



Londres, julio de 2011
Honorable Magistrado
JUAN CARLOS HENAO PEREZ
Presidente
CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA
Sala Plena Palacio de Justicia
Calle 12 No. 7 - 65
Bogotá D.C.- Colombia

**Referencia: solicitud de nulidad de sentencia 7-769/2009 de la Sala Séptima de
Revisión de la Corte Constitucional**

**Amicus Curiae Del Bar *Human Rights Committee of England and Wales* (El Comité
del Bar de Inglaterra y Gales)**

Introducción

1. Este amicus curiae está dirigido respetuosamente a la Honorable Corte
2. Presentamos el amicus con respecto a la solicitud realizada a la Corte Constitucional para obtener la nulidad de la sentencia (T-769 del 29 de octubre de 2009) de la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, buscando la revisión de dicha sentencia por la Sala Plena de la Corte.
3. Este amicus fue realizado por el *Bar Human Rights Committee of England and Wales* (El Comité de derechos humanos de Inglaterra y de Gales-BHRC). El *Bar Human Rights Committee of England and Wales* es la unidad de derechos humanos internacionales del '*Bar of England and Wales*' (El Bar de Inglaterra y Gales). Este es un cuerpo independiente con la misión de promover la protección de los derechos de los abogados y los jueces en el mundo. Además, tiene como objetivo defender el estado de derecho y los estándares internacionales que reconocen el derecho a un juicio imparcial.

4. En virtud de la sentencia de la Sala Séptima y la solicitud buscando su nulidad, los autores de este amicus tratarán de limitar su comentario a dos temas:

(a) La existencia de la posibilidad de determinar la necesidad de consentimiento previo, anterior a la iniciación de un proyecto económico de gran escala en tierra ocupada por comunidades indígenas, basado en las normas internacionales;

(b) El otorgamiento de relevancia a la realización de estudios ambientales para determinar el impacto probable en cualquier proyecto de gran envergadura con antelación al comienzo de dicho proyecto, o al otorgamiento de una concesión comercial por parte del Estado.

Consentimiento previo

5. No es intención de los autores de este amicus comentar sobre el contenido ni la interpretación de la jurisprudencia de la Corte. La presentación efectuada por la empresa *Muriel Mining Corporation* solicitando la nulidad de la sentencia de la Corte (solicitud asimismo efectuada por el Ministerio del Interior y de Justicia) establece que dicha Corte, al dictar la sentencia T-769/2009, se excedió en los requisitos establecidos en su jurisprudencia anterior, en particular en lo que respecta al requisito del consentimiento previo de las comunidades afectadas por la minería de gran escala u otro proyecto económico a llevarse a cabo en su tierra o territorio, a que refiere en dicha sentencia la Sala Séptima de Revisión.

6. Dicha solicitud de nulidad menciona que dicho fallo sobrepasó los requisitos establecidos por la jurisprudencia previamente. La jurisprudencia instauró el requisito de la consulta adecuada a las comunidades indígenas afectadas por dichos proyectos, obligó al estado a no actuar en forma arbitraria o autoritaria, pero no determinó la necesidad de obtener el consentimiento previo de los pueblos indígenas en aquellos territorios afectados por dichos proyectos antes del comienzo de éstos.

7. Que la exigencia de la debida consulta a las comunidades indígenas afectadas por proyectos de este tipo, no parece ser un asunto que esté en disputa.

8. Entonces, el problema es determinar cuándo es necesario el consentimiento previo de las comunidades indígenas que verán un impacto directo en la tierra que ocupan debido a la implementación de proyectos de gran escala, como la minería o la extracción minera.

