

MEMORANDO

MEM17-5657-DCP-2500

Bogotá, D.C., viernes, 03 de Febrero de 2017

PARA: LUIS ERNESTO GOMEZ LONDOÑO, Viceministro para la Participación e Igualdad de Derecho.

DE: ALVARO ECHEVERRY LONDOÑO; Dirección de Consulta Previa

ASUNTO: CONCEPTO SOBRE VIABILIDAD CONSULTA - BELEN DE BAJIRA

El Ministerio del Interior, a través de la Dirección de Consulta Previa en cumplimiento de las funciones y competencias asignadas en el Decreto 2893 de 2011, como rector y coordinador en materia de Consulta Previa, presenta el estudio realizado respecto a la "obligatoriedad de llevar a cabo procedimiento de consulta previa en el territorio de Belén de Bajirá con el fin de tener en cuenta la posición de la comunidad en este territorio" y así definir a qué departamento pertenece el sector.

Identificado como está, que no existe claridad respecto al ámbito de aplicación del Convenio 169 de 1989 de la OIT, el tema se abordara desde lo constitucional, legal y jurisprudencial. con el objeto de ilustrar, conceptualmente, la mejor respuesta al problema estudiado.

"Diferendo Limitrofe Territorial entre los Departamentos de Antioquia y Chocó en el sector de Belén de Bajirá"

I. ANTECEDENTES JURIDICOS

• CONSTITUCION POLITICA

"(...) Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 4. Definir la división general del territorio con arreglo a lo previsto en esta Constitución, fijar las bases y condiciones para crear, eliminar, modificar o fusionar entidades territoriales y establecer sus competencias. (...)"

"(...) Artículo 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional. (...)"

Sede correspondencia Edificio Camargo. Calle 12B No. 8- 38.
Conmutador: 2427400 - Sitio web www.mininterior.gov.co
Servicio al Ciudadano servicioalciudadano@mininterior.gov.co - Línea gratuita 018000910403
Bogotá, D.C. - Colombia - Sur América

"(...) Artículo 285. Fuera de la división general del territorio, habrá las que determine la ley para el cumplimiento de las funciones y servicios a cargo del Estado. (...)"

"(...) Artículo 286. Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas.

La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley. (...)"

"(...) Artículo 288. La ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales.

Las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley. (...)"

"(...) Artículo 290. Con el cumplimiento de los requisitos y formalidades que señale la ley, y en los casos que ésta determine, se realizará el examen periódico de los límites de las entidades territoriales y se publicará el mapa oficial de la República. (...)"

"(...) Artículo 329. - La conformación de las entidades territoriales indígena se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial.

Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable.

La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte.

Parágrafo. En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo. (...)"

• **LEY 136 DE 1994**

"(...) Artículo 8º. - Requisitos. Modificado por el artículo 15 de la Ley 617 de 2000. Para que una porción del territorio de un departamento pueda ser erigida en municipio se necesita que concurren las siguientes condiciones:

1. Que el área del municipio propuesto tenga identidad, atendidas sus características naturales, sociales, económicas y culturales.

2. Modificado por el art. 11, Ley 1551 de 2012. Que cuente por lo menos con siete mil (7.000) habitantes y que el municipio o municipios de los cuales se pretende segregar no disminuya su población por debajo de este límite señalado, según certificación del Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

3. Modificado por el art. 11, Ley 1551 de 2012. Que el Municipio propuesto garantice, por lo menos, ingresos ordinarios anuales equivalentes a cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales, sin incluir la participación en los ingresos corrientes de la Nación. Modificado Artículo 1 Ley 177 de 1994

4. Que el organismo departamental de planeación conceptúe favorablemente, previo a la presentación del proyecto de ordenanza sobre la conveniencia económica y social de la iniciativa y la viabilidad de la nueva entidad, teniendo en cuenta su capacidad física, sus posibilidades económicas, su infraestructura y su identificación como área de desarrollo. El concepto también deberá pronunciarse favorablemente con relación a la conveniencia de la iniciativa para el municipio o los municipios de los cuales se segrega el nuevo. En todo caso, con la creación de un nuevo municipio no podrá sustraerse más de la tercera parte del territorio del municipio o municipios de los cuales se segrega.

Parágrafo 1.- Modificado por el art. 11, Ley 1551 de 2012. El respectivo proyecto de ordenanza podrá ser presentado a iniciativa del Gobernador, de los miembros de la Asamblea Departamental o por iniciativa popular, de conformidad con la Ley. Sin embargo, el Gobernador estará obligado a presentarlo cuando por medio de consulta popular así lo decida la mayoría de los ciudadanos residentes en el respectivo territorio.

Cuando no hubiere precedido la consulta popular a la ordenanza que apruebe la creación de un nuevo municipio, una vez ésta se expida será sometida a referéndum en el que participen los ciudadanos del respectivo territorio. El referéndum deberá realizarse en un plazo máximo de tres meses, contados a partir de la fecha de sanción de la ordenanza.

