y luego a la Gabarra estará en su totalidad en jurisdicción del municipio de Tibú (Tibú realizó la respectiva sustracción de más de 300 000 hectáreas de su municipio en el año 1969).”*** (Subrayado y negrillas fuera de texto)

Esta afirmación vuelve a dejar dudas respecto a la coherencia técnica de la respuesta, especialmente porque al interior de los polígonos solicitados en sustracción existe una zonificación que plantea que no se dará la intervención total de las áreas objeto de solicitud de sustracción, ya que existen zonas denominadas Zonas de Intervención con Restricciones y Zonas de No Exclusión, las cuales, al no existir vías de acceso de alguna manera se verían afectadas por la construcción de vías internas de acceso, para el transporte interno del material explotado.

Al respecto también llama la atención que no existen vías de acceso que conecten las vías existentes con las áreas de los polígonos objeto de sustracción, luego definitivamente será necesario construirlas, lo cual implicaría intervención para estos fines sobre un sector de la reserva, que nuevamente no se tiene claro en donde estaría.

6. ***Aclaración sobre la desarticulación que existe entre la propuesta de compensación y las disposiciones en materia de protección ambiental que CORPONOR y los entes territoriales han definido en las áreas de su jurisdicción.***
7. ***Aclaración respecto a las especies que fueron seleccionadas en el plan de revegetalización y el éxito comprobado que estas han tenido en otras regiones del país.***

373  
JEB  
1209  
1207

**"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"**

Respecto a estos dos puntos el recurrente se dedica a exponer las bondades de los procesos de revegetalización con la especie *Guadua angustifolia*, que han sido probados con éxito en otras zonas del país, lo cual de una parte reafirma la validez de las observaciones del ministerio respecto a la desarticulación entre el diagnóstico, con el respectivo listado de las especies encontradas en el área y las medidas propuestas, y también evidencia la falta de interés por parte de la empresa en presentar un documento técnico que aporte datos confiables, respecto de las medidas de restauración que se proponen.

8. **Presentación de un mapa de localización de los sitios objeto de compensación respecto de la reserva forestal de la Serranía de Los Motilones, que no se allegó en su momento como respuesta a los requerimientos de información por parte de este Ministerio solicitada mediante los radicados No. 2400-E 2-81084 del 1 de febrero de 2007 y 2400-2-122721 del 28 de noviembre de 2007.**

Sobre este aparte se entrega un mapa con nueva información en el que se incluyen los límites de la Reserva Forestal Serranía de los Motilones (Anexo I). En él, se resalta que la Zona C como "zona de restauración posterior a la extracción de carbón" y las denominadas Zona A y Zona B se definen como "Zonas de Compensación Forestal. No obstante por tratarse de nueva información, no se considera pertinente evaluarla, pues no se presentó en el momento en que el Ministerio la requirió.

9. **Aclaración acerca de la afectación de las dimensiones de la afectación de los acuíferos existentes en el área objeto de sustracción que en su momento no se presentó.**

Por tratarse de nueva información, no se considera pertinente evaluarla, pues no se presentó en el momento en que el Ministerio la requirió.

10. **Aclaración respecto de la información faltante en todos los documentos presentados a la fecha por GEOFISING E. U. en relación con la definición de zonas de exclusión que afectarán directamente los nacimientos y cauces de las quebradas.**

Se reconoce que esta información no se incluyó en su momento pero que luego de reevaluar lo expresado por el Ministerio ahora si se incluirá, lo cual se menciona textualmente "Las fuentes hídricas presentes en el área de explotación, no fueron contempladas en los estudios pasados como áreas de protección; sin embargo, después de analizar la importancia y la dinámica actual de estos recursos se ha decidido que los afluentes hídricos serán parte de áreas de preservación (exclusión de la minería) en donde el proyecto implementará programas que permitan conservar los cauces y prevenir daños."

11. **Aclaración sobre la no inclusión de medidas relacionadas con la protección y conservación de fauna que de acuerdo con los estudios presentados por GEOFISING E.U. se encuentra reportada en los libros rojos de especies amenazadas. Respecto a este tema la empresa propone adelantar nuevos estudios diciendo textualmente "Para lograr este objetivo GEOFISING E.U. propone profundizar los estudios fáusticos con el fin de llegar a un estado de conocimiento adecuado de las especies con su distribución y costumbres en el área específica del proyecto.....".**

***"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"***

Estos este último punto se considera como nueva información, ya que no se presentó en ninguna de las respuestas a las solicitudes del Ministerio, y por lo tanto no deben ser objeto de análisis.

## **II. ARGUMENTOS DE LAS EMPRESAS PROMEXCO S.A., PROMINORTE S.A. Y SOMIGAR S.A.**

Sobre este aspecto, las empresas PROMEXCO S.A., PROMINORTE S.A. Y SOMIGAR S.A., a través del señor Gonzalo Escobar, en el recurso aludido señalan lo siguiente:

1. En relación con los aspectos técnicos su Despacho señala a partir de la Página 54:

***"Que en el Programa de Gestión Social, no se incluyen estrategias para el manejo de la afectación por el proyecto en términos de oferta y demanda de servicios: específicamente lo relacionado con el de acueducto; igualmente, acorde con lo establecido en los términos de referencia, no se especifican aquellas acciones conducentes al manejo del tema de salud ocupacional.***

***Con respeto a las acciones planteadas en el proyecto Desarrollo Agroindustrial en el Corregimiento de La Gabarra, es preciso que se cuente con la anuencia de la población que estará involucrada en su desarrollo, ya que puede resultar en algo impuesto y en consecuencia no tener éxito en su implementación."***

De acuerdo con lo indicado en la Sección V. Aspectos de manejo ambiental, numeral 1. Programas de gestión social, del documento "Estudio sustentarlo de compatibilidad minera en la reserva forestal del Municipio de Teorama" presentado en el año 2006, los proyectos incluidos en los Programas de Gestión Social son el resultado del análisis de la situación de la región durante los estudios que se terminaron en el año 2006, pero tanto los programas como los cronogramas para su implementación pueden variar, dependiendo de la situación técnica, económica, social y ambiental que se presente en el momento de su implementación, por lo tanto en el momento en que se vayan a ejecutar estos programas se hará necesario actualizar los programas de gestión social teniendo en cuenta las necesidades en ese momento de la población y lógicamente contando con la anuencia de la población.