El Convenio 169 de la OIT

9. Los autores notan – y esto puede discernirse de la autoridad citada en el cuerpo de la sentencia de la Sala Séptima y en las Solicitudes de nulidad presentadas tanto por el Ministerio del Interior y de Justicia como por la empresa *Muriel Mining Corporation*– que las sentencias previas de la Corte Constitucional se han basado extensivamente en el marco proporcionado por el Convenio 169 de la OIT, C169¹
10. La letra de dicho Convenio y el marco en el cual fue creado destacan el requisito de la *consulta: ver*, inter alia, Artículo 15 del Convenio, el cual establece:
 - (1) Los derechos de los pueblos interesados a 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 tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. 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.
11. En este contexto, es importante recordar que la postura adoptada por la Asamblea General unos ocho años después (Resolución de fecha 13 de septiembre de

¹ El C169, Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, fue adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en la Sesión de la Conferencia 76, el 7 de junio de 1989

2007)², y reflejada en el texto de dicha resolución, como se expresa en la *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* de las Naciones Unidas, ha sido superada. Según el Artículo 32 de dicho Convenio:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.
2. Los Estados **celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas** interesados por conducto de sus propias instituciones representativas **a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras** o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.
3. Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual. (nuestro énfasis)

El caso del Pueblo Saramaka

12. La lógica en la sentencia de la Sala Séptima fue basada en el notorio juicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del *Pueblo de Saramaka c. Suriname* (28 de noviembre de 2007).
13. Podría destacarse, que la Corte Interamericana refiere en su razonamiento al Artículo 32 de la Resolución de la Asamblea General³. Asimismo, la Corte se basó en el análisis de las decisiones de otros tribunales internacionales, incluidas las del Comité de Derechos Humanos y las opiniones del relator de las Naciones Unidas.
14. La sentencia del *Pueblo de Saramaka* proporciona un análisis extensivo de los derechos de los pueblos indígenas dentro del marco de Artículo 21 del Convenio

² Resolución 61/295; 107ª Sesión Plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas; 13 de septiembre de 2007;

³ Ver *El pueblo de Saramaka c Suriname* para 131;

Interamericano (el derecho al uso y goce de sus bienes), considerando la jurisprudencia previa de la Corte sobre la situación de las comunidades indígenas y tribales. La Corte reconoció en su análisis que la relación entre los derechos que competen a las comunidades indígenas y las prioridades económicas del Estado era necesariamente un problema complejo. Subrayó, a la luz de su jurisprudencia previa, que la supervivencia cultural y económica de las comunidades indígenas y tribales depende del acceso y el uso de los recursos naturales dentro de su territorio. Dos elementos fundamentales surgieron en relación a este tema: Primero, el acceso a los recursos necesarios para la continuidad de la vida tradicional y de las actividades que son integrales a la identidad de dichas comunidades; y segundo, el hecho de que los proyectos económicos pudiesen tener impactos graves sobre el medio ambiente en las tierras ocupadas por dichas comunidades y que hubiese un impacto considerable sobre las comunidades, su subsistencia y actividades económicas (por ejemplo, el acceso al agua limpia podría verse afectado apreciablemente por los proyectos de minería, aparejando consecuencias sobre la agricultura, los cultivos y la pesca).

15. La Corte reconoció que la protección provista por el Artículo 21 no era absoluta:

Aunque la Corte reconoce la interconexión entre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales al uso y goce de sus tierras y el derecho a esos recursos necesarios para su supervivencia, dichos derechos a la propiedad, como muchos otros de los derechos reconocidos en la Convención, están sujetos a ciertos límites y restricciones. En este sentido, el artículo 21 de la Convención establece que “la ley podrá subordinar [el] uso y goce de [los bienes] a los intereses de la sociedad”. Por ello, la Corte ha sostenido en otras ocasiones que, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática¹²². En consonancia con esta disposición, el Estado podrá restringir, bajo ciertas condiciones, los derechos de los integrantes del pueblo *Saramaka* a la propiedad, incluidos sus derechos sobre los recursos naturales que se encuentren en el territorio.