Si el proyecto de ordenanza fuere negado, se archivará y una nueva iniciativa en el mismo sentido sólo podrá presentarse tres (3) años después. (...)

- **LEY 1447 DE 2011 "Por la cual se desarrolla el artículo 290 de la Constitución Política de Colombia."**

"(...) **Artículo 2°.** Examen y revisión periódica de límites. El examen periódico de los límites de las entidades territoriales dispuesto por el artículo 290 de la Constitución Política, se hará mediante diligencia de deslinde por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, IGAC, de oficio o a petición, debidamente fundamentada, del representante legal de una, varias o todas las

entidades territoriales interesadas o de las Comisiones Especiales de Seguimiento al Proceso de Descentralización y Ordenamiento Territorial del Senado de la República y la Cámara de Representantes, en los siguientes casos:

- a) Cuando no exista norma que fije los límites sino que este es el resultado de la evolución histórica o de la tradición;
- b) Cuando las descripciones contenidas en los textos normativos sean imprecisas, insuficientes ambiguas o contrarias a la realidad geográfica;
- c) Cuando la norma que fije el límite o lo modifique mencione comprensiones territoriales, sectores o regiones que previamente no estén definidos, delimitados o deslindados;
- d) Cuando ocurran eventos que alteren posición espacial de los elementos que conforme el límite.

El IGAC informará a las Comisiones Especiales de Seguimiento al Proceso Descentralización y Ordenamiento Territorial del Senado de la República y la Cámara de Representantes y al Ministerio del Interior y de Justicia tanto de la iniciación del deslinde como de los avances y resultados del mismo.

Realizado el deslinde de una entidad territorial solo procederá su revisión o examen periódico cada 20 años. Se podrán antes de ese término cuando ocurran eventos que alteren la posición espacial de los elementos que conforman el límite y con los mismos requisitos establecidos en el inciso anterior. (...)"

"(...) Artículo 8°. Límite dudoso. Cuando se presenten dudas durante la diligencia de deslinde y no se obtuviese acuerdo sobre la identificación del límite en terreno, se dejará la respectiva constancia en el acta, y se consignará la línea limitrofe pretendida por cada colindante. El profesional funcionario del IGAC que participe en la diligencia de deslinde deberá trazar sobre la cartografía las líneas así descritas. Los representantes legales de cada una de las entidades territoriales colindantes harán llegar al Instituto Geográfico Agustín Codazzi, en un término de tres (3) meses, todas las pruebas y argumentos que respalden su posición.

Con la evaluación de las pruebas y argumentos de las partes, complementadas con sus propias investigaciones y lo observado en terreno, el profesional funcionario del IGAC, propondrá un trazado del límite que a su juicio se ajuste más a los textos normativos y en subsidio a la tradición, con la respectiva fundamentación, en un plazo máximo de seis (6) meses contados a partir del vencimiento del término anotado en el inciso anterior. (...)"

"(...) Artículo 9°. Procedimiento para límites dudosos. Para solucionar casos de límites dudosos, se seguirá el siguiente procedimiento, previa conformación del respectivo expediente por el IGAC.

1. Si se trata de límite dudoso entre municipios de un mismo departamento se procederá de esta manera.

El respectivo proyecto de ordenanza podrá ser presentado a iniciativa del Gobernador o de los mismos miembros de la Asamblea Departamental.

La anexión de un área territorial de un municipio a otro no podrá afectar la categoría del municipio de donde ella se segregue, ni menguarle a este las condiciones mínimas exigidas por el artículo 8° de la Ley 136 de 1994 para la creación de municipios.

La correspondiente oficina de Planeación Departamental realizará en la respectiva zona de conflicto intermunicipal una investigación histórica y técnica con el objeto de verificar y certificar mediante estudio documentado y escrito que definitivamente en el territorio en conflicto, se presentan aspectos e indefinición de límites o problemas de identidad natural, social, cultural o económica que hagan aconsejable el anexamiento y la consiguiente agregación de áreas territoriales.

2. Si se trata de límite dudoso en que esté implicada alguna entidad territorial indígena se remitirá el expediente al Ministerio del Interior y de Justicia para que lo defina de acuerdo con el procedimiento que se convenga con sus representantes.

3. Si se trata de límite dudoso en que esté implicado alguna región territorial, departamento, distrito, o municipio integrante de una área metropolitana, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi remitirá el expediente de límite dudoso a las Comisiones Especiales de Seguimiento al Proceso de Descentralización y Ordenamiento Territorial, para que dentro de un término razonable según la complejidad del caso, soliciten conceptos técnicos a órganos consultivos del Gobierno Nacional, especialmente al IGAC, y adelante todas las actividades y diligencias necesarias, con intervención de las partes y el apoyo de profesionales expertos en la materia, proponga un trazado para definir el límite dudoso o en conflicto. La decisión tomada al respecto por las Comisiones Conjuntas Especiales de Seguimiento al Proceso de Descentralización y Ordenamiento Territorial del Senado de la República y Cámara de Representantes, se considerará como propuesta definitiva para ser presentada ante la Plenaria de Senado.

