

Riosucio (Chocó), 20 de noviembre de 2017.

Señora

DERLY ADRIANA QUINTERO

Directora de Asuntos Étnicos - DAE

Unidad de Restitución de Tierras (URT)

Avenida Calle 26 No. 85 B - 09

Bogotá D.C.

E. S. D.

REF: Respuesta a concepto jurídico emitido por la Dirección Jurídica de la URT con respecto a la pertinencia de alegar la configuración de las presunciones de derecho y legales de los artículos 127 y 128 del Decreto Ley 4633 de 2011 en el Consejo Comunitario de los ríos La Larga Tumaradó, Chocó (27 de septiembre de 2017).

PABLO ANTONIO LÓPEZ MORENO, identificado con cédula de ciudadanía número C.C. 12.001.791 expedida en el municipio de Riosucio (Chocó) y domiciliado en el municipio de Riosucio (Chocó), actuando en nombre y representación del consejo comunitario de los Ríos La Larga y Tumaradó – COCOLATU, me permito dar respuesta al concepto jurídico emitido por la Dirección Jurídica de la URT fechado el 27 de septiembre de 2017, frente a la inclusión de la pretensión de nulidad del título minero que se encuentra traslapado con el territorio colectivo de COCOLATU.

Apreciaciones sobre los argumentos presentados por la URT en el concepto jurídico enviado a COCOLATU (27 de septiembre de 2017).

A. Comentarios generales sobre el concepto.

- I. La Unidad de Restitución de tierras (URT) está atribuyéndose funciones jurisdiccionales al emitir un concepto jurídico que evalúa la viabilidad sustancial para introducir o no una pretensión en la demanda de restitución de derechos territoriales de COCOLATU. Acción que consideramos no es el rol de la URT sino de los jueces de la república, rol que además se asumiría por parte de ellos en la etapa judicial, serán ellos los que realicen el juicio de racionalidad y proporcionalidad de acuerdo a la etapa probatoria y decidan la viabilidad o no de las pretensiones incluidas en la demanda.

El verdadero rol de la URT, según una interpretación teleológica y sistemática de las leyes transicionales, es el de ser los abogados representantes de las víctimas, y en ese ejercicio interpretar y aplicar la ley de la manera más favorable y garantista para las mismas, atendiendo el principio pro víctima, sin que con su actuación se afecte o se proceda en contravía de las leyes.

Sin embargo, en el concepto jurídico presentado por la Dirección Jurídica de la URT no se evidencia dicha interpretación favorable del ordenamiento jurídico, al contrario, se sostiene una interpretación de las leyes y la jurisprudencia restrictiva, imprecisa e inconstitucional en algunos de sus apartados.

- II. Uno de los puntos de controversia centrales entre la URT y la Junta Directiva de COCOLATU, consistió en que la pretensión de nulidad del título minero se incluyó en la

socialización del borrador de la demanda ante la Junta Directiva en dos (2) reuniones previas a la Asamblea, y ante la Asamblea de COCOLATU (21 de julio de 2017).

En el concepto no se analiza en ningún apartado, cómo cambiar la pretensión sin aprobación de la Asamblea como máximo órgano decisorio en el derecho propio de las comunidades afrodescendientes, es una afectación al debido proceso, al gobierno propio del Consejo Comunitario y una vulneración a la autonomía y participación otorgadas a las comunidades negras, como sujetos especialmente protegidos por el ordenamiento jurídico colombiano y el ordenamiento internacional.

- III. Tampoco se da respuesta a una pregunta realizada en varias ocasiones y en distintos escenarios por la Junta Directiva de COCOLATU a la URT, en la que se pidió argumentar si había algún tipo de impedimento jurídico para incluir la pretensión de nulidad del título minero, y si incluyendo la pretensión los abogados representantes cometían alguna falta disciplinaria o delito.

Al contrario, se evidencia en las conclusiones del concepto que el motivo esencial por el cual la URT se declara impedida para incluir la pretensión de nulidad del título minero, consiste en el conflicto de intereses que tienen los abogados/a de la URT, como representantes de las víctimas y al mismo tiempo funcionarios del Estado colombiano.

Lo anterior se sustenta con lo señalado por la URT en el apartado de conclusiones (primera conclusión) del concepto:

*El análisis de legalidad del contrato, en este caso, debe ser cuidadoso, pues solicitar la declaratoria de nulidad o inexistencia del título minero a través de las referidas presunciones constituye **un riesgo de daño antijurídico importante para la Unidad y el Estado colombiano en caso de enfrentarse a mecanismos de solución de controversias contractuales en el marco de tratados de libre inversión o de protección de inversión minera o de demandas de reparación directa.** Máxime, cuando en el momento que se suscribió el contrato de concesión minera se acreditaron todos los requisitos legales y jurisprudenciales exigibles en esa coyuntura. **En últimas, son recursos del erario quienes quedarían comprometidos.**¹ Énfasis nuestro.*

Lo dicho por la URT constituye **un impedimento político** que evidencia claramente la restricción de los abogados/as de la URT. Sin embargo, dicho argumento no es ajustado a la normatividad colombiana, ni a la normatividad internacional ratificada por Colombia en materia de Derechos Humanos, pues no es razonable, ni justificable ponerle la carga a las víctimas de los incumplimientos de obligaciones contractuales adquiridas por el Estado colombiano, sin haber tenido el debido cuidado que se exige para realizar contratos de concesión, en los territorios colectivos de comunidades étnicas, mucho más si esos territorios han sido afectados gravemente por el conflicto armado que no cesa en la región.

De esta manera, el problema jurídico que se presenta es si el potencial incumplimiento y daño antijurídico del Estado frente al contrato de concesión otorgado a la empresa minera Anglo Gold Ashanti, está por encima del cumplimiento de los derechos fundamentales de las comunidades negras víctimas del conflicto armado, y sus derechos fundamentales a la restitución integral y a la consulta previa, libre e informada.

Con este concepto emitido por los abogados/as de las víctimas, pareciese que el problema jurídico ya estuviese resuelto; la contradicción entre las políticas públicas a favor de las víctimas

¹ Concepto jurídico de la Dirección Jurídica de la Unidad de Restitución de Tierras, 27 de septiembre de 2017.

y el plan de desarrollo propuesto por el Estado colombiano junto con los efectos económicos que pueda llevar, siguen siendo una carga que tienen que asumir las víctimas. Así las cosas, el pronunciamiento que presenta la URT al Consejo, es un precedente muy grave y retroactivo frente a la defensa en la reivindicación de los derechos de las comunidades étnicas que han sido afectadas por el conflicto armado.

Frente al dilema planteado, se podría rastrear un caso análogo en la doctrina internacional. El caso de la comunidad de Sawhoyamax vs. Paraguay ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el que la controversia radica en la imposibilidad alegada por el Estado paraguayo de restituírle las tierras a la comunidad Sawhoyamax, dicha imposibilidad en el caso mencionado se sustenta bajo tres argumentos:

*1. Que las tierras reclamadas han sido trasladados de propietario en propietario desde hace mucho tiempo y están debidamente inscritas; 2. Que dichas tierras están siendo debidamente explotadas, y 3. **Que el propietario de las tierras está amparado por un tratado entre la República de Paraguay y la República Federal de Alemania, el cual es la ley de la Nación**² Énfasis nuestro.*

Frente al tercer argumento, la Corte es clara en decir que:

*(...) **la aplicación de acuerdos comerciales bilaterales no justifica el incumplimiento de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana**; por el contrario, su aplicación debe ser siempre compatible con la Convención Americana, tratado multilateral de derechos humanos dotado de especificidad propia, que genera derechos a favor de individuos y no depende enteramente de la reciprocidad de los Estados³. Énfasis nuestro.*

Si bien en el caso mencionado la controversia que se da es sobre la propiedad de la tierra, en el caso COCOLATU, la controversia tiene que ver con los recursos naturales y el subsuelo, que según la Constitución Política colombiana le pertenecen al Estado. Sin embargo, según la normatividad nacional e internacional ratificada por Colombia, la posibilidad de realizar concesiones de exploración y explotación minera en territorios colectivos tiene que ir acompañada de un proceso de consulta previa, libre e informada; requisito esencial para respetar los derechos humanos fundamentales de las comunidades negras, el cual no se surtió en el caso del territorio colectivo de La Larga y Tumaradó.