16. La Corte estableció tres condiciones previas a la ejecución de un proyecto⁴:

- (a) La participación efectiva de la comunidad afectada ‘de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción dentro del territorio’ [la dirección de la Corte en este sentido es clara; la obligación existe a cada etapa, a partir de la exploración, y no se limita a las últimas etapas de un proyecto donde la actividad realmente comienza];
- (b) Que un beneficio razonable de un proyecto se puede garantizar a la Comunidad;
- (c) La tercera condición es que el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka **a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental.**

17. En cuanto a la cuestión de la consulta y la posible necesidad de consentimiento de la comunidad afectada, la Corte dijo [párrafos 133-137] (y el análisis de la Corte fue claramente consciente de la evolución internacional en relación con la posible necesidad de consentimiento) que:

Primero, la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo *Saramaka* en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (*supra* párr. 129). Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, **se debe consultar con el pueblo *Saramaka*, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de**

⁴ Véase el párrafo 129 de la sentencia del Tribunal.

obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. **El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria.** Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones

Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre "consulta" y "consentimiento" en este contexto requiere de mayor análisis.

En este sentido, el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas también ha observado que:

“[s]iempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes no son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales [...] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia”

En consecuencia, el Relator Especial de la ONU determinó que “el consentimiento libre, previo e informado es esencial para la [protección] de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo.”

Otros organismos y organizaciones internacionales también han considerado que, en determinadas circunstancias, y además de otros mecanismos de consulta, los Estados deben obtener el consentimiento de los pueblos indígenas y tribales para llevar a cabo proyectos de gran escala de desarrollo o inversión que tengan un impacto

significativo en el derecho de uso y disfrute de sus territorios ancestrales.

Más importante aún, el Estado también ha reconocido que el “nivel de consulta que se requiere es, obviamente, en función de la naturaleza y el contenido de los derechos de la Tribu en cuestión.” La Corte está de acuerdo con el Estado y también considera que, además de la consulta que siempre es necesaria en la planificación de proyectos de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de la participación efectiva y necesaria cuando se trata de grandes desarrollos o planes de inversión en gran parte de su territorio que puedan tener un profundo impacto en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo *Saramaka* debe entenderse como una necesidad, además del consentimiento libre, previo e informado de los miembros del pueblo Saramaka de conformidad con sus tradiciones y costumbres. (*El énfasis es nuestro*)

18. Al considerar los hechos del caso y la imposición de una concesión forestal dentro del territorio *Saramaka*, la Corte reiteró que ‘...la cuestión no es si el Estado debe consultar con los Saramaka, sino, más bien, si el Estado adicionalmente debe obtener su consentimiento’.⁵

Consentimiento: Otros Ejemplos del enfoque adoptado internacionalmente

19. El Comité de Derechos Humanos en su decisión del caso *Ángela Poma Poma v Perú*⁶ en marzo de 2009, aunque consciente de la tensión entre la necesidad de desarrollo económico y la protección de las comunidades indígenas, consideró la existencia de la obligación del consentimiento previo cuando un proyecto se convierta en la degradación significativa del medio ambiente de la comunidad y la capacidad de ésta para continuar con sus actividades tradicionales. El enfoque del Comité, sobre la base de sus propias decisiones anteriores y Observaciones Generales, hace eco de la decisión de *Saramaka*⁷:

⁵ Sentencia en párrafo 147;

⁶ Human Rights Committee (Comité de Derechos Humanos); Comunicación 1457/2006; CCPR/C/95/D/1457/2006;

⁷ Ver párrafos 7.4- 7.7;

El Comité reconoce que un Estado pueda legítimamente tomar medidas para promover su desarrollo económico. Sin embargo, recuerda que ello no puede menoscabar los derechos reconocidos en el artículo 27. Así pues, el alcance de la libertad del Estado en este ámbito deberá medirse con base a las obligaciones que deba asumir de conformidad con el artículo 27. El Comité recuerda asimismo que las medidas cuya repercusión equivalga a una negación del derecho a gozar de la propia cultura de la comunidad son incompatibles con el artículo 27, mientras que aquellas medidas que sólo tuvieran una repercusión limitada sobre el modo de vida y el sustento de las personas pertenecientes a la comunidad no equivaldrían necesariamente a una denegación de los derechos reconocidos por ese artículo.