Parágrafo 1°. Mientras se surten los procedimientos de definición de límites dudosos entre las entidades territoriales involucradas, estas conservan sus competencias constitucionales y legales para todos los efectos.

Parágrafo 2°. Cuando los límites dudosos involucren varios municipios, departamentos o distritos, deberá solicitarse al IGAC, dentro del mes siguiente a la recepción del expediente, una delimitación provisional de la zona en disputa, lo cual se hará con base en los documentos históricos y catastrales que posea el instituto. Esta delimitación provisional deberá hacerse en un plazo máximo de tres (3) meses. Mientras se surten estos trámites, las entidades territoriales

involucradas conservarán sus competencias constitucionales y legales para todos los efectos legales.

Una vez hecha la delimitación provisional, se aplicará lo dispuesto en el parágrafo 1° del presente artículo. (...)"

• **Convenio 169 de 1989 de la OIT¹**

Para establecer con propiedad el alcance y significado del Convenio 169 de la OIT, se recurrirá a la Comisión de Expertos que en el Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, quienes dejaron establecido estos dos conceptos, en el Manual para los mandantes tripartitos, que al respecto dice:

"(...) El Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) es un tratado internacional, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1989. El Convenio refleja el consenso logrado por los mandantes tripartitos de la OIT en relación con los derechos de los pueblos indígenas y tribales dentro de los Estados-nación en los que viven y las responsabilidades de los gobiernos de proteger estos derechos. El Convenio se fundamenta en el respeto a las culturas y las formas de vida de los pueblos indígenas y reconoce sus derechos sobre las tierras y los recursos naturales, así como el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo. (...)" Pagina 1 del manual aquí llamado

"(...) 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. (...)" Convenio núm. 169, Artículo 7(1). Página 1 del manual aquí llamado

"(...) 'Pueblos indígenas y tribales' es una denominación común para más de 370 millones de personas que se encuentran en más de 70 países del mundo. Estos pueblos constituyen aproximadamente el 5 por ciento de la población mundial pero el 15 por ciento de los pobres en el mundo. Los pueblos indígenas y tribales se encuentran en todas las regiones del mundo, desde el Ártico hasta los bosques tropicales. No hay una definición universal de pueblos indígenas y tribales, pero el Convenio núm. 169 ofrece una serie de criterios subjetivos y objetivos, que se utilizan conjuntamente para identificar quiénes son estos pueblos en un país determinado. (...)" Pagina 2 ibídem

"(...) El Convenio núm. 169 es un tratado internacional que adquiere carácter obligatorio para los Estados en virtud de su ratificación. Hasta la fecha, el Convenio fue ratificado por 22 Estados Miembros de la OIT, en América Latina, Asia, África y Europa, que cubren una

¹ Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. - Ginebra: OIT, 2013.

Sede correspondencia Edificio Camargo. Calle 12B No. 6-38

Conmutador. 2427400 - Sitio web www.mininterior.gov.co

Servicio al Ciudadano: servicioalciudadano@mininterior.gov.co - Línea gratuita 018000910403

Bogotá, D.C. - Colombia - Sur América

población aproximada de más de 50 millones de personas indígenas. Más allá del círculo de los países ratificantes, el Convenio núm. 169 es un punto de referencia internacional, citado y utilizado por los órganos de la ONU, órganos regionales de derechos humanos y tribunales nacionales. El Convenio ha inspirado numerosas políticas de desarrollo y medidas de protección, y también marcos legislativos nacionales. La decisión de ratificar el Convenio núm. 169, como cualquier otro convenio internacional del trabajo, es una decisión soberana y voluntaria de los Estados. (...)” Pagina 5 ibidem

“(...) El Convenio núm. 169 es un instrumento de buena gobernanza y una herramienta para la solución de conflictos y reconciliar intereses distintos. Si se respetan los derechos de los pueblos indígenas y sus aspiraciones en el proceso de desarrollo, los pueblos indígenas se asocian plenamente al desarrollo, incrementando así considerablemente su contribución a las economías nacionales. (...)” Pagina 10 ibidem.

“(...) Los miembros de los pueblos indígenas deberán gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de medidas especiales para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. Ver artículos 2(2) (a) y 4(3) del Convenio núm. 169. (...)” Página 19 in fine del manual de la OIT:

Desde lo jurisprudencial el alcance y significado del Convenio 169 de la OIT, han sido ajustados a la realidad colombiana, debiendo iniciar por la definición de la consulta previa, la cual ha sido tomada de las múltiples connotaciones que desde lo judicial se le ha dado. La que mayor fidelidad sintetiza la consulta, es la contenida en la Sentencia C-253 de 2013² que la definió así: “(...) la consulta previa³ es un derecho sustantivo fundamental de participación, que se garantiza y concreta a través de un procedimiento. En otras palabras, se trata de una “garantía de orden procedimental encaminada a respetar los derechos a la subsistencia y la integridad cultural de los grupos étnicos (...)”, interpretación que permite delimitar el cumplimiento de esta obligación, tanto para el estado como para el ejecutor de un proyecto, obra o actividad, en