Bajo el escenario anterior, podríamos decir que el Estado colombiano está anteponiendo sus obligaciones comerciales con la empresa Anglo Gold Ashanti sobre los derechos fundamentales de la comunidad negra, lo que podría acarrear consecuencias de incumplimiento de normatividad internacional, además de la afectación directa a las comunidades negras víctimas.

B. Comentarios específicos:

Argumentos presentados por la Dirección Jurídica de la Unidad de Restitución de Tierras -URT- por medio del concepto jurídico:

- I. **Las presunciones legales y de derecho consagradas en los artículos 127 y 128 del Decreto 4635 de 2011, tienen que construirse con base a una "verdad procesal" y probando de manera inexorable el supuesto de hecho que la acompaña, lo anterior para garantizar los derechos fundamentales al debido proceso y defensa de la contraparte.**

² Caso de la comunidad de Sawhoyamax vs. Paraguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pág.74.

³ Caso de la comunidad de Sawhoyamax vs. Paraguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pág.75.

Parte fundamental del concepto de la URT en este apartado consiste en acudir al artículo 166 del código general del proceso, el cual menciona los requisitos fundamentales para que las presunciones legales y de derecho procedan en el ordenamiento jurídico ordinario. A su vez, hace mención tangencial a la ley 1448 y el decreto 4635 de 2011, en donde se alude a las presunciones a favor de las víctimas que allí se encuentran consagradas, las cuales resultan “justas y proporcionadas” debido a la debilidad fáctica y procesal de las víctimas para acreditar algunos hechos.

Sin embargo, la argumentación que prima en el concepto se basa en las normas de derecho procesal ordinario y en la defensa de los derechos de los posibles opositores. Además, controvierte el argumento según el cual las víctimas cuentan con la inversión de la carga de la prueba y la prueba sumaria (según la legislación transicional) pues hay que probar inexorablemente el supuesto de hecho ya que “es una garantía mínima de la contraparte a efectos de garantizar sus derechos fundamentales al debido proceso y defensa”.

Frente a los argumentos expuestos se hace necesario retomar la justificación e importancia del régimen transicional, pues precisamente desde su carácter especial y temporal para alcanzar el fin último de una paz estable y duradera, se crea un marco jurídico excepcional que deberá primar ante la jurisdicción ordinaria, privilegiando los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas. Sin que con ello se anule los principios y lineamientos generales de la misma, solo que se deberá interpretar y aplicar la ley transicional de manera preferente.

Uno de los puntos esenciales de la ley 1448 y el decreto 4635 de 2011, tienen que ver precisamente con el tema probatorio, y se hace indiscutible que en dicho marco transicional hay un desbalance que se inclina por beneficiar a los accionantes de la restitución, víctimas del despojo. En dicho desbalance, se privilegia a las víctimas facilitándoles los procedimientos probatorios, allí el Estado incluso concurre a su favor; y a los opositores, en algunas presunciones se les niega el acceso a la prueba, o se las dificulta imponiéndoles la carga de la prueba en donde tendrán que demostrar su buena fe exenta de culpa, pues en el régimen transicional se invierte a favor de los accionantes. Es más, la aplicación de la buena fe exenta de culpa debe mirarse de manera diferenciada cuando en el caso haya comunidades negras, pues se debería aplicar un estándar mucho más alto.

Con base a lo anterior, se justifica de manera legal y constitucional el desbalance planteado, sin que con este postulado se pueda alegar la violación del derecho al debido proceso y la igualdad de los opositores (como alega la URT), pues de acuerdo al espíritu del legislador y a una interpretación sistemática y finalista de la ley 1448 y el decreto 4635 de 2011, todo el proceso de recaudación de pruebas (preparación, práctica y valoración) tiene que estar enfocado a garantizar el goce efectivo de los derechos de las víctimas, asumiendo que la evidencia que provenga de ellas tiene un blindaje especial.⁴

Es mediante la buena fe de las víctimas⁵, el enfoque diferencial⁶ y la inversión de la carga de la prueba⁷ en el que se sustenta el trato “desigual”.

Por lo tanto, el blindaje especial de las víctimas tiene unos efectos jurídicos concretos:

- El hecho probatorio que proviene de la víctima adquiere la calidad de prueba sumaria. Esto significa que el hecho probatorio que proviene de la víctima puede ser usado para lograr el convencimiento del juez, sin que haya sido objeto de una contradicción al interior del proceso.

⁴ La Corte Constitucional mediante la sentencia hito T-821 de 2007, M.P. Catalina Botero, ha desarrollado unas reglas aplicables para todos los funcionarios del Estado, frente a las víctimas en materia probatoria, donde se resuelve la discusión presentada. También en la sentencia SU-636 de 2015, M.P. María Victoria Calle, se manifiesta el espíritu de la inversión de la carga de la prueba.

⁵ Consagrada de manera general en el artículo 83 de la Constitución Política y de manera especial, en el artículo 28 del decreto 4635 y, el artículo 5 de la ley 1448 de 2011.

⁶ Artículo 14 de la ley 1448 de 2011.

⁷ Artículo 78 de la ley 1448 y 126 del decreto 4635 de 2011.

- El hecho probatorio que proviene de la víctima es investido con una presunción de veracidad, trasladando una carga positiva de desmonte de dicha presunción a aquellos que pretendan alegar su falsedad.
- Las autoridades deberán acudir a reglas de prueba para facilitar la acreditación del daño sufrido. Lo que significa un rol activo de las autoridades para ayudar en la actividad probatoria de la víctima⁸.

En todo caso, es claro que con lo expuesto no significa que lo dicho por las víctimas sea la última verdad en el proceso, será el juez quien deberá valorar las pruebas en su conjunto. Una vez hecho esto, tendrá una obligación especial de cuidado a la hora de considerar si la evidencia es suficiente o no para desmontar el blindaje especial⁹.

Contrario a esto, la URT está atribuyéndose el rol que le corresponde al juez, sin un sustento probatorio suficiente, que sería el que se recaudará en la fase judicial, y por medio de un concepto jurídico que niega la posibilidad de incluir la pretensión de inexistencia del título minero, se estaría violando los derechos de las víctimas, su derecho al debido proceso y acceso a la justicia.

II. No se cumple con todos los requisitos exigidos por el artículo 127 del Decreto 4635 de 2011, pues se evidencia que la naturaleza jurídica del contrato de concesión no transfiere el dominio, no constituye derechos reales y, además no se constata afectaciones territoriales que recaigan total o parcialmente sobre tierras colectivas de comunidades negras.

El argumento planteado por la URT se puede dividir por lo menos en tres (3) postulados:

- 1. El contrato de concesión minera no transfirió el dominio ni constituyó derechos reales, además no le son aplicables las presunciones de nulidad dado que no es un acto administrativo.**

Transferencia de derechos reales y de dominio.