De otro lado en varias de las fichas presentadas se hace referencia al tema de salud ocupacional y a las obras de infraestructura, lo que al momento de su implementación, no excluyen el acueducto.

En primer lugar el recurrente no señala a qué documento se refiere cuando menciona "...su despacho señala a partir de la página 54.", lo cual no permite determinar si se trata de los conceptos emitidos por el Ministerio o la propia Resolución 2365 de 2009. Se reitera que en las fichas correspondientes los argumentos esgrimidos por la empresa GEOFISING E.U. no muestran elementos que permitan verificar si las acciones propuestas se articulan con las proyecciones de las autoridades ambientales o entes territoriales, o con la realidad de las comunidades asentadas en el área, de hecho no se menciona en las fichas cuál es la comunidad beneficiaria de las acciones presentadas en el

377  
JGA  
H210  
1208

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

Programa de Gestión Social. Se reitera que el documento lanza propuestas genéricas que serían aplicables a cualquier región geográfica del país, considerando de manera muy general la información diagnóstica existente.

*"Que el Programa de seguimiento debe estar estructurado, no solamente en la correcta ejecución de obras mediante las acciones de una interventoría, sino de manera que permita evaluar la ejecución de los planes de manejo ambiental en los diferentes programas que se plantearon, el comportamiento del entorno ambiental en relación con los impactos y su manejo por parte del operador del proyecto minero."*

Con base en lo incluido en la sección V. Aspectos de manejo ambiental, numeral 7. Programa de seguimiento, del documento "Estudio sustentarlo de compatibilidad minera en la reserva forestal del Municipio de Teorama" presentado en el año 2006, se indica que:

"El programa de seguimiento tiene como objetivo evaluar la evolución ambiental y social del área por medio del control de determinados parámetros de acuerdo con el elemento que se esté evaluando. Con este programa se vigilará el cumplimiento de los programas ambientales propuestos con una interventoría realizada por un equipo profesional que será el responsable de evaluar la efectividad de las medidas, y de velar por su adecuada ejecución.

Para ello se realizará control permanente durante la ejecución de las medidas. Y la realización de las obras propuestas dentro de este documento, con el fin de que estas tengan la calidad necesaria y cumplan el propósito para el que fueron diseñadas.

Otra de las funciones del programa de seguimiento será evaluar los resultados del programa de monitoreo y proponer modificaciones a las medidas ambientales o establecer medidas adicionales cuando fuera necesario."

Igualmente en cada una de las fichas incluidas en el numeral 1, de la Sección V, citada anteriormente, se indican las medidas de monitoreo de seguimiento.

A pesar de ser incluidas actividades de seguimiento en las fichas correspondientes, estas se presentan en función del impacto ambiental causado, pero especificadas de manera general sin explicar sus alcances ni el propósito de realizar actividades como encuestas o medición de parámetros en cada tema, ni el por qué de las cifras que allí aparecen.

Estos aspectos se estuvieron solicitando a la empresa GEOFISING E.U: desde el primer concepto técnico emitido por la Dirección de Ecosistemas, el cual en el acápite IV. Aspectos de Manejo Ambiental, Numeral 6 establecía textualmente: "En el Programa de Monitoreo, es necesario definir las técnicas, los métodos de muestreo y el análisis de la información colectada para cada uno de los diferentes parámetros planteados como indicadores en los diferentes componentes"

*"Que no es concreta la vía que utilizarán para el transporte del carbón, en razón a que se plantean infraestructuras cuya ejecución dependen de la voluntad del gobierno venezolano en efectuar este tipo de explotación,*

***"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"***

*aspecto que le resta viabilidad de efectuarse. De otro lado, se plantea la construcción de una carretera o ferrocarril de unos 120 km que conecten a La Gabarra con Curumaní en el Cesar, e igualmente se mencionan los aspectos que la obra implicará en términos de infraestructura del desarrollo minero; sin embargo, cualquiera que sea la alternativa de vía de transporte que se viabilice, gran parte de su trazado se hará dentro de la zona de reserva forestal de la Ley 2a lo cual sería objeto de sustracción."*

Es importante considerar que en la zona existen varios carreteables como el de Río de Oro-La Gabarra-El 19-Tibú a los que pueden darse mantenimiento para operar el proyecto, de acuerdo con la viabilidad técnica y económica que se determine en el Estudio de Factibilidad, adicionalmente existen otras opciones que pueden ser consideradas como la de beneficiar el carbón para la generación de energía, cumpliendo todos los requisitos legalmente exigidos, por lo que tales alternativas viales se consideran, sin perjuicio de que el INVÍAS u otros entes estatales a los que corresponde la competencia para la construcción de vías desarrollen otras y no los particulares a los que sólo les corresponden las vías internas de los proyectos.