² Sentencia C-253 de 2013: Referencia: expediente D-9305.- Actor: Harold Javier Palacios Agresott.- Demanda de inconstitucionalidad contra: parcial contra la expresión “comunidades negras” contenida en Ley 70 de 1993 “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política”, la Ley 649 de 2001 “Por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia”, el Decreto 1332 de 1992, “Por el cual se crea la comisión especial para las comunidades negras, de que trata el artículo transitorio número 55 de la Constitución Política, sobre el reconocimiento de los derechos territoriales y culturales, económicos, políticos y sociales del pueblo negro de Colombia; y se establecen las funciones y atribuciones de la misma”, el Decreto 2374 de 1993 “Por el cual se adiciona el Decreto 2128 de 1992 y se dictan otras disposiciones”. Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

³ SENTENCIA C-253/13 ibidem

adelante POA, cuando los derechos de las comunidades étnicas se vean afectados de manera directa.

Se debe decir que la apertura del espacio "Consulta Previa" por parte del estado cuando sea requerido, le permite a las comunidades étnicas materializar eficazmente, la defensa de sus derechos culturales, usos y costumbres, a tono con las posibles afectaciones, directas, que puedan ocasionárseles por la ejecución de un POA. Así entonces, la participación étnica, como acto de voluntad y decisión, se ubica en el campo de la autonomía de las comunidades diferenciadas sin que pueda tener injerencia el estado, a quien asiste la obligación de gestionar lo necesario para consolidar la apertura del espacio de participación.

El respaldo constitucional a la consulta previa, ha sido estudiado Jurisprudencialmente por la Corte Constitucional, entre otros pronunciamientos, en la Sentencia T-384 A de 2014⁴, en la cual dijo:

"(...) En efecto, para la Corte, el carácter fundamental del derecho a la consulta previa, tiene sustento en el artículo 1° de nuestra Carta Política, el cual señala que Colombia es un Estado Social de Derecho democrático y participativo; el artículo 2°, que establece como fines esenciales del Estado el facilitar la participación de todos los colombianos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política y administrativa de la Nación; el artículo 7°, en el que se reconoce y protege la diversidad étnica; el artículo constitucional 40-2 que garantiza el derecho de todo ciudadano a participar en la conformación y control del poder político; el artículo 70, que considera la cultura fundamento de la nacionalidad y, de manera particular, 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 su territorio. Con fundamento en esos preceptos, este Tribunal ha reiterado la necesidad de preservar la identidad de las comunidades negras, indígenas y tribales, así como la obligación de garantizarles autonomía frente a los asuntos que les conciernen y, asegurar que las actuaciones del Estado que puedan afectarlas no se adelanten si les ocasionan desmedro a su integridad cultural, social y económica. (...)"

Articulando los apartes transcritos del documento oficial de la OIT y lo propio de la jurisprudencia nacional, se llega a la principal conclusión, cual es, que la Consulta Previa es un derecho fundamental para las comunidades étnicas de la nación colombiana, la cual tiene como antecedente, la ratificación del convenio 169 de la OIT al tenor de la Ley 21 de 1991. Es decir, que la consulta previa aplica, si y solo si, a las comunidades étnicas de la nación, en presencia de una afectación directa en los términos del artículo 6 del convenio 169 de 1989 y la SU-039 de 1997.

⁴ Referencia: expediente T-2.650.067 (T-384 A de 2014); Demandante: Benigno Perilla Restrepo, en nombre propio y en representación de las autoridades tradicionales de las comunidades indígenas del municipio de Taraira, Vaupés Demandado: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y otros Magistrado Ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