Argumenta la URT que *“a través del título minero no se otorga el derecho de propiedad de los minerales in situ, no se transfiere el dominio del territorio donde se ubican estos yacimientos, sino, únicamente el derecho a establecer, en forma exclusiva y temporal dentro del área otorgada, la existencia de minerales en cantidad y calidad aprovechables y en consecuencia apropiárselos mediante su extracción, pudiendo además, gravar los predios de terceros con las servidumbre necesarias para el ejercicio de esa actividad.”* En ese sentido, continúa la URT, *“donde se ubiquen los yacimientos de hidrocarburos o minas, son susceptibles de ser otorgados en concesión a particulares, **siempre que se atienda la normatividad al respecto.**”* Énfasis nuestro.

No hay discusión frente a que el contrato de concesión minera no transfiere derechos reales, ni de dominio sobre el territorio colectivo. Sin embargo, sí otorga derechos subjetivos al titular en cuanto entrañan un poder jurídico especial para el uso del respectivo bien público; De esta manera, para realizar sus actividades necesariamente tienen que pasar por el suelo, que para el caso que nos ocupa, es el territorio colectivo del Consejo Comunitario La Larga y Tumaradó.

Así las cosas, el ordenamiento colombiano crea una ficción jurídica al escindir el suelo del subsuelo, al respecto la Corte Constitucional ha dicho que:

(...) esta fragmentación no es posible desde el punto de vista empírico ni jurídico. No lo es en el plano empírico, por el hecho evidente de que la extracción de los recursos minerales que yacen en el subsuelo requiere de manera necesaria una intervención del suelo. Pero, más allá de esto, tal fragmentación no es posible si se atiende, por un

⁸ García Arboleda, Juan Felipe. (2011). Módulo de formación judicial: Las pruebas judiciales en el proceso de restitución de tierras.

⁹ Ibídem.

lado, a la interdependencia que existe entre los organismos vivos y el medio en el que cohabitán formando un ecosistema y, ligado a esta, a la necesaria integralidad de los distintos elementos que conforman el territorio(...) la decisión de autorizar la actividad minera tiene notables repercusiones de orden ambiental, social y económico, debido, entre otras, a la afectación del recurso hídrico, al desplazamiento de otro tipo de actividades productivas, como la agricultura, a las migraciones y demás dinámicas sociales que acompañan las industrias extractivas. Tales impactos, que recaen de manera directa sobre las personas y los territorios en los que se lleva a cabo la actividad minera, condicionan de manera decisiva las facultades de ordenación del territorio y determinación de usos del suelo que competen, en primer lugar, a los municipios.¹⁰ Énfasis nuestro.

En efecto, como argumenta la Corte se evidencian unas transformaciones y afectaciones directas a la comunidad con los proyectos mineros, independientemente de que el contrato de concesión minera no transfiera derechos reales, ni de dominio sobre territorio colectivo.

Por otro lado, hay que agregar que dichas transformaciones no solo pasan por el ámbito social, ambiental y económico de las comunidades, para el caso de los grupos étnicos, con más veras, se pone en riesgo su diversidad cultural, tradiciones y pervivencia étnica, pues al llegar foráneos a los territorios e incluso actores armados al margen de la ley con intereses en los recursos naturales, se corre el riesgo de continuar con el despojo por medio de otras estrategias, muchas veces “invisibles” a los ojos de las autoridades, pero que tienen un impacto significativo en la vida y la cultura de las comunidades negras, poniendo en riesgo su pervivencia física y cultural.

Si bien es un riesgo que hoy no se puede comprobar en el territorio colectivo de COCOLATU, sí es posible predecir con cierta certeza, con base a las consecuencias que ha tenido este tipo de proyectos en otras regiones del país.

La Corte continúa planteando que la escisión entre el suelo y el subsuelo desarrollada por el ordenamiento es insostenible:

*Tal fragmentación de competencias de ordenación del territorio tampoco es posible desde el punto de vista jurídico. En vista de la interdependencia de la especie humana con su entorno y la integralidad de los elementos que conforman el territorio, y teniendo en cuenta además la finalidad de procurar un reparto equitativo de los beneficios y cargas derivados de la explotación de recursos naturales, la Constitución dispuso un delicado equilibrio en las facultades relativas a la ordenación del territorio, y, de manera específica, en lo atinente a la explotación de recursos naturales, **de modo tal que ninguna autoridad estatal pueda adoptar de manera unilateral decisiones a este respecto que excluyan la participación de quienes, en el ámbito local, reciben de manera directa los impactos de dicha explotación.**¹¹ Énfasis nuestro.*

En el caso expuesto en la sentencia se hace mención a poblaciones en general y al imperativo de la participación de quienes se vean afectados directamente con los impactos de la explotación de recursos. Sin embargo, no hay que perder de vista que las comunidades negras, como sujetos étnicos de especial protección constitucional, tienen derechos fundamentales adicionales a los de la ciudadanía en general, y precisamente el poder que la Constitución colombiana les ha concedido, es el de decidir sobre el futuro de sus territorios, gobernarlos e incluso proponer mediante planes de etno desarrollo, es decir, desde su propia visión de desarrollo.

Así pues, el Estado tiene una obligación especial e irrenunciable de incluir en las decisiones sobre el subsuelo (así sea el propietario) a las comunidades negras, mediante el derecho fundamental a la consulta previa, libre e informada. Lo anterior, como un requisito *sine qua non* para celebrar contratos

¹⁰ Sentencia C-123 de 2014 M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹¹ *Ibidem*.

de concesión minera. Por lo tanto, hasta la fecha **no se ha cumplido a cabalidad con la normatividad.**

Cumplimiento de la normatividad existente.

Frente al cumplimiento o no de la normatividad, es importante mencionar que tanto la ley 70 de 1993 como el decreto 1745 de 1995 tenían plena vigencia al momento de la suscripción de los contratos de concesión, esto a pesar de la alusión que hace la URT al artículo 3 y 4 de la ley 685 de 2011, en el que se establece una aplicación especial, exclusiva y preferente de la normatividad minera.

Dichos artículos fueron revisados por la Corte Constitucional a través de la sentencia C -339 de 2002, donde se expuso que el tratamiento “especial y preferente” que pretende darse a la minería, no puede ser interpretada, bajo ninguna circunstancia, atentando contra las normas de superior jerarquía como la Constitución, pues en todo caso el parágrafo del artículo 3 ya permite “acudir a normas de integración del derecho y a los principios orientadores de la Constitución para resolver aquellas controversias que no puedan resolverse por el criterio de especialidad ante posibles deficiencias en la ley 685 de 2001”.

En la misma dirección la Corte establece frente al artículo 4, que además de los requisitos, formalidades, documentos y pruebas establecidos en la ley 685 de 2001, deben cumplirse los requisitos ambientales en las zonas definidas de especial interés arqueológico, histórico o cultural y aplicar los requisitos establecidos en las leyes o normas especiales que protegen el patrimonio arqueológico, histórico o cultural y los derechos y bienes constitucionalmente protegidos.

Por lo tanto, la Corte decide declarar una constitucionalidad condicionada de los artículos 3 y 4:

(...) en el entendido que la expresión “únicos” no excluye la aplicación de los requisitos establecidos en leyes especiales que protegen el patrimonio histórico, arqueológico o cultural de la nación y los derechos y bienes constitucionalmente protegidos.