En el presente caso, se trata de determinar si las consecuencias del desvío de aguas autorizado por el Estado parte en la cría de camélidos son de una proporción tal que tienen un impacto sustantivo negativo en el disfrute por parte de la autora de su derecho a disfrutar de la vida cultural de la comunidad a que pertenece. En este sentido, el Comité toma nota de las alegaciones de la autora de que miles de cabezas de ganado murieron a causa de la degradación de 10.000 hectáreas de tierras aymara de pastoreo, degradación producida como resultado directo de la implementación del Proyecto Especial Tacna durante los años 1990s, y que ello habría arruinado su modo de vida y la economía de la comunidad, forzando a sus miembros a abandonar sus tierras y su actividad económica tradicional. Observa que dichas afirmaciones no han sido contestadas por el Estado Parte, que se ha limitado a justificar la presunta legalidad de la construcción de los pozos del Proyecto Especial Tacna.

El Comité considera que la permisibilidad de las medidas que comprometen significativamente las actividades económicas de valor cultural de una minoría o comunidad indígena o interfieren en ellas, guarda relación con el hecho de que los miembros de esa comunidad hayan tenido oportunidad de participar en el proceso de adopción de decisiones relativas a esas medidas y de que sigan beneficiándose de su economía tradicional. El Comité considera que la participación en el proceso de decisión debe ser efectiva, por lo que no es suficiente la mera consulta sino que se requiere el consentimiento libre, previo e informado de los miembros de la comunidad. Además, las medidas deben respetar el principio de proporcionalidad, de manera que no pongan en peligro la propia subsistencia de la comunidad y de sus miembros.

En el presente caso, el Comité observa que ni la autora ni la comunidad de la que forma parte fueron consultadas en ningún momento por el Estado Parte en lo relativo a la construcción de los pozos de agua. **Además, el**

Estado tampoco exigió la realización de estudios por entidad competente e independiente con miras a determinar el impacto que la construcción de los pozos tendría en la actividad económica tradicional, ni se tomaron medidas para minimizar las consecuencias negativas y reparar los daños sufridos. El Comité observa asimismo que la autora, no ha podido seguir beneficiándose de su actividad económica tradicional, debido a la desecación de las tierras y la pérdida de su ganado. Por ello, el Comité considera que la actuación del Estado comprometió de manera sustantiva el modo de vida y la cultura de la autora, como miembro de su comunidad. El Comité concluye que las actividades realizadas por el Estado parte violan el derecho de la autora, a gozar de su propia cultura en común con los demás miembros de su grupo, con arreglo al artículo 27 del Pacto. (El énfasis y subrayado son nuestros)

20. En la Comunicación 155/96, *El Centro de Acción por los Derechos Sociales y Económicos y el Centro de Derechos Económicos y Sociales v Nigeria*, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos fue llamada a analizar el impacto y los daños ambientales causados por la explotación petrolera en las tierras bajo el control del Pueblo Ogoni en la región de Ogoni en Nigeria. La Comisión consideró necesario emprender un análisis general de la obligación de un gobierno en virtud de la Carta Africana⁸. Una de las quejas fue que la exploración petrolera había procedido sin consultar a las comunidades afectadas⁹.

21. La Comisión señaló:¹⁰

Para cumplir con el espíritu del Artículo 16 [el derecho de disfrutar del mejor estado de salud físico y mental que sea alcanzable] y 24 [el derecho de vivir en un ambiente general que sea satisfactorio] de la Carta Africana, el gobierno debe exigir o por lo menos permitir un control independiente y científico del medio ambiente amenazado, **exigiendo y publicando los estudios acerca del medio ambiente y de los impactos sociales antes de que ocurra cualquier desarrollo industrial mayor, emprendiendo un control adecuado y proporcionando información a las comunidades expuestas a los materiales y actividades peligrosos y proporcionando a las personas oportunidades significativas para que se oigan sus opiniones y para que participen en las decisiones acerca del desarrollo que afecte a sus comunidades.** (*El énfasis es nuestro*)