Se reitera que de acuerdo con la cartografía presentada, no se identifican carreteables que comuniquen las áreas solicitadas en sustracción con las vías principales existentes. Al no haber evidencia de dichos carreteables se prevé que será necesario construirlos y por lo tanto estos corredores viales deben ser objeto de la sustracción de la reserva forestal, de acuerdo con las disposiciones del Artículo 210 del Decreto ley 2811 de 1974. Por lo menos para el año 2009, y habiendo transcurrido más de tres años desde que se inició el trámite de solicitud de sustracción, se podría haber adelantado el análisis y propuesta de rutas de extracción de los minerales, en cumplimiento de los requerimientos del Ministerio en sus diferentes pronunciamientos, como es el caso del Concepto Técnico emitido el 19 de septiembre de 2007, que en el literal d) del numeral 10 expresa textualmente *"No es concreta la vía que utilizarán para el transporte del carbón....."*

*"Que la presentación de propuestas de áreas a compensar debe considerar en primera instancia los suelos de protección incluidos en el EOT del municipio de Teorama y la coordinación con CORPONOR para definición de áreas prioritarias para adquirir y recuperar en el área de su jurisdicción, por lo cual el argumento esgrimido en el texto no se considera pertinente, y por el contrario se observa que no se ha dado en las fases de elaboración de la propuesta, un acercamiento a las autoridades ambientales y entes territoriales que tienen incidencia en el área."*

Como antes se indicó, de acuerdo con la legislación el EOT no puede restringir un título minero con base en el uso del suelo (Art. 313-7 CP y Ley 388 de 1997, Art. 33: Ordenamiento territorial que reglamenta los usos del Suelo), ver 4.3 conflictos uso del suelo del documento de: documento "Adiciones y modificaciones al estudio sustentatorio de compatibilidad minera en la reserva forestal al norte del municipio de Teorama", de marzo de 2007.

Es pertinente que los recurrentes tengan en cuenta que, si bien en las Reservas Forestales Nacionales la reglamentación de su uso y funcionamiento corresponde al Ministerio de Ambiente, lo cual no exime a las Corporaciones Autónomas

375  
265  
4211  
1209

***"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"***

Regionales y entes territoriales del cumplimiento de las atribuciones otorgadas por la normativa vigente en materia de ordenamiento ambiental del territorio, aunque estas funciones se encuentren condicionadas a las disposiciones de este Ministerio.

Consideramos que desde la elaboración técnica de cualquier proyecto que se enmarque en los parámetros de "utilidad pública e interés social", debe estar articulado a las decisiones en materia de ordenamiento territorial que las autoridades ambientales dispongan, y reiteramos a los recurrentes que los documentos entregados adolecen de esta información, que fue uno de los aspectos que motivó la decisión tomada al emitir la Resolución 2365 de 2009.

***"Que el Mapa Anexo G. no incluye el límite de la Reserva Forestal de la Serranía de Los Motilones, por lo cual no es posible visualizar la ubicación de las diferentes áreas de compensación. Así mismo el polígono correspondiente a la zona C, se encuentra parcialmente dentro del área solicitada en sustracción por lo cual se considera que no se entendió bien, que las medidas de compensación por el proceso de sustracción de dicha Reserva Forestal son diferentes a las contempladas en el Plan de Manejo en términos de restaurar toda el área objeto de la actividad minera."***

Los límites de la Reserva Forestal de la Serranía de Los Motilones, creada por la Ley 2' de 1959, son de carácter público por lo que se encuentran a disposición de cualquier persona, en especial de los funcionarios del MAVDT, por lo tanto si no se incluyeron en el Mapa Anexo G, podían haber sido consulados por ustedes fácilmente, dado que el documento entregado contiene los polígonos de cada una de las áreas de compensación planteadas.

En el documento que será entregado para cada uno de los títulos mineros, se definirán en forma separada, tanto las medidas de compensación como las áreas respectivas

La afirmación contenida en el segundo párrafo está reconociendo expresamente que esta información no se presentó en los estudios presentados por GEOFISING E.U. y por lo tanto validan las disposiciones del Ministerio incorporadas en la Resolución 2365 de 2009. Al anunciar que esta información será incorporada a un documento que se entregará al Ministerio para cada uno de los títulos mineros, los recurrentes determinan que cada uno de los títulos iniciará su propio trámite de solicitud de sustracción, situación respecto a la cual deberán solicitar ante este Ministerio unos nuevos términos de referencia.

***"Que las medidas compensatorias no están enmarcadas en criterios de restauración, sino simplemente revegetalización en sitios que CORPONOR y el solicitante han determinado como prioritarios, pero que no se argumenta de que manera contribuirán a recuperar los ecosistemas que van a ser objeto de intervención. Así mismo, la propuesta de revegetalizar los márgenes del río Catatumbo en una extensión de 674 hectáreas, con la especie Guadua angustifolia, tal como se expresa en la página 16 del documento respuesta la (sic) oficio con radicado 2400-E2-105179 de 15 de septiembre de 2008..."***, es una medida que no se ha definido en respuesta a la recuperación de la funcionalidad de un ecosistema en virtud del daño ecológico que el proyecto va a generar, ni está basada en un enfoque de restauración que considere

***"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"***

***especies que hacen parte de la sucesión natural existente en los ecosistemas afectados."***

En el documento que será entregado para cada uno de los títulos mineros se definirán en forma separada, tanto las medidas de compensación como las áreas respectivas.