En consecuencia, el aprovechamiento de los recursos naturales no puede ser contrario a los objetivos del Estado de protección, conservación y garantía de la pervivencia de los grupos étnicos. Si bien el Estado surtió los requisitos especiales exigidos en el código minero, no se acogió a lo dispuesto en la ley 70 de 1993, el decreto 1745 de 1995 y la jurisprudencia constitucional en materia de consulta previa.

Frente a la obligatoriedad o no de la realización de la consulta previa, libre e informada como requisito *sine qua non*, la Honorable Corte Constitucional en la sentencia C - 389 de 2016 se encarga de hacer un recuento de la normatividad y la jurisprudencia existente, además esclarece definitivamente las reglas y sub reglas con las que los operadores del derecho tienen que interpretar y solventar los problemas jurídicos en los que haya una pugna entre las concesiones mineras y los derechos de los pueblos étnicos, especialmente frente a la consulta previa, libre e informada¹².

La aclaración que hace la Corte es sustentada por medio de la reconstrucción de una línea jurisprudencial robusta y contundente que inicia desde 1997 con la sentencia SU - 039, donde se posiciona la consulta previa como derecho fundamental y se concretan mandatos constitucionales como el principio de participación de grupos particularmente vulnerables, la diversidad cultural y los compromisos adquiridos por el Estado en el marco del derecho internacional de los derechos humanos.

Además, la Corte recuerda a los operadores jurídicos que desde la ratificación del convenio 169 de la OIT por medio de la ley 21 de 1991 y la declaración de las naciones unidas sobre derechos de los

¹² En la sentencia T-129 de 2011 la Corte Constitucional agrupa las reglas y sub reglas sobre Consulta Previa, Libre e Informada.

pueblos indígenas¹³ se habla de la obligatoriedad de la consulta previa, y en esos instrumentos se conglomeran las reglas de interpretación y la aplicabilidad temporal de la misma, teniendo como eje transversal la autonomía de los pueblos, el respeto a la diferencia cultural y la defensa del territorio; derechos que cumplen por lo menos tres (3) funciones según la Corte Constitucional:

- Proteger y respetar la autodeterminación de los pueblos.
- Asegurar que su punto de vista sea escuchado por las autoridades del orden nacional.
- Propiciar la defensa de sus demás derechos (especialmente, pero no exclusivamente, los territoriales).

Continúa la Corte en la sentencia C - 389 de 2016, dando respuesta a la pregunta expuesta aquí antes *¿Desde cuándo es obligatorio realizar la consulta previa?* la corporación argumenta que el criterio clave para analizar la procedencia y obligatoriedad de la consulta es el de ***afectación directa*** y no el de las fases del proyecto minero (exploración y/o explotación).

Por lo tanto la Corte establece un conjunto de estándares para determinar y evaluar si una medida, norma o proyecto afecta directamente a los pueblos étnicos:

(...) (i) la afectación directa hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (ii) el hecho de que la medida se orienta a desarrollar el Convenio 169 de la OIT, y (iii) la imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica; (iv) la interferencia en elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido; y (v) se trata de una medida general que, sin embargo, afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicamente diferenciados.

Así las cosas, desde ya nos anticipamos en decir que para el caso del Consejo Comunitario de La Larga y Tumaradó se generó una afectación directa al excluirlos totalmente de la concertación del proyecto de concesión minera, no como parte del contrato de concesión, como argumenta la URT, si no como población étnica directamente afectada con el proyecto, por lo que se concluye que no se han cumplido con todos los requisitos exigidos por la normatividad, pues hace falta el procedimiento de la consulta previa, libre e informada.

Lo dicho se sustenta en la misma sentencia C - 389 de 2016, en donde la Corte se cuestiona si hubo una omisión legislativa relativa al no incluir de manera directa el requisito en la normatividad minera, pero al respecto continúa reconstruyendo su línea jurisprudencial y se anticipa citando dos (2) sentencias que resolvieron el problema jurídico planteado frente a la obligatoriedad de la consulta previa.

¹³ Entre los distintos aspectos relevantes del Instrumento, el numeral 1° del artículo 13 del Convenio 169 de la OIT, *“Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”*. El artículo 15 se refiere al derecho a participar en la administración, utilización y conservación de los recursos dentro de sus territorios; a la consulta antes de cualquier programa de prospección o explotación de los mismos, a participar de los beneficios de esos proyectos y a recibir una indemnización equitativa en caso de que se causen daños como consecuencia de estos. El 16, en fin, se refiere a la obligación de obtener su consentimiento previo, libre e informado, previa la realización de cualquier medida que implique una movilización hacia fuera de su territorio colectivo.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas precisa diversos aspectos del derecho a la propiedad colectiva del territorio, por los pueblos originarios. En su preámbulo la preocupación por la colonización histórica de los territorios, el despojo de los mismos, y la forma en que este ha afectado su forma de vida y su derecho al desarrollo, desde sus culturas; en su artículo 10° prohíbe el traslado de sus tierras o desplazamiento, sin consentimiento previo, libre e informado, el derecho a mantener y fortalecer su relación espiritual con sus tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos; en el 26 habla del derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar sus tierras, territorios y los recursos que poseen; en el artículo 27, al reconocimiento y adjudicación de sus tierras y territorios por parte de los Estados; en el 28, a la reparación, la restitución o la compensación (cuando las anteriores sean imposibles) de las tierras despojadas; a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos”. (Sentencia C-389 de 2016, M.P. María Victoria Calle).

Las sentencias C - 418 de 2002 y C - 891 del mismo año, en las que la corporación conoció demandas contra el código de minas, por dos (2) razones distintas, pero íntimamente relacionadas: la omisión de la consulta previa en la expedición del código o la omisión en que habría incurrido el legislador al no incluir la obligación de consulta a los pueblos, previa la aplicación de tales normas (...) En las dos decisiones, la Corte Constitucional consideró que todas las medidas que permiten y regulan la explotación minera en territorios indígenas deben ser objeto de consulta previa, si son susceptibles de afectarlos directamente.¹⁴

La Corte siguió citando otros precedentes jurisprudenciales en los que hizo énfasis en manifestar la regla según la cual ninguna interpretación de la normatividad minera puede excluir o desconocer el derecho a la consulta previa de los grupos étnicos, en especial cuando se presenta una afectación directa a la comunidad¹⁵, pues hacerlo sería un desconocimiento abierto e inadmisibles desde el punto de vista de la Constitución Política de 1991.

Finalmente, la Corte decide declarar la exequibilidad condicionada los artículos del código minero demandados en la sentencia C - 389 de 2016:

(...) la Sala declarará exequibles los artículos 122, 124 y 133 del Código de Minas, bajo el entendido de que es constitucionalmente admisible solo si se tiene en cuenta que las comunidades étnicas deben ser consultadas con relación a los proyectos de minería susceptible de afectarlas directamente (C-371 de 2014, T-129 de 2011, T-769 de 2009, entre muchas otras). Y si, de acuerdo con lo expuesto, en los párrafos precedentes, las decisiones que afecten directa e intencionalmente sus derechos sólo se implementan en caso de obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades.