II. REFERENTE HISTORICO DE BELEN DE BAJIRA

1. El conflicto limítrofe ente los Departamentos de Antioquia y Chocó por el corregimiento de Belén de Bajirá, inicio con la expedición de la Ordenanza 001 del año 2000 por la Asamblea Departamental del Chocó a través de la cual, lo sustrajo de Riosucio (Chocó) y de Mutatá (Antioquia) y lo elevó a municipio del territorio chocoano.
2. En el mismo año 2000 y como prerrequisito a cumplir para definir el cambio de la naturaleza jurídica del Sector de Belén de Bajirá, el Departamento del Chocó solicito al DANE certificara el censo poblacional, obteniendo como respuesta que cuenta con 8.673 habitantes.
3. Según se pudo establecer de la decisión judicial aquí llamada, el antecedente normativo de la ubicación del Sector de Belén de Bajirá es el siguiente:
 - a. Por Ley 13 de 1947 "Por la cual se crea el Departamento del Chocó", no contempla el sector como parte del departamento.
 - b. Mediante Ordenanza Número 47 del 30 de noviembre de 1975 la Asamblea de Antioquia anexó el territorio de "BAJIRA" al municipio de Mutatá.
 - c. Por Ordenanza 49 del 30 de noviembre de 1975 la Asamblea de Antioquia crea las inspecciones de "BAJIRA" en el Municipio de Turbo, delimitando su ámbito de competencia funcional.
 - d. Con posterioridad, en el año 2000 el Departamento del Choco, mediante Ordenanza 011 (01) crea el Municipio de Belén de Bajirá, desconociendo la Ley 13 de 1947 y la Ordenanza 47 de 1975, cuya presunción de legalidad fue respaldada por el Consejo de Estado.
4. Una vez expedida la ordenanza del Departamento del Chocó, el Departamento de Antioquia la demanda en acción pública de nulidad ante el Tribunal Administrativo del Chocó, aduciendo que dicho corregimiento hace parte de su Municipio de Mutatá, lindero definido y concordante con la Ordenanza de la Asamblea de Antioquia No. 47 de 1975 "Por el cual se crea el Corregimiento de Belén de Bajirá".
5. El CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero Ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO, Bogotá D.C. veintidós (22) de noviembre de dos mil siete (2007), Radicación número: 27001-23-31-000-2001-00458-02, decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 10 de septiembre de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, ordenando: "REVÓCASE la sentencia apelada y, en su lugar, se dispone: DECLÁRASE la nulidad de la Ordenanza núm. 011 de 2000, expedida por la Asamblea

Departamental del Chocó". Es decir, se restableció el orden jurídico quedando claro que el sector de Belén de Bajirá, pertenece al Departamento de Antioquia.

III. REFERENTE JURISPRUDENCIAL.- Belén de Bajirá

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá D.C. veintidós (22) de noviembre de dos mil siete (2007)

Radicación número: 27001-23-31-000-2001-00458-02

Actor: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

Demandado: ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DEL CHOCO

Recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 10 de septiembre de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó.

"(...) Dicho informe hace énfasis en que la totalidad de los predios situados en el territorio en disputa están inscritos en los registros catastrales de los Municipios de Mutatá y Turbo en el Departamento de Antioquia, donde tributan el impuesto predial; los ciudadanos residentes en el área en disputa ejercen su derecho al sufragio en los Municipios de Mutatá y Turbo; para abril de 2002 la Administración del territorio era ejercida por el Inspector de Policía nombrado por el Alcalde de Mutatá; los servicios de educación, salud y justicia, han sido prestados tradicionalmente a través del Municipio de Mutatá; la inversión en el área por parte del Municipio de Riosucio ha sido mínima; y las Juntas de Acción Comunal y de las diferentes veredas circunvecinas aparecen registradas en el Ministerio del Interior como pertenecientes al Municipio de Mutatá, Departamento de Antioquia; y procedió a hacer el trazado técnico que consideró más adecuado.(...)"

"(...) Según se advierte a folio 294 (40) del cuaderno de antecedentes administrativos del acto acusado, el Departamento Administrativo de Planeación del Chocó dio su visto bueno favorable para la creación como Municipio de Bajirá, entre otras razones, porque "El Chocó rescata un Territorio que hasta el momento su vida jurídica y administrativa depende de Antioquia"..."

Lo anteriormente reseñado pone de manifiesto que con la creación del Municipio de Belén de Bajirá, a través del acto acusado, se pretendió poner fin a una controversia limítrofe entre los Departamentos de Antioquia y Chocó, lo cual constituye violación del artículo 150, numeral 4, de la Carta Política, dado que es al Congreso de la República a quien le corresponde definir la división del territorio.(...)"

HASTA AQUÍ LA DOCUMENTACION PARA CONCEPTUAR

IV. CONCEPTO

Se debe abordar el análisis sobre la procedencia de la consulta previa como derecho fundamental reservado a las comunidades étnicas de la nación colombiana, desde las particularidades de la población objeto de especial protección constitucional y a partir de los compromisos adquiridos por el Estado Colombiano, en el escenario internacional, al suscribir el Convenio 169 de 1989 de la OIT ratificado mediante Ley 21 de 1991.

Así las cosas, se hace necesario puntualizar, desde lo técnico, el alcance de la petición contenida en el comunicado de fecha 14 de diciembre de 2014, procedente de la Comisión de Ordenamiento Territorial del Congreso de la República, sobre el diferendo limítrofe entre el departamento de Antioquia y Chocó en el cual se solicita "(...) al Ministerio del Interior que emita concepto sobre la obligatoriedad de llevar a cabo procedimiento de consulta previa en el territorio de Belén de Bajirá con el fin de tener en cuenta la posición de la comunidad de este territorio (...)", enunciado que no se ajusta al ámbito de aplicación del Convenio 169 de 1989 de la OIT, según el siguiente análisis:

a. DE LA MULTICULTURALIDAD - JURISPRUDENCIA

Para afinar el alinderamiento del tema bajo estudio, se debe acudir a la constitución política para establecer que es y cuando opera el calificativo "multicultural"; la carta magna establece en el "(...)" *Artículo 7.- El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. (...)*"