La afirmación contenida en el segundo párrafo está reconociendo expresamente que esta información no se presentó en los estudios presentados por GEOFISING E.U. y por lo tanto validan las disposiciones del Ministerio incorporadas en la Resolución 2365 de 2009. Al anunciar que esta información será incorporada a un documento que se entregará al Ministerio para cada uno de los títulos mineros, los recurrentes determinan que cada uno de los títulos iniciará su propio trámite de solicitud de sustracción, situación respecto a la cual deberán solicitar ante este Ministerio unos nuevos términos de referencia.

***"Adicionalmente se plantea "Una vez el MAVDT defina el área a sustraer será válido la compra de predios, con el fin de no crear falsas expectativas a sus sobre lo cual nos parece que el solicitante desconoce los planteamientos contenidos en los términos de referencia. Así mismo, no es pertinente pensar en que las áreas a compensar por fuera de la reserva forestal deben proceder de predios baldíos de la nación ya que no es la empresa Geofising E.U. la que decide el destino que dichos predios deben tener, así como tampoco que estos predios sean los que correspondan a áreas de compensación por el uso de los recursos que se va dar, en virtud de los derechos adquiridos ante la Autoridad Minera."***

Se trata de no generar expectativas de alza de precios y conflictos con los propietarios y poseedores de la zona. Es necesario esperar a que su Despacho y el INCODER decidan definitivamente antes de proceder a la adquisición de predios a cualquier título y modo en relación con las medidas de sustitución requeridas.

Esta afirmación no justifica que no se hiciera la articulación con CORPONOR y los entes territoriales en relación con la definición de áreas de interés estratégico para la conservación, y se incluyera una propuesta de adquisición de predios con objeto de compensar las áreas que se sustraen de la reserva forestal, técnicamente y socialmente determinadas, de manera que le dieran validez a los estudios presentados, situación que efectivamente no ocurrió y sustentó la decisión de negar la solicitud de sustracción por parte del Ministerio.

***"Que el estudio plantea tres categorías de manejo que hacen referencia a Áreas de no exclusión, Áreas de intervención con restricciones y áreas de intervención, cuyas definiciones no son claras, o en algunos casos van más allá de las competencias que un proyecto tiene en temas como el de determinar proyectos forestales productivos en el marco de una solicitud de sustracción para un proyecto minero e incluso la parcelación para construcción de vivienda que le compete a las autoridades municipales o al INCODER (se subrayan ejemplos), como se describe....***

(...)

***c) Área minera forestal: se plantea dedicarlas a las labores de minería con actividades de reforestación y mantenimiento forestal, donde se hará al aprovechamiento de plantaciones forestales para la minería***

376  
866  
1212  
1210

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

subterránea bajo ciertas limitaciones, construcción de obras relacionadas con la minería que no requieren de grandes extensiones, dentro estarían las bocaminas e infraestructura relacionada con malacates y tolvas entre otros, también se plantea la apertura de vías con sus respectivas obras de arte y para el manejo ambiental. Adicionalmente se plantea permitir la construcción de infraestructura relacionada con el aprovechamiento forestal y transporte del material, patios de acopio, al igual que las parcelaciones para la construcción de vivienda e infraestructura para el establecimiento de usos compatibles. Se propone prohibir actividades industriales diferentes a la minería y a la forestal, al igual que la construcción de urbanizaciones o loteo para construcción de viviendas en agrupación y cualquier otro uso que cause deterioro al suelo".  
(subrayado fuera de texto)

En el documento que será entregado para cada uno de los títulos mineros, se definirán en forma separada las categorías de las áreas de manejo y su delimitación precisa.

La afirmación contenida en este último párrafo está reconociendo expresamente que esta información no se presentó en los estudios presentados por GEOFISING E.U. y por lo tanto validan las disposiciones del Ministerio incorporadas en la Resolución 2365 de 2009. Al anunciar que esta información será incorporada a un documento que se entregará al Ministerio para cada uno de los títulos mineros, los recurrentes determinan que cada uno de los títulos iniciará su propio trámite de solicitud de sustracción, situación respecto a la cual deberán solicitar ante este Ministerio unos nuevos términos de referencia.

*"Con relación a la afirmación del MAVDT relacionada a que en el estudio no se menciona el tamaño del yacimiento carbonífero, en la región de río de Oro, su tamaño se infiere, teniendo en cuenta las áreas de todos los títulos mineros que se incluyeron en la solicitud inicial de sustracción, otorgados por la Autoridad minera y que fueron solicitados para sustracción de la reserva Forestal Los Motilones: unos 20 km de longitud en el sentido del rumbo de los mantos de carbón (Norte-Sur) y unos 12 km de ancho en el sentido del buzamiento (Oriente-Occidente)."*

En las áreas de los títulos mineros de PROMEXCO y PROMINORTE-SOMIGAR, el yacimiento carbonífero tiene unos 7 km de longitud en el sentido del rumbo de los mantos de carbón (Norte-Sur) y 7 km en el sentido del buzamiento de estos (Oriente- Occidente).

Esta afirmación se considera nueva información que no está incorporada en el acto administrativo recurrido ni en los soportes, razón por la cual no se estima pertinente pronunciarnos frente a la misma.