Con lo expuesto hasta aquí, es razonable controvertir la posición que manifiesta la URT en el concepto jurídico, según la cual las sub reglas expuestas en la sentencia C - 389 de 2016 “solo serán aplicables hacia futuro y no de manera retroactiva. Lo que excluirá el presente caso”, pues ya la misma sentencia indica que se dedica a aclarar y reunir la jurisprudencia y normatividad existente

(...) la Sala estima que esta respuesta ya se encuentra en el ordenamiento jurídico colombiano, a raíz de la jurisprudencia ampliamente reiterada. Pero tanto la demanda, como el conjunto de intervenciones incorporadas al trámite, dan cuenta de la existencia de una opinión generalizada distinta. La Sala aclara que, en este caso, no se trata de la existencia de derecho viviente, es decir, de un conjunto de decisiones adoptadas por los jueces en el marco de sus competencias, que terminan por hacer dominante una interpretación determinada. Lo que se evidencia, en cambio, es ausencia de claridad entre los operadores jurídicos en torno a los principios constitucionales mencionados.

La ausencia de claridad de los operadores jurídicos, no es óbice para seguir interpretando la ley de manera restrictiva y contraria a la Constitución Política de 1991 en sentido amplio. Así las cosas, la sentencia mencionada junto con la robusta línea jurisprudencial citada por la Corte, son aplicables al caso que nos ocupa, por lo tanto reiteramos la obligatoriedad de la consulta previa.

Adicional a esto, es imperativo que la URT y en su momento los jueces de restitución de tierras, realicen un análisis jurídico sistemático teniendo como foco el contexto normativo transicional, el cual debe ser interpretado bajo los principios de favorabilidad a las víctimas, con mayor rigurosidad si hay comunidades negras como sujetos protegidos especialmente.

¹⁴ Sentencia C-389 de 2016. M.P. María Victoria Calle.

¹⁵ La Corte Constitucional colombiana, en las sentencias T-769 de 2009 (relativa a la explotación minera en territorios colectivos de diversos resguardos ubicados entre los departamentos de Chocó y Antioquia) y T-129 de 2011 (caso en el que se estudió la presunta violación al derecho a la consulta de la comunidad de Pescadito y el resguardo de Chidima-Tolo, previa la implantación de diversas medidas de desarrollo, como la construcción de una carretera y el proyecto de conexión eléctrica entre Colombia y Panamá) efectuó similares consideraciones, explicando que, en aquellos eventos en que se presente una afectación especialmente intensa al territorio colectivo, el deber de asegurar la participación de la comunidad indígena o afrodescendiente no se agota en la consulta, sino que es precisa la obtención del consentimiento libre, informado y expreso como condición de procedencia de la medida. Ibidem.

Naturaleza jurídica del contrato de concesión minera y posibilidad de pedir su nulidad.

La URT acude a caracterizar la naturaleza jurídica del contrato de concesión minera:

Es un contrato sui generis, en tanto, y a diferencia del antiguo Código de Minas el Decreto-Ley 2655 de 1998, que definía claramente que una modalidad de concesión constituía un acto administrativo denominado “licencias de explotación y exploración”; el nuevo Código, estableció un importante cambio, en la que claramente se determinó que el contrato de concesión es la única forma de acceder a la explotación de recursos mineros y es un negocio de naturaleza civil y comercial no asimilable a otros contratos estatales, por lo que no le son aplicables las presunciones de nulidad de los actos administrativos”. Énfasis nuestro.

El contrato de concesión minera, es un contrato de tracto sucesivo que se celebra entre el Estado y un particular, en una relación público - privada que se rige por lo dispuesto en la ley 685 de 2001. Si bien no es un contrato asimilable a los otros contratos administrativos, no es un impedimento demandarlo mediante la figura de la nulidad acudiendo a las normas de derecho civil - contratos, presentes en el ordenamiento jurídico colombiano.

El argumento central consiste en que el contrato de concesión minera se rige por las normas de derecho civil, y en concreto hay que hacer un análisis sobre su validez: capacidad de los agentes, ausencia de vicios de la voluntad, ausencia de lesión enorme, **la licitud del objeto** y la licitud de la causa. Haciendo el análisis del contrato de concesión se evidencia que hay un **objeto ilícito sobreviniente**, el cual surge por una modificación en las normas constitucionales sobre la participación de las comunidades étnicas en los procesos de concesión tras la expedición de la sentencia C - 389 de 2016.

Adicionalmente, la ausencia de consulta previa como requisito para la expedición de contratos de concesión minera trasladados con territorios colectivos de comunidades negras, torna en inconstitucionales los derechos que se desprenden de contratos de concesión. Por lo tanto, al ser el contrato de tracto sucesivo y haber objeto ilícito sobreviniente, la sanción consagrada en el ordenamiento jurídico es la de **nulidad absoluta del contrato**¹⁶.

Presentado el argumento central, es necesario desarrollar según la jurisprudencia del Consejo de Estado, qué se entiende por objeto ilícito sobreviniente, para sustentar la viabilidad de la nulidad absoluta del contrato de concesión minera.

- **Se puede declarar el objeto ilícito sobreviniente cuando hay normas de rango superior que modifican el contrato.**

El Consejo de Estado se ha pronunciado sobre el objeto ilícito sobreviniente, y ha dicho que es posible declarar la nulidad de un contrato estatal cuando entran normas nuevas de rango superior, especialmente normas constitucionales, al ordenamiento jurídico que modifiquen el contrato estatal¹⁷:

*Al margen de que al contrato se integren las reglas sustanciales vigentes al momento de su celebración, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo no puede ser ajena al principio de legalidad y, en general, a la principalística que circunda el contrato estatal, máxime si las normas de las cuales se hace pender la supuesta nulidad absoluta son de rango constitucional y legal. En esa perspectiva, **es posible que se analice la***

¹⁶ ARTICULO 1741. NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

¹⁷ Ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 9 de mayo de 2011. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Radicado no. 17001-23-31-000-1996-03070-01(17863)

validez de un contrato estatal, al margen del marco jurídico bajo el cual se suscribió, cuando han ingresado al ordenamiento jurídico principios y/o reglas que pueden eventualmente llegar a modificar significativa y sustancialmente el acuerdo contractual al que habían llegado las partes, máxime si, se insiste, las normas proferidas son catalogadas como de orden público¹⁸. Énfasis nuestro.

En particular, es posible verificar la validez de un contrato estatal cuando sus estipulaciones son contrarias a las normas y principios constitucionales. De acuerdo con el Consejo de Estado:

*(...) si es factible constatar la compatibilidad de una ley expedida con anterioridad a la Constitución, es lógico preguntarse si un contrato estatal puede ser analizado en su validez respecto a su correspondencia frente a los preceptos constitucionales.*¹⁹

Así, cuando hay modificaciones constitucionales que puedan afectar la validez de un contrato estatal, se puede declarar su nulidad por una inconstitucionalidad sobreviniente. Esto ocurre cuando el negocio jurídico “*contravenga o desconozca uno de los postulados contenidos en el precepto superior, escenario en el que habrá lugar a declarar, mediante la integración del contenido constitucional al contrato, la nulidad sobreviniente de este último*”²⁰.

El Consejo de Estado ha profundizado en el concepto de inconstitucionalidad sobreviniente de esta manera:

*Con la expedición de la Constitución Política de 1991, se instauró en el ordenamiento jurídico el principio de interpretación conforme, de allí **que cualquier norma o acto jurídico en su aplicación debe consultar los postulados superiores, inclusive si su entrada en vigencia fue anterior a la del texto constitucional**; en consecuencia, todo precepto o actuación que desconozca o contravenga los límites fijados por el Constituyente estará afectado de un vicio en su validez (...)* Por lo tanto, en este tipo de escenarios huelga reiterar que el contrato **no puede desconocer el principio de la defensa del interés general, los postulados o principios constitucionales**, ni mucho menos el principio de buena fe que dimana de cualquier acuerdo contractual²¹. Énfasis nuestro.