Esta característica colombiana, ha sido estimada por la Corte Constitucional, entre otras decisiones, en la Sentencia C-054 de 2013⁵ en la cual estudio las relaciones internas de los grupos indígenas, que reclamaron su derecho a tener cátedras y materias de estudio acordes a su cosmovisión. Dijo la Corte: "(...) La interculturalidad supone el derecho de acceder a todos los conocimientos, saberes o manifestaciones artísticas. Tanto las que se llaman ajenas o provenientes de una cultura de la que se es distante, como las que vienen de la cultura propia. (...) La interculturalidad supone la capacidad de desenvolverse en diversos ámbitos culturales. Un ejemplo de la interculturalidad que promueve la Ley, es la regla legal que busca promover la formación de educadores para grupos étnicos, según la cual "El Estado promoverá y fomentará la formación de educadores en el dominio de las culturas y lenguas de los grupos étnicos, así como programas sociales de difusión de las mismas." (Art. 58, Ley 115 de 1994). (...)"

⁵ Sentencia C-054 de 2013; Referencia: expediente D-9210.- Demandantes: Diógenes Armando Pino Sanjur, Eguis Palma Esquivel y Edelmira Martínez Lozano.- Acción de inconstitucionalidad contra el literal (c) del artículo tercero de la Ley 739 de 2002 "Por medio de la cual se declara Patrimonio Cultural de la Nación el Festival de la Leyenda Vallenata, se rinde homenaje a su fundadora y se autorizan apropiaciones presupuestales". - Magistrada ponente MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.- Bogotá, D.C., seis (6) de febrero de dos mil trece (2013)

"(...) La flexibilidad es importante para diferenciar los distintos grupos de comunidades, pero también para ver las diferencias entre las diversas comunidades que hacen parte de un mismo grupo, o de grupos claramente emparentados en cuanto a su génesis y desarrollo en Colombia. Es, por ejemplo, el caso de las comunidades afro, que no sólo tienen formas distintas de nombrarse a sí mismas, sino que, además, responden a realidades muy diversas. La comunidad del Palenque de San Basilio requiere medidas que permitan conservar, preservar e insertar en la historia y la memoria nacional, su lengua, el palenquero. Las comunidades raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por su parte, utilizan a menudo su otro idioma (el criollo sanandresano), entre otras razones, para poder mantener los lazos con sus familiares y comunidades que se extienden más allá de las fronteras del archipiélago, a través del caribe. (...)"

La misma jurisprudencia, culmina diciendo que *"(...) La Constitución define al colombiano como un estado social y democrático de derecho, pluriétnico y multicultural. Se refiere entonces de manera amplia e incluyente a toda la población que bajo distintas denominaciones se nombra y reconoce, y que incluye a las personas pertenecientes a comunidades tradicionales, indígenas o comunidades afro. (...)"*

El concepto intercultural, ha sido definido en la Sentencia C-313 de 2014⁵ así: *"(...) Interculturalidad. Es el respeto por las diferencias culturales existentes en el país y en el ámbito global, así como el esfuerzo deliberado por construir mecanismos que integren tales diferencias en la salud, en las condiciones de vida y en los servicios de atención integral de las enfermedades, a partir del reconocimiento de los saberes, prácticas y medios tradicionales, alternativos y complementarios para la recuperación de la salud en el ámbito global.(...)"*

Los apartes transcritos, han sido llamados con el único propósito de puntualizar desde la perspectiva de nuestros jueces constitucionales, que Colombia es *"un territorio intercultural (...) y/o multiétnico*, o lo que es lo mismo; el Colombiano puede ser un indígena, un negro, un afrocolombiano, un raizal, un palenquero o un gitano, condición que en nada mina nuestra nacionalidad y mucho menos, la historia que cada apelativo trae implícito. Si permite identificar con toda claridad, el ámbito de aplicación de los diferentes procesos de participación según que busque un resultado.

De hecho, vale decir, con total propiedad, que el sector de Belén de Bajirá, es territorio Colombiano, está incluido en el concepto de multiculturalidad y pluriétnico, ergo, es impropio hablar de consulta previa, para definir una disputa administrativa en materia de linderos y amojonamiento, que debe realizar el IGAC con sus herramientas técnicas especializadas, no un sector de la población, como sería llamar a las comunidades étnicas, únicamente, para ser escuchadas.

⁵ Sentencia C-313 de 2014: Referencia: expediente PE-040.- Asunto: Revisión constitucional del Proyecto de Ley Estatutaria No. 209 de 2013 Senado y 267 Cámara.- Magistrado Ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.- Bogotá D. C., veintinueve (29) de mayo de dos mil catorce (2014)

Pensarse en abrir la consulta previa para un sector de la población de Belén de Bajirá, estaría en abierta oposición a la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, que ha hecho una clara diferenciación entre el ámbito de aplicación del derecho a la participación general y la consulta previa como parte del mismo derecho, aludido en el texto de la Sentencia T-660 de 2015 en diferentes fragmentos.