*Con relación al planteamiento a que se refieren en la página 64 de la Resolución 2365 del 19 de diciembre de 2009, relacionado con que:*

*"...no es factible desarrollar/proyecto minero que la Empresa Geofising E.U. plantea, en el cual la intervención tanto por "minería a cielo abierto" como "subterránea" implicaría la remoción de las 5707 hectáreas solicitadas..."*

En la página 34 se presenta una tabla donde se relacionan las diferentes zonas de sustracción planteadas por GEOFISING E U., así:

**"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"**

	Area de botaderos y escombreras	Area de explotacion minera	Area minera forestal	Area de acopio de suelo	Area de Infraestructura minera	Area de reserva de recursos hídricos	Area forestal productora
FCI-151	1630024	726453	2631870	369137			12958047
EDE-081	359177	9135652	537813	849146	1502251	145306	2297654
EAL-081	770282	3716777					
122-93	4147621	4053775	323860	614219		41481	449862
EBJ-081	310312	1143777				79158	
FAL-101		878585	75675	135504		133460	706430
Otras	112513	589921	162312			65409	3818928
Total	7329929	20242940	3731530	1968006	1502251	464814	20230921

De esta tabla y de la respuesta al radicado 2400-105179 de 2008, punto 1, se puede inferir lo siguiente:

- De las áreas propuestas para sustracción, incluyendo las que denominan "por fuera de los títulos" y relacionadas con botaderos y escombreras, de explotación minera, de acopio de suelo y de infraestructura minera, las cuales suman un total de 3.104 ha y 31.26 m2, son las que se intervendrían mediante la remoción total o parcial de la cobertura vegetal y de los suelos.
- En el área que se determina como minera forestal, la cual tiene un área de 373 ha y 1.530 m2, su cobertura vegetal no se removería en su totalidad, pues en ella se plantea "...dedicarlas a las labores de minería con actividades de reforestación y mantenimiento forestal..."
- Teniendo en cuenta únicamente el área de los contratos FCI-151, EDE-081, EAL-081, 122-93 Y FAL-101, las áreas relacionadas con botaderos y escombreras, de explotación minera, de acopio de suelo y de infraestructura minera, suman un total de 3.034 ha y 692 m2 y son las que se intervendrían mediante la remoción de la cobertura vegetal y de los suelos, mientras que el área denominada como minera forestal, que es la que se intervendría parcialmente por minería subterránea es de 356 ha y 9.218 m2. La suma de estas dos áreas da un total de unas 3.391 ha que se intervendrían total o parcialmente.
- Las áreas que se están planteando como área de reserva de recursos hídricos y forestal productora para la zona de sustracción teniendo en cuenta únicamente los títulos mineros FCI-151, EDE-081, EAL-081, 122-93 Y FAL-101, las cuales tendrían una intervención mínima, tal y como se plantea en el documento, tienen un total de 2.316 ha

No es válida entonces la afirmación que se hace en la Página 64, donde se afirma que "...no es factible desarrollar el proyecto minero que la Empresa Geofising E.U. plantea, en el cual la intervención tanto por "minería a cielo abierto" como "subterránea" implicaría la remoción de las 5707 hectáreas solicitadas...", por cuanto se está afirmando que se va a remover la totalidad del área solicitada y no se está teniendo en cuenta:

- Que el área denominada como minera forestal se dedicará a "...labores de minería con actividades de reforestación y

377  
-867  
1213  
1211

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

*mantenimiento forestal. En ella se plantea hacer aprovechamiento de plantaciones forestales para la minería subterránea bajo cier*

- Que en el área denominada como forestal productora se dedicará al aprovechamiento forestal y se efectuaran actividades mineras sin afectar grandes extensiones*
- Que en el área denominada de reserva de recursos hídricos sólo se permitirán actividades de bajo impacto tales como la captación de aguas y desagües provenientes de la actividad minera.*
- Que en un proyecto de sustracción se puede determinar que toda el área solicitada podrá ser intervenida y presentar en el estudio las medidas de compensación, restauración, revegetalización o sustitución necesarias para la recuperación ambiental de ella.*

*En el párrafo 6 la Página 53 de la Resolución 2365 del 09 de diciembre de 2009, no se tiene en cuenta la respuesta al radicado 2400-105179 de 2008, respuesta al punto 1, donde Geofising E.U. informa que la nueva área solicitada para la sustracción "...involucra sólo el área de los Títulos y Contratos de Concesión Minera, de la zona a sustraer..." y se refiere a 5707,73 ha.*

En primer lugar el cuadro que sustenta las afirmaciones carece de validez técnica al no presentar una definición de unidades de medida, razón por lo cual no se puede considerar un argumento válido para recurrir el acto administrativo.

Para dar cuenta de las inconsistencias en la información presentada por GEOFISING E.U., señalaremos textualmente fragmentos del contenido de las páginas 2 y 3 del documento "Respuesta al Oficio con Radicado 2400-E2-105179 de 15 de Septiembre de 2008. Solicitud Sustracción Área de la Reserva Forestal de Los Motilones, Expediente SRF-009. Versión IV – Noviembre 2008"

Página 2 del documento citado:

*"Al solicitar sustraer 5.707 hectáreas que corresponde a un 0,43% de la Reserva Forestal original (Ley 2ª de 1959), se intervendrán directamente por la minería a cielo abierto y la subterránea 3.402 hectáreas (0.26% de total inicial de la Reserva Forestal) y se entregarán 9.109 Ha, compensadas, restauradas y reforestadas, tanto al norte de Teorama como de Tibú, reemplazándolo por Bosque Protector-Productor un área deforestada dedicada a los narco cultivos como se observa en el Anexo F (Imagen Satelital de Google Earth 2007)."* (Subrayado fuera de texto)

Aquí se está afirmando que se intervendrán por minería a cielo abierto 5.707 hectáreas y por minería subterránea 3.402 hectáreas, lo cual sustenta una propuesta de compensación de 9.109 hectáreas. Esta información no desvirtúa lo expresado por el Ministerio, que textualmente dice: *"...no es factible desarrollar el proyecto minero que la Empresa Geofising E.U. plantea, en el cual la intervención tanto por "minería a cielo abierto" como "subterránea" implicaría la remoción de las 5707 hectáreas solicitadas..."*. (Subrayado fuera de texto)

Página 3 del documento citado:

**"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"**

**"Minería Subterránea.**

La ejecución de la minería subterránea no implica de manera alguna el retiro de la vegetación existente en las 2.305 hectáreas restantes comprendidas por los Contratos de Concesión incluidos en la Reserva Forestal.