Para que opere la inconstitucionalidad sobreviniente, debe haber “una oposición real, clara y evidente entre la nueva norma constitucional y los contenidos legales anteriores. De lo contrario, como quiera que las reformas constitucionales no conllevan per se la derogatoria en bloque de la normatividad anterior, opera la presunción de vigencia de la legislación preexistente”²².

Además, es posible interpretar el contrato de concesión de acuerdo con las normas constitucionales para determinar si el mismo “*se acompaña con los lineamientos jurídicos imperativos, las buenas costumbres, la moralidad, **los derechos fundamentales** e inclusive con los principios generales del derecho*”²³.

Este último argumento del Consejo de Estado es relevante para nuestro caso en la medida que el artículo 51 del código de minas prohíbe a la autoridad minera a terminar o interpretar el contenido del contrato de manera unilateral:

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem.

²¹ Ibidem.

²² Consejo de Estado. Sala de Consulta y de Servicio Civil. Sentencia del 3 de agosto de 2015. Radicado no. 11001-03-06-000-2015-00125-00 (2261)

²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 9 de mayo de 2011. Radicado no. 17001-23-31-000-1996-03070-01(17863)

Artículo 51. Cláusulas exorbitantes. El contrato de concesión minera, con excepción de lo previsto sobre la declaración de su caducidad, no podrá ser modificado, terminado o interpretado unilateralmente por parte de la entidad pública concedente. Para cualesquiera de estas actuaciones se deberá recurrir al juez competente o al empleo de árbitros o peritos.

▪ **Límites a la autonomía de la voluntad en contratos estatales.**

Por otro lado, el Consejo de Estado también se ha referido a los límites que se imponen a la autonomía de la voluntad en materia de contratos estatales²⁴. En particular, las disposiciones constitucionales son un límite a las estipulaciones de un contrato estatal. Citando a la Corte Constitucional y al Consejo de Estado se ha dicho lo siguiente:

(...) la autonomía de la voluntad y la garantía de respeto por las disposiciones incorporadas al negocio jurídico al momento de su celebración, encuentran límites en el constitucionalismo moderno porque la norma superior se imbrica y fluye a través de diversos vasos comunicantes a lo largo del ordenamiento jurídico, es decir lo integra, circunstancia que debilita en la actualidad las fronteras trazadas entre el derecho público y el privado, como lo ha reconocido la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

De este modo, **el ejercicio de la autonomía de la voluntad para contratar encuentra restricciones constitucionales**, propias de la función social que la Constitución Política le adscribe a la propiedad privada y, por ende, a la empresa (arts. 58 y 333 C.P.).²⁵

*(...) Ahora bien, con la expedición de la Constitución Política de 1991, se instauró en el ordenamiento jurídico el principio de interpretación conforme, de allí que cualquier norma o acto jurídico en su aplicación debe consultar los postulados superiores, inclusive si su entrada en vigencia fue anterior a la del texto constitucional; en consecuencia, todo precepto o actuación que desconozca o contravenga los límites fijados por el Constituyente estará afectado de un vicio en su validez, y, en consecuencia, tendrá que ser modificado o ajustado a esos lineamientos so pena de que se produzca su retiro del ordenamiento.*²⁶

En síntesis, **la vía planteada es una vía alternativa a la del artículo 127 del Decreto 4635 de 2011**, en la que incluso no se tendría que hacer el vínculo con el conflicto armado que pide la ley transicional, pues por medio de la ley ordinaria también sería posible solicitar la nulidad del contrato de concesión minera, ya que existe objeto ilícito sobreviniente por inconstitucionalidad sobreviniente, debido a los cambios en la legislación tras la expedición de la Sentencia C - 389 de 2016, la cual modificó de manera definitiva con efectos de cosa juzgada, principios constitucionales que tienen un impacto en los procedimientos para concesionar títulos mineros, en la medida que los mismos no fueron sometidos a un proceso de participación vía consulta previa, por parte del Consejo Comunitario de La Larga y Tumaradó.

2. La sola firma del contrato de concesión no generó afectación territorial, mucho menos hoy que está suspendido por la Anglo Gold Ashanti, por lo que no tiene potencialidad de causar despojo.

La URT inicia por conceptualizar lo que entiende por afectación territorial en el marco del decreto 4635 de 2011, evidenciando que ésta tiene que guardar relación con los factores vinculados y subyacentes al conflicto armado. Se pregunta entonces si ¿la sola firma del contrato de concesión minera constituye una afectación territorial, es potencial causante de despojo, abandono o confinamiento de la comunidad, o limita el goce efectivo de los derechos de la comunidad conforme a sus usos y costumbres? máxime cuando el título está suspendido por la misma Anglo Gold Ashanti.

²⁴ Ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 9 de mayo de 2011. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Radicado no. 17001-23-31-000-1996-03070-01(17863)

²⁵ Ibidem.

²⁶ Ibidem.

La pregunta es resuelta por la URT de manera negativa, aludiendo a que no hay pruebas suficientes para demostrar la afectación con la firma del contrato, ni que éste se vinculó directa o indirectamente con el conflicto armado.

Afectación territorial.

Como se mencionó en apartados anteriores, la Corte Constitucional²⁷ ha planteado unos estándares para determinar cuándo hay una afectación directa a las comunidades:

ESTÁNDAR	SE COMPRUEBA O NO
1. La <i>afectación directa</i> hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presente sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Se comprueba. <p>La medida es el contrato de concesión minera que se adelantó sobre el territorio colectivo de COCOLATU.</p>
2. El hecho de que la medida se orienta a desarrollar el convenio 169 de la OIT.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Se comprueba. <p>Según el convenio de la OIT y la legislación colombiana, es obligatoria la consulta previa.</p>
3. La imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Se comprueba. <p>El contrato de concesión minera sobre el territorio colectivo de COCOLATU fue avalado sin contar con el procedimiento de consulta previa, lo cual impone una carga desproporcionada e inconstitucional frente a los miembros del Consejo Comunitario, en la medida en que modifica su situación frente al territorio y la posibilidad de haber participado en la construcción del contrato, a pesar de no ser parte contractual.</p> <p>Si bien el Estado es dueño del subsuelo, es claro que se tiene que pasar por el suelo, afectando a las comunidades que allí habitan tradicionalmente, por lo que su no participación les impone una carga aún mayor al imponérseles unas condiciones sin contar con su derecho fundamental a la participación.</p>
4. La interferencia en elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Se comprueba. <p>El hecho de otorgar concesiones mineras sobre territorios colectivos sin contar con la comunidad afrodescendiente y sus autoridades propias, atenta contra sus derechos territoriales, autonomía y gobierno propio, elementos esenciales de su identidad y cultura.</p>

²⁷ Sentencia C-389 de 2016. M.P. María Victoria Calle.

<p>5. Se trata de una medida general que, sin embargo, afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicamente diferenciados.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Se comprueba. <p>La afectación de la concesión minera es directamente contra el Consejo Comunitario de La Larga y Tumaradó y sus miembros (como grupo étnicamente diferenciado).</p>
---	--

Se evidencia entonces, que la ausencia de consulta previa ha generado una afectación seria al Consejo Comunitario de La Larga y Tumaradó. Por lo tanto, al retomar la pregunta planteada por la URT, hay que decir que su planteamiento no aborda del todo la amplitud del asunto que nos ocupa, pues evidentemente la sola firma del contrato de concesión minera no generó despojo, abandono o confinamiento de la comunidad; fue la forma en la que se llevó a cabo esa firma la que generó una afectación, al limitar de manera sustancial el goce efectivo de los derechos de la comunidad afrodescendiente conforme a sus usos y costumbres.