⁸ Párrafos 43-69;

⁹ Párrafo 6;

¹⁰ Párrafo 53;

22. Además, y con referencia al requisito para la participación de las comunidades afectadas en el proceso de toma de decisiones acerca del desarrollo, la Comisión notó, al concluir que fuera una violación del Artículo 21 de la Convención Africana, que las comunidades Ogoni no fueron incluidas en las decisiones que afectaron a sus tierras.¹¹
23. En el contexto de una jurisdicción de ley común, los precedentes canadienses reconocen que siempre hay una obligación de consultar. Además, hay una gama de obligaciones que varían según la gravedad de la interferencia con los derechos de la comunidad afectada. Y, asimismo, existe la posibilidad de obligar a tomar en cuenta las opiniones de la comunidad afectada y cambiar o enmendar los términos de los planes o proyectos propuestos¹².

Estudios anteriores en el impacto al medio ambiente

24. Acerca de la tema de la obligación de producir o permitir los estudios anteriores en el impacto al medio ambiente, los autores de este amicus se limitan a unas breves observaciones. Los autores entienden que los documentos presentados por *Comisión Intereclesial de Justicia y Paz* y por la *Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente* contienen un análisis extensivo de la ejecución de dichos estudios como obligación procesal. Los autores notan que, como determinan claramente los casos referenciados anteriormente, la realización de los estudios en el impacto al medio ambiente es un paso esencial en el proceso de toma de decisiones de este tipo. En el caso de *Saramaka*, la Corte declaró explícitamente que la realización de tales estudios es una obligación fundamental e importante en todas las etapas, desde la exploración y reconocimientos, para evaluar un proyecto

¹¹ Párrafo 55;

¹² Ver, inter alia, *Taku River Tlingit First Nation v British Columbia* [2004] 3 SCR 550 párrafo 25; *Delgamuukw v British Columbia* [1997] 3 SCR 1010; *Mikisew Cree Nation* [2005] 3 SCR 388;

específico. Es importante manifestar que, al considerar la obligación del procedimiento de consulta previa o consentimiento, está claro que tales estudios eran esenciales para que la comunidad pudiese entender *el impacto* de cualquier decisión en relación a un proceso de consulta o consentimiento.

Sumario

25. En resumen, y como se explica en breve anteriormente:

- (a) El caso de *Saramaka*, y los demás casos posteriores, al igual que las opiniones del relator de la ONU citadas en el caso *Saramaka*, y la *Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas* de la ONU, reconocen como estándar mínimo la existencia de un proceso legítimo de consulta con las comunidades afectadas por proyectos de desarrollo, como el propuesto por la empresa *Muriel Mining Corporation*. En el caso de los proyectos que puedan tener un impacto probable y significativo en la vida de los pueblos indígenas o en el medio ambiente y las tierras que ocupan, hay un requisito adicional, que existe precisamente como consecuencia del impacto extenso que tenga el proyecto, y que es que el pueblo afectado consienta con anterioridad.

- (b) Es probable que el requisito de consultar exista en todas las etapas del proceso, desde la exploración y consideración de la viabilidad de un proyecto específico en adelante. El requisito de llevar a cabo los estudios del impacto ambiental es también un elemento necesario del proceso desde las etapas principales cualquiera sea el proyecto. Este aspecto del proceso facilita a que los pueblos entiendan el impacto probable de un proyecto determinado; la Corte en el caso de *Saramaka* lo consideró un requisito esencial.

Fecha: 28 de Julio de 2011

Cordial y respetuosamente,

Phil Haywood

Bar Human Rights Committee

Garden Court Chambers

57-60 Lincoln's Inn Fields

London WC2A 3LS

United Kingdom

Tel: +44 (0)20 7993 7755

Fax: +44 (0)20 7993 7700

www.barhumanrights.org.uk

E-mail: bhrc@compuserve.com