(...)

DESCRIPCION	AREA	
	HECTAREAS	%
Área Original Reserva Forestal de la Serranía Los Motilones según Ley 2ª de 1969	1'300.000	100%
Área Solicitada a Sustraer	5.707	0.43%
Área a Intervenir por Minería a Cielo Abierto	3.102	0.24%
<del>Área a Intervenir por Minería Subterránea</del>	<del>300</del>	<del>0.02%</del>
Área a Compensar por fuera de la Reserva Forestal	3.402	0.26%
Área a Restaurar dentro de la Reserva Forestal	3.402	0.26%
Área a intervenir por la minería dentro de la Reserva Forestal	3.402	0.26%
Área sin intervenir dentro de la Reserva Forestal pero a revegetalizar	2.305	0.17%
Total Áreas a Compensar, Restaurar y Revegetalizar	9.109	0.7%

(...)" (Subrayado y sombreado fuera de texto)

En el texto de la parte superior se afirma que la ejecución de minería subterránea "no implica de manera alguna el retiro de la vegetación existente en las 2.305 hectáreas restantes", cuando en la parte sombreada del cuadro se señala como "Área a Intervenir por Minería Subterránea" una superficie de 300 hectáreas, donde se afirma por una parte que si va a existir afectación, y por otra parte la cifra discrepa de la presentada en el texto superior.

## SOBRE LAS PETICIONES

### I. PETICIÓN POR PARTE DE LA EMPRESA GEOFISING E.U.:

*A través del presente recurso, y de conformidad con los argumentos expuestos, respetuosamente se solicita a la Dirección de Ecosistemas del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, en aras de la justicia, equidad y debido proceso, se revoque la Resolución 2365 del 9 de diciembre de 2009, y en su lugar se decida suspender la decisión definitiva de este trámite hasta tanto el Ministerio del Interior haya concluido el proceso de Consulta Previa pertinente como es su deber funcionalmente en representación del estado; y de igual manera, se haya definido por parte del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, la zona amortiguadora, de conformidad con las funciones que les corresponde en la forma prevista en las disposiciones legales y jurisprudenciales que se han citado.*

*Por otra parte, teniendo en cuenta los cambios internos y frecuentes del personal profesional asignado al estudio de evaluación del proyecto presentado por Geofising E.U., se hace necesario solicitar a su despacho, se cree un comité especial que conozca a fondo el área en cuestión, la normatividad vigente y el objeto de mi solicitud, a fin de que se me garanticen todos mis derechos, realizando una evaluación de los antecedentes que se han generado desde el 15 de septiembre de 2005 a la fecha y se me permita exponer ante este Comité*

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

*todas las inquietudes que el comité a bien tenga frente a mi solicitud, garantizando entre otros derechos fundamentales el derecho al trabajo.*

*Así mismo que se evalúen las condiciones de la Zona de Reserva Forestal de la Serranía de los Motilones, en donde Geofising E.U. solicita la sustracción parcial de una mínima parte adjudicada por Ingeominas, con el fin de que no se me sigan causando daños y perjuicios que me llevarían a la quiebra frente a tan dilatado proceso.*

*Lo anterior teniendo en cuenta los fines de exploración y explotación de carbón que pretende Geofising E.U., tomando como ejemplo de lo sucedido en el caso de la mina de La Colosa en la jurisdicción del municipio de Cajamarca, departamento del Tolima, a la cual le asignaron de forma parcial un área para continuar con su proyecto.*

*Por lo anterior se solicitan como pruebas a tener en cuenta las normas planteadas en este documento, los anexos citados y adjuntados; y por último, se lleve a cabo la visita técnica al área solicitada, que consiste en 5.707 hectáreas en general; y en particular a los títulos mineros EDE-081 con 1.532 hectáreas y el FCI- con 1.862 hectáreas, adjudicadas para la sustracción de la reserva forestal de la Serranía de Los Motilones, los cuales son de interés directo de Geofising E.U. y su representante legal, con la finalidad de recorrer el territorio y establecer las condiciones ambientales y los biomas existentes a la fecha, con la presencia de representantes de Geofising, de las comunidades que allí habitan y del Ministerio Público, en aras de garantizar todos mis derechos.*

#### RESPUESTA:

Respecto a la solicitud del representante legal de GEOFISING E.U. de crear un Comité Especial que conozca a fondo el área en cuestión, así como la normatividad vigente y el objeto de la solicitud, teniendo en cuenta los cambios internos y frecuentes del personal profesional asignado al estudio de evaluación del proyecto presentado por Geofising E.U., lo cual estaría garantizando sus derechos y permitiría revisar los antecedentes del proceso, en donde además se le permitiera exponer las inquietudes que dicho comité tuviera:

Como es de su conocimiento, para cumplir sus funciones la Dirección de Ecosistemas del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial cuenta con una planta de personal que no supera el 15% del total de profesionales que laboran mediante el establecimiento de contratos de prestación de servicios por periodos variables, de acuerdo con la disponibilidad presupuestal de la entidad. No obstante para el caso concreto de las Reservas Forestales Nacionales, como son las establecidas mediante la Ley 2ª de 1959, el Ministerio siempre ha contado con personal permanentemente delegado para tal fin, que se ha encargado de recoger la memoria de todos los procesos atinentes a la función de reglamentar el uso y funcionamiento de dichas reservas.