Como pedagogía para evidenciar el lindero entre el derecho general de la participación y el específico de la consulta previa, la corte apuntalo los elementos determinantes de ésta última, así:

"(...) es necesario hacer énfasis en que las dos afectaciones alegadas, y que son propias del transporte del carbón, no atentan contra un elemento definitorio de la identidad cultural de las accionantes; ni tienen trascendencia en la forma de vida de las comunidades afrodescendientes, lo que sería necesario para afirmar que se presenta una afectación directa.(...)"

"(...) la consulta previa tiene la finalidad de asegurar los derechos de los pueblos indígenas y tribales en sus territorios, y de proteger sus valores culturales sociales, económicos, entre otros, cuando efectivamente se estén viendo perjudicados por la actividad del Estado en situaciones de obras de infraestructura o proyectos de explotación [118]. Al tener esto claro, y toda vez que las afectaciones que surgen del paso del tren en el caso examinado, no tienen la virtualidad de afectar a las comunidades accionantes como grupo cultural diferenciado -en tanto no afectan sus creencias, instituciones, ni bien estar espiritual- no se avizora la presencia de una afectación directa que haga viable el recurrir a la consulta previa, pues dicha circunstancia es requisitos sine qua non para que el derecho fundamental en comento sea amparado.(...)"

"(...) Ello por cuanto, tal como se indicó en las consideraciones de esta providencia, cuando no se cumple con los requisitos para que la consulta previa sea garantizada en determinado caso, al no haberse probado la afectación directa, como ocurre en esta oportunidad, ello no implica que las comunidades o los peticionarios afectados de uno u otro modo, no puedan ser titulares del derecho a la participación cuando se trata del diseño o desarrollo de megaproyectos, pues en determinadas situaciones, existe la obligación de que espacios de participación y concertación sean asegurados.(...)"

Se concluye que dentro del cuestionamiento que se hace tanto por el Departamento de Antioquia como del Chocó, éstos no involucran el elemento socio cultural de la población del sector de Belén de Bajirá, tan solo y exclusivamente, según se pudo establecer de la acción de nulidad que fue definida en segunda instancia por el Consejo de Estado, el interés es jurídico ligado un área geográfica, nunca a la defensa o reconocimiento de derechos a un sector privilegiado de la sociedad como son nuestras comunidades étnicas, menos aún se ha hecho mención de ellos como para establecer algún grado de duda en este sentido, en consecuencia y con mayor fuerza se puede determinar que es improcedente llamar a consulta previa.

b. AMBITO DE APLICACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA:

Este ítem será desarrollado apoyados en el pronunciamiento de la Corte Constitucional, especialmente en la Sentencia C-063 de 2010, que inicia por establecer los requisitos que se deben observar para identificar la procedencia de la consulta previa, así:

"(...) Respecto de la Consulta puede decirse: i. Que es fruto del cambio de paradigma respecto de las relaciones de los Estados con las minorías étnicas existentes dentro de su territorio. ii) Que la misma resulta ser la concreción de muchos principios esenciales a cualquier orden estatal con pretensiones de avance en el camino de la democracia y, por consiguiente, con pretensiones de ser reconocido como democrático. iii) El carácter de derecho fundamental que tiene esta actuación deviene de que a su través se actúan y protegen elementos básicos de las minorías étnicas dentro de un Estado pluralista, como pueden ser la propiedad, la participación en las decisiones estatales y el respeto de su cosmovisión al momento de determinar políticas públicas o tomar decisiones administrativas. iv) Tan importante es su significación sustancial como el procedimiento por el cual se lleve a cabo, ya que al realizarlo se están protegiendo principios constitucionales y derechos fundamentales. v) Su realización resulta obligatoria únicamente en aquellos casos en los que la comunidad se vea directamente afectada por la disposición normativa, ya sea ésta de naturaleza legal o administrativa. vi) Cuando una comunidad se ve afectada de la misma forma e intensidad que el resto de la población, no se está ante un caso que requiera la realización de consulta previa. vii) La no realización de la consulta afecta principios y derechos fundamentales esenciales en un Estado social y democrático como el colombiano, por lo tanto su omisión tendrá efectos en la aplicación y en la exequibilidad de la respectiva disposición. (...)"

Esta jurisprudencia aclara varias cosas: *Primero:* Que la consulta previa es una obligación del estado en favor del derecho fundamental a la participación de las comunidades étnicas. *Segundo:* Que la apertura de ese espacio de participación, además de ir dirigido de manera específica a las comunidades étnicas, debe abrirse con el propósito de respetar su cosmovisión y derechos culturales frente a decisiones que se vayan adoptar y que las afecte de manera directa. *Tercero:* Que no es un derecho fundamental individual sino colectivo, es decir, que se protege un conglomerado respecto a sus usos y costumbres. Elementos que no están presentes en el subexamine.