Desde el momento en que el Estado colombiano otorgó el título minero a la Anglo Gold Ashanti sobre el territorio colectivo de COCOLATU, sin contar con la participación de la comunidad por medio de la consulta previa, se le negó la posibilidad a las autoridades del gobierno propio de participar de manera efectiva en la construcción de los lineamientos y términos del contrato de concesión minera, no como parte del contrato, si no como comunidad étnicamente diferenciada que habita el suelo, que será afectada de una u otra manera con la exploración y explotación de los recursos naturales existentes en su territorio.

Lo anterior, sustentado en la idea según la cual el derecho fundamental a la participación de las comunidades étnicas no se reduce a ser avisados o simplemente conocer de qué se trata un proyecto, si no de tener la real y efectiva participación desde la formulación de la propuesta, pues desde allí se concreta una manera de intervenir el territorio que debería ser concertada con la comunidad, que dentro de otras cosas es quien lo conoce. Pero eso no sucedió así, por lo que el otorgamiento del título por medio del contrato de concesión, afectó los derechos territoriales del Consejo Comunitario, con especial énfasis en su autonomía, autogobierno y derecho fundamental a la consulta previa.

Por otro lado, sobre al argumento que expone la URT según el cual la afectación a la comunidad es incluso aún más inviable debido a que la misma Anglo Gold Ashanti tiene suspendido el título, es deber precisar que dicha suspensión se da a potestad de la concesionaria y en cualquier momento podrá ser levantada para continuar con el proceso de explotación de los recursos.

Así las cosas, es grave poner en cabeza de la empresa la posibilidad o no de continuar con un proyecto que no fue consultado con la comunidad étnica, y al contrario de lo que manifiesta la URT, ya se generó una afectación a la comunidad a pesar de que el contrato está suspendido actualmente, pues cuando se habla de afectaciones territoriales no sólo se puede remitir a la tierra como recurso, para los afrodescendientes el territorio implica una noción mucho más amplia e integral, por lo tanto la afectación se dirige a los derechos territoriales que tiene la comunidad.

Vínculo entre el conflicto armado y el otorgamiento del título minero.

La URT menciona que no hay acervo probatorio de ningún tipo para establecer cualquier relación del otorgamiento del título minero con el conflicto armado, y dice que tampoco se demuestra que el Estado y/o la Anglo Gold Ashanti hayan actuado de “mala fe”, o se hayan aprovechado de la situación de conflicto para celebrar el contrato de concesión.

En primer lugar es importante recordar que en la ley de víctimas y de restitución de tierras así como en sus decretos ley, se establece que quienes tienen que demostrar su buena fe son los posibles opositores del proceso, precisamente como se desarrolló en el apartado (I) del presente documento, pues se aplica la inversión de la carga de la prueba y en este marco se presume la mala fe, por lo que los interesados en desvirtuarla tendrán que demostrar su buena fe exenta de culpa.

En ese sentido, se equivoca la URT al argumentar que “*no se ha probado la mala fe*” de la Anglo Gold Ashanti. Es precisamente este el sentido del proceso judicial, es allí el momento procesal para que los opositores acrediten su buen actuar. No es preciso ponerle la carga a las víctimas y negar pretensiones “*porque no hay suficiente material probatorio*” esta manera de interpretar la ley y aplicarla es abiertamente restrictiva e inconstitucional.

Frente a lo anterior, es importante recordar exponer cómo la afectación mencionada sí tiene una relación con el conflicto armado, y no perder de vista que ha entendido la jurisprudencia sobre el requisito de nexo causal que se requiere demostrar.

Para nosotros si existe un nexo entre el desplazamiento forzado generado por el conflicto armado, la imposibilidad de las comunidades de ejercer sus derechos territoriales y la obtención de un beneficio en cabeza de la Anglo Gold Ashanti, que hasta el momento no ha acreditado la debida diligencia en el tiempo de la suscripción del contrato de concesión.

Ha sido la misma Corte Constitucional en reiteradas ocasiones la que se ha pronunciado sobre el contenido y alcance de la expresión “*infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno*” establecida en el artículo 3 de la ley 1448 de 2011.

La expresión “con ocasión del conflicto armado,” tiene un sentido amplio que cubija situaciones ocurridas en el conflicto armado. A esta conclusión se arriba principalmente siguiendo la ratio decidendi de la sentencia C - 253A de 2012, en el sentido de declarar que la expresión “con ocasión de” alude a “una relación cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto armado”. Esta conclusión también es armónica con la noción amplia de “conflicto armado” que ha reconocido la Corte Constitucional a lo largo de numerosos pronunciamientos en materia de control de constitucionalidad, de tutela, y de seguimiento a la superación del estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, la cual, lejos de entenderse bajo una óptica restrictiva que la limite a las confrontaciones estrictamente militares, o a un grupo específico de actores armados con exclusión de otros, ha sido interpretada en un sentido amplio que incluye toda la complejidad y evolución fáctica e histórica del conflicto armado interno colombiano. Estos criterios, fueron tenidos en cuenta por el Legislador al expedir la Ley 1448 de 2011 y constituyen criterios interpretativos obligatorios para los operadores jurídicos encargados de dar aplicación concreta a la Ley 1448 de 2011.²⁸ Énfasis nuestro.

La noción amplia del conflicto armado que define la Corte Constitucional, adoptada por el decreto 4635 de 2011, implica que ésta no puede reducirse estrictamente a confrontaciones militares o la participación de actores armados, ni solamente a los factores directos o indirectos, sino también a los factores subyacentes que están vinculados al conflicto armado. Imaginario muy importante para acercarse a una interpretación amplia e integral, encaminada a la protección de los derechos territoriales de las comunidades negras y relevante para evitar que se alegue “*ausencia de vínculo directo*” con el conflicto armado, argumento planteado por la URT.

Como es bien sabido por ustedes, en el mes de agosto del año 2013 fue registrado el contrato de concesión minera con la empresa Anglo Gold Ashanti en una época donde era un hecho notorio que el territorio colectivo de COCOLATU se encontraba prácticamente en condición de vaciamiento debido

²⁸ Sentencia C-781 de 2012 M.P. María Victoria Calle.

al desplazamiento forzado resultado de las fuertes dinámicas de confrontación armada producto de la violencia, con especial énfasis en esta zona del territorio donde se otorgó el título minero²⁹, debido a que es una zona estratégica para el desarrollo de actividades agroindustriales, para el cultivo, procesamiento y la distribución de hoja de coca y la extracción ilegal de maderas. Es más, a día de hoy, es fuertemente controlada por redes del narcotráfico, las Autodefensas Gaitanistas de Colombia y por la ocupación y usufructo que realizan grandes empresarios que han acaparado una parte considerable de esa zona del territorio colectivo y frente a los cuales existen procesos penales en curso³⁰.

Es claro que dicha concesión minera fue otorgada en medio de una situación de debilidad y pérdida de autonomía política de la comunidad como efecto del conflicto armado interno y de su relación directa con el despojo, el abandono y el confinamiento propiciado por terceros ajenos al territorio, escenario que en consecuencia no permitió que se pudiese exigir a la comisión técnica de la ley 70 de 1993 que activara su competencia. En últimas, materialmente se encontraban impedidos debido al conflicto armado e imposibilitados para requerir a la comisión técnica que conceptuara sobre las solicitudes de concesión.