Otra claridad que vale la pena tener es que no es cierto que el proceso que dio origen a la emisión del Concepto Técnico y la Resolución 2365 de 2009 haya iniciado desde el año 2005, ya que el primer documento con el que GEOFISING E.U. formaliza el proceso de solicitud de Sustracción de la Reserva Forestal de la Serranía de los Motilones, para las concesiones mineras en el Municipio de Teorama, está en curso a partir del 30 de agosto del año 2006, cuando a través del radicado No. 4120-E1-81084 el representante legal de dicha empresa entrega el documento denominado "Estudio Sustentatorio de Compatibilidad Minera en la

320  
868  
1212  
1212

**"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"**

*Reserva Forestal de Teorama*", situación que se puede comprobar en el expediente SRF 009.

Si bien en un primer momento la empresa GEOFISING E.U. y la Compañía Minera Río de Oro Ltda, solicitaron ante este Ministerio la sustracción de la Reserva Forestal de la Serranía de Los Motilones para adelantar labores de exploración y explotación de carbón, y entregaron el 21 de septiembre de 2005 un estudio denominado *"Plan de Manejo Ambiental de la Sustracción del área de reserva forestal de los municipios de Teorama y Tibú"*, acerca de lo cual, y tomando entre otras consideraciones que el municipio de Tibú ya había sido sustraído casi en su totalidad para efectos de colonización y establecimiento de territorios indígenas, mediante las Resoluciones Ejecutivas No. 183 de 1965 y 314 de 1967; este Ministerio se pronunció el 31 de enero de 2006.

Adicionalmente el 30 de marzo de 2006, mediante radicado No. 2100-E2-11177 hace algunas consideraciones sobre la solicitud de sustracción anteriormente mencionada, y finalmente, mediante oficio con radicado No. 2100-E2-11180 del mismo mes el Ministerio emite los términos de referencia para la elaboración del "Estudio Sustentatorio de la compatibilidad minera con los objetivos de manejo y conservación de las reservas forestales de la Ley 2ª de 1959", que es la base sobre la cual GEOFISING E.U. presenta mediante el radicado No. 4120-E1-81084 del 30 de agosto de 2006 el documento denominado *"Estudio Sustentatorio de Compatibilidad Minera en la Reserva Forestal de Teorama"*.

Acerca de este documento, mediante memorando 2100-4-81084 la Dirección de Ecosistemas emite el Concepto Técnico, con fecha de 18 de diciembre de 2006, que se remite a GEOFISING E.U. mediante oficio con radicado No. 2400-2-81084 del 1 de febrero de 2007. Desde que se inicia el trámite, a partir del 30 de agosto el año 2006, para efectos de hacer la evaluación y seguimiento a la información entregada por parte de esta empresa GEOFISING E.U., hasta el presente en el área técnica se ha contado con tres profesionales que han estado al frente de dichas actividades, quienes han estado apoyados en sus decisiones por un profesional del área jurídica, que permanentemente ha apoyado la emisión de los pronunciamientos oficiales al respecto.

No obstante que se han presentado cambios en los funcionarios que han ejercido el cargo de Director de Ecosistemas, lo cual es perfectamente previsible en el sector público, ya que son funcionarios de libre remoción y nombramiento, la evaluación técnica de los estudios presentados por GEOFISING E.U., siempre ha contado con personal profesional contratado con base en la experiencia adquirida en su profesión y a la idoneidad mostrada en ejercicio de la misma, lo cual no es pertinente entrar a desvirtuar ni cuestionar, sustentado en el hecho de que se procedió en el concepto técnico a negar la solicitud de sustracción adelantada por parte de la empresa. Por el contrario resulta cuestionable que el representante legal de la empresa GEOFISING E.U. hable de vulneración de derechos fundamentales, cuando está aportando una información que no es completamente veraz.

A este respecto, la Dirección de Ecosistemas considera que el Ministerio cuenta con la facultad legal y tienen los mecanismos y el personal para adoptar las determinaciones correspondientes, de manera tal que por esas razones y porque no existe fundamento legal que lo soporte, no es factible acceder a la petición del interesado.

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

II. PETICIÓN POR PARTE DE PROMEXCO S.A., PROMINORTE S.A. Y SOMIGAR

Con fundamento en las anteriores consideraciones, me permito solicitarle:

Que se revoque la decisión de negar la sustracción de una parte de la Zona de Reserva Forestal de la Serranía de Los Motilones establecida por el Artículo 12 de la Ley 2 de 1959, en el área de los siguientes títulos mineros:

Contratos de Concesión: EAL-081 y EBJ-081  
Contrato de Minería en zona de Aporte: 122-93

Que por las razones expuestas en el presente escrito su Despacho ordene la expedición de nuevos términos de referencia con el fin de que en el término de ciento veinte días (120) se presente un documento en el que se complemente y modifique integralmente el estudio técnico de la sustracción que se desarrollará en relación exclusivamente con cada una de las áreas de los títulos mineros antes mencionados.

Subsidiariamente se solicita conceder un término de ciento veinte días (120) para presentar la información técnica para cada uno de los títulos mineros, relacionada con los requerimientos formulados por su Despacho a los que se hizo referencia en este escrito.