Así entonces, cuando la decisión afecta de la misma forma e intensidad al total de la población ubicada, en este caso en el Sector de Belén de Bajirá, la decisión técnica de destinde y amojonamiento no tipifica la necesidad ni la procedencia de la consulta previa; en caso de quererse conocer la postura de la población o de "la comunidad en este territorio", se debe pensar en un proceso de participación en el cual todos los ciudadanos, inclusive los pertenecientes a comunidades étnicas asentados en el área, puedan ejercer su derecho a la como pares, según la constitución y la ley en espacios que, nuevamente desde lo técnico, serán

vistos y entendidos desde la normatividad correspondiente, dependiendo del mecanismo de participación general que se desee adoptar, descartando de suyo, la consulta previa por improcedente y que solo es adecuada cuando se hace necesario imprimir a la decisión, un trato diferencial reservado desde el escenario internacional a las comunidades étnicas.

La Consulta Previa es tan importante, que ya desde sus pronunciamientos tempranos, la corte constitucional la valoro, condensando conceptualmente su alcance y procedencia en la Sentencia SU-039 de 1997, en la cual dijo que: "(...) *La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas (...) ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. (...)*"

En el caso sometido a estudio, no son solamente las comunidades étnicas las que pueden verse afectadas con la decisión de deslinde y amojonamiento, es toda la población, se repite.

Desde otra perspectiva, hay que tenerse claro el propósito de la consulta previa que no es medir el grado de aceptación o rechazo de las comunidades, en cuanto ser tenidos como parte de un departamento, como acaece en el presente caso respecto del Departamento del Chocó o de Antioquia, según se infiere del diferendo en que se viene ventilando ante la comisión de ordenamiento territorial del honorable Congreso de la República y que, según quedó arriba documentado, fue definido por el Consejo de Estado al declarar nula la ordenanza emanada del Departamento del Chocó, la cual violento el ordenamiento vigente al momento, surgiendo a la vida sin dubitación alguna, el régimen legal y el alínderamiento del sector de Belén de Bajirá, como parte del Municipio de Mutatá, del Departamento de Antioquia, según lo definió el alto tribunal de cierre en lo contencioso administrativo.

En suma y al tenor de la Sentencia C-461 de 2008 "(...) *Los procesos de consulta previa no son fines en sí mismos, sino medios para asegurar la protección de la supervivencia colectiva, la integridad cultural, los intereses comunitarios y los derechos fundamentales de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En consecuencia, cada proceso de consulta previa "no se caracteriza por ser un simple ejercicio jurídico de respeto del derecho de defensa de quienes pueden verse afectados con una actuación del Estado, sino porque se busca asegurar por medio de esta consulta previa la efectiva protección de los intereses colectivos y derechos fundamentales [21] de las referidas comunidades. (...)*" (Subrayado fuera de texto); supuesto que no se cumple en el diferendo que analiza esa corporación.

V. CONCLUSIONES

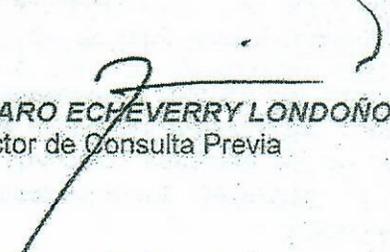
Según la argumentación presentada, se puede llegar a las siguientes conclusiones:

- Decantando el contenido normativo constitucional, legal y jurisprudencial arriba referido, se deduce, de su simple lectura, que desde las competencias asignadas a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, no es procedente siquiera pensar que la función de deslinde y amojonamiento de un territorio perteneciente a un Departamento, deba ser sometido a consulta previa, no solo porque se trata de una decisión técnica a cargo del estado, dentro de su función administrativa, sino porque no sería la población étnica, residente o domiciliada en dicho territorio, la exclusivamente afectada, sino en general toda la población resultaría afectada.
- La Consulta Previa es un derecho sustantivo fundamental de las comunidades étnicas de Colombia, el cual debe ser garantizado por el Estado cuando se advierta una afectación directa a sus derechos étnicos, usos, costumbres y cosmovisión. En el asunto bajo estudio, no se tipifica esta particularidad.
- Según quedo establecido en precedencia y atendiendo a los hechos, la consulta previa no procede, en su lugar si puede decirse que puede pensarse en un proceso de participación general entre pares y dentro de las alternativas y libertades contempladas en la Constitución y la Ley.

Por último, sea el momento para manifestar que la experticia adquirida en el relacionamiento con las comunidades, desde las competencias asignadas a esta Dirección, se pone a disposición de las autoridades legislativas y administrativas nacionales y locales, en caso de que así lo requieran.

HASTA AQUÍ EL CONCEPTO.

Atentamente,


ÁLVARO ECHEVERRY LONDOÑO
Director de Consulta Previa

Proyecto: Claudia Barón Gómez
Aprobó: Álvaro Echeverry Londoño