Que sólo en el presente caso se inaplique o declare la Excepción de inconstitucionalidad de la Sentencia 1-880 de 2006, por resultar improcedente y por resultar su aplicación por vía general contraria a las normas constitucionales antes indicadas, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 42 de la Constitución Política y en su lugar se de aplicación al Convenio 169 de la OIT, al Art. 330 CP y el Decreto 1320 de 1998 que las reglamenta, declarando que en los términos de dichas normas no existen territorios indígenas legalmente constituidos en el área del presente proyecto y se ordene continuar con el trámite de la sustracción de la reserva forestal.

Se solicita a su Despacho la respuesta integral a todos los asuntos sometidos a su consideración en este Recurso de Reposición, de conformidad con los incisos segundos, respectivamente, de los Arts. 35 y 59 del C.C.A. y abstenerse en la decisión que decida el presente recurso de incluir otros asuntos no contenidos en él y en el acto recurrido, creando nuevos actos administrativos en la decisión que no estarían sujetos a los recursos de la vía gubernativa.

**RESPUESTA:**

A este respecto, la Dirección de Ecosistemas considera que el Ministerio cuenta con la facultad legal para adoptar las determinaciones incluidas en la Resolución 2365 de 2009, de manera tal que no existe fundamento legal ni técnico que soporte la decisión de revocar dicho acto administrativo, máximo cuando el estudio fue presentado para un conjunto de Títulos Mineros y la solicitud proviene de uno de los representados por la empresa GEOFISING E.U., para su propio beneficio, por lo cual no es factible acceder a la petición del interesado.

Adicionalmente, no es factible acceder a la petición del recurrente, por cuanto fue precisamente la Corte Constitucional, a quien corresponde por excelencia la guarda de la Constitución Política, quien ordenó a través de la Sentencia 1-880 de 2006 que se garantizaran los derechos fundamentales de las comunidades

379  
869  
1215  
1213

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

indígenas antes citadas, de manera tal que dicho fallo es de obligatorio cumplimiento.

No es factible acceder a la presentación de nueva información por parte de los interesados, hasta tanto no se expidan los términos de referencia del caso, toda vez que al expedir la resolución 2365 de 2009 se da por finalizado el trámite adelantado por la Empresa GEOFISING E.U. y de cada uno de sus representados. Por lo tanto la presentación de cualquier nueva solicitud debe acogerse al cumplimiento de unos nuevos términos de referencia, que para iniciar con el trámite se deben solicitar formalmente ante la Dirección de Licencias de este Ministerio.

Dado que este Ministerio efectuó los requerimientos de información en su oportunidad y que el recurso de reposición que nos ocupa, debe resolverse de plano, no resulta factible conceptuar acerca de la nueva información que se incluye como parte del punto denominado SUSTENTO DEL RECURSO, y por lo tanto no es válido para respaldar el recurso de reposición presentado contra la Resolución No. 2365 de 2009.

Por lo expuesto, se estima pertinente confirmar en todas sus partes el Concepto Técnico con radicado No. 2100-4-94840 del 30 de octubre de 2009, con base en el cual se negó la solicitud presentada por la empresa GEOFISING E.U., para la sustracción de un parte de la Zona de la Reserva Forestal de la Serranía de los Motilones, mediante la Resolución 2365 de 2009.

Que en mérito de lo expuesto,

**RESUELVE**

**ARTÍCULO PRIMERO.-** Confirmar en todas sus partes la Resolución No. 2365 de 2009, por la cual se negó la solicitud presentada por la empresa GEOFISING E.U., para la sustracción de un parte de la Zona de la Reserva Forestal de la Serranía de los Motilones establecida por el artículo 1 de la Ley 2ª de 1959, ubicada al norte de los municipios de Teorama y Tibú en el departamento de Norte de Santander. Lo anterior de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución.

**ARTÍCULO SEGUNDO.-** Por la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales de este Ministerio, notificar el contenido del presente acto administrativo, a la empresa GEOFISING E.U., a través de su representante legal y/o a su apoderado debidamente constituido.

**ARTÍCULO TERCERO.-** Por la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales de este Ministerio, notificar el contenido del presente acto administrativo, a la empresa PROMEXCO S.A., PROMINORTE S.A. Y SOMIGAR S.A. a través de su representante legal y/o a su apoderado debidamente constituido.

**ARTÍCULO CUARTO.-** Por la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales de este Ministerio, notificar el contenido del presente acto administrativo, a la CORPORACIÓN COLECTIVO DE ABOGADOS LUIS CARLOS PÉREZ, con N.I.T. No. 804011807-0 como tercero interviniente y/o a su apoderado debidamente constituido.

308  
876  
4276  
1214

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 2365 del 9 de diciembre de 2009"*

ARTÍCULO QUINTO.- Por la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales de este Ministerio, comunicar el presente acto administrativo, a la Coordinación de Consulta previa del Ministerio del Interior y de Justicia; a la Corporación Autónoma Regional de la Frontera Nororiental – CORPONOR y a la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios.

ARTÍCULO SEXTO.- Publicar el presente en la Gaceta Oficial Ambiental del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

ARTÍCULO SÉPTIMO.- Contra el presente acto administrativo procede el recurso de reposición de conformidad con los artículos 50 y ss del Código Contencioso Administrativo.

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá D.C., a los 04 FEB 2011



XIOMARA LUCÍA SANCLEMENTE MANRIQUE  
Directora de Ecosistemas

Exp. SRF0009

Concepto Técnico No. 2100-4-7656. Rodrigo Negrete Montes. Luis Francisco Camargo Fajardo. Pablo Rodríguez R. Dirección de Ecosistemas

Proyectó: María Claudia Orjuela /Abogada DLPTA

Revisó: Rodrigo Negrete M /Asesor Dirección de Ecosistemas