Ahora bien, también es claro que solo otorgamiento del contrato de concesión limita objetivamente el derecho de propiedad colectiva y el ejercicio pleno de los derechos territoriales de la comunidad, pues además, la existencia del proyecto minero genera unas expectativas que alteran las dinámicas de ocupación y poblamiento, atrayendo personas de otras regiones e incentivando transacciones ilegales sobre el territorio colectivo. Finalmente, cualquier proyecto que sea incompatible con la explotación minera, terminará por extinguirse de manera inevitable.

Sobre el escenario planteado, sería un error si quiera considerar que la Anglo Gold Ashanti (una empresa multinacional con todos los recursos y posibilidades de conocer el destino de sus inversiones) no supusiese que la concesión solicitada estaba al interior de un territorio colectivo de comunidades negras afectado por el conflicto armado y que se encontraba prácticamente en condición de vaciamiento debido al desplazamiento forzado de años anteriores, y que además, dicha concesión podría presentar condiciones organizativas y jurídicas (quizás similares) a la de los 61 títulos mineros vigentes que tenía la empresa Anglogold Ashanti según el Sistema de Información Minero Colombiano (SIMCO) en el departamento del Chocó a 2011 y que presumimos nosotros fueron otorgados surtiéndose variados procesos de consulta previa y haciéndose participe a la comunidad en los proyectos. Escenario que para el caso COCOLATU no fue así y que por el contrario, se obtuvo un otorgamiento ético y jurídicamente censurable aprovechándose de la debilidad institucional y del estado de vaciamiento del territorio y el debilitamiento comunitario con ocasión al conflicto armado.

Así las cosas, el provecho de la situación de conflicto sí afectó de manera directa los derechos territoriales del Consejo Comunitario de la Larga y Tumaradó, menoscabando su autonomía y la gobernabilidad sobre su territorio. Bajo dicha consideración no resulta adecuado separar los derechos territoriales de propiedad colectiva, del uso y goce de los bienes naturales, del derecho a decidir un modelo de desarrollo propio, y de la función social y ecológica de la propiedad. Esto teniendo en cuenta que los derechos territoriales son indivisibles y se tienen que interpretar de manera amplia, pues hacen parte del acervo cultural y la pervivencia física de COCOLATU.

Con todo lo expuesto, no se presume que la Anglo Gold Ashanti haya cumplido un rol de determinante, cómplice o responsable directo - indirecto del accionar de los grupos armados al margen de la ley. No obstante, lo que sí se expone es que las afectaciones a los derechos territoriales sufridos

²⁹ Un 80% de la población abandonó sus tierras dejando comunidades vacías y otras con pocas familias. Tras el abandono del territorio se inició un proceso de compraventa de tierras y de establecimiento de proyectos productivos agroindustriales, como lo han declarado varios jefes paramilitares

³⁰ José Vicente Cantero, Dorance Romero y Ángel Adriano Pino fueron las personas que compraron las tierras y establecieron grandes fincas ganaderas.

por el Consejo Comunitario y los factores que las generaron y el vínculo que se encuentra con el conflicto armado, entendiendo éste de manera amplia.

Tampoco se evidencia la diligencia debida por parte de la empresa ni del Estado frente al conocimiento real y potencial que tenían sobre la situación de violencia, vulnerabilidad y arrasamiento de COCOLATU, y a pesar de eso, no se generaron acciones necesarias (de carácter moral y jurídico), diligentes y suficientes direccionadas a cumplir con la normatividad existente y las garantías para las comunidades. En otras palabras, el comportamiento negocial de la empresa, se dirigió a expandir sus negocios en zonas que fueron azotadas por la violencia, a costa de la situación de desplazamiento y abandono sufrida por las comunidades negras.

En conclusión, es viable jurídicamente alegar la presunción descrita en el artículo 127 del decreto 4635 de 2011, la cual acarrea la inexistencia del acto o negocio jurídico, es decir del contrato de concesión minera. Como se ha desarrollado a lo largo del documento, se cumplen a cabalidad con los requisitos exigidos allí:

- Actos jurídicos ocurridos a partir del 1 de enero de 1991.
- Actos jurídicos ocurridos con posterioridad a la titulación colectiva del territorio colectivo, que para el caso de COCOLATU sucedió el 22 de noviembre del 2000.
- Actos jurídicos que hayan afectado total o parcialmente los derechos territoriales de las comunidades negras.
- Nexo causal con el conflicto armado.

Será entonces el juez de restitución de tierras el único competente para evaluar y valorar la situación de hecho y de derecho para aplicar la inexistencia del contrato de concesión minera.

3. El área solicitada en el contrato de concesión equivale al 0.008% del territorio colectivo, un porcentaje poco representativo el cual no tiene una potencialidad real de causar daño.

La pregunta formulada por la URT frente a este argumento fue la siguiente:

¿Si el contrato de concesión se otorgó sobre un predio de 784.6 Has, superpuesto con el título colectivo que abarca 107.065 has, es factible predicar que este constituye una limitación al goce efectivo de los derechos, de conformidad con los usos, costumbres y manejos del territorio, cuando este recae, aproximadamente, sobre no menos del 0,008% del territorio colectivo, teniendo en cuenta que el título está suspendido?

Como se ha venido argumentado, se comprueba la existencia de una afectación y de la limitación a los derechos territoriales de COCOLATU. Bajo ese horizonte, no es respetuoso para nosotros y mucho menos razonable indicar que la limitación es tan solo en una pequeña porción del territorio, pues la garantía de los derechos no obedecen a una cuenta porcentual de cuánto se menoscaban los mismos.

Es clara la existencia de una afectación y de la violación a una serie de derechos, por lo tanto existe un alto grado de responsabilidad por parte de la Junta Directiva de COCOLATU de buscar la acción jurídica pertinente para transformar esa realidad, así como de una clarísima obligación moral y ética de nuestros abogados (la URT) de garantizar que sea revertida esa situación de violación.

C. Conclusiones.

- Modificar la pretensión avalada en Asamblea de COCOLATU (21 de julio de 2017) es una afectación al debido proceso, al gobierno propio del Consejo Comunitario y una vulneración a la

autonomía y la participación de nuestra comunidad como sujeto especialmente protegido por el ordenamiento jurídico colombiano y el ordenamiento internacional.

- La URT se atribuye funciones jurisdiccionales al emitir un concepto jurídico que evalúa la viabilidad sustancial para introducir o no una pretensión en la demanda de restitución de derechos territoriales de nuestro Consejo Comunitario. Acción que consideramos no es el rol de la URT sino de los jueces de la república.
- Se equivoca la URT al argumentar que “no se ha probado la mala fe” de la Anglo Gold Ashanti. Es precisamente este el sentido del proceso judicial, es allí el momento procesal para que los opositores acrediten su buen actuar. No es preciso ponerle la carga a las víctimas y negar pretensiones “porque no hay suficiente material probatorio” esta manera de interpretar la ley y aplicarla es abiertamente restrictiva e inconstitucional.
- Al ser el contrato de tracto sucesivo y al haber objeto ilícito sobreviniente por inconstitucionalidad, es totalmente viable exigir por parte nuestra la nulidad del contrato de concesión minera.
- Es viable jurídicamente pedir la inexistencia del contrato de concesión minera alegando la presunción descrita en el artículo 127 del decreto 4635 de 2011.
- No es razonable jurídicamente alegar que no es posible incluir la pretensión de nulidad o inexistencia del contrato de concesión minera por obligaciones comerciales adquiridas por el Estado. Más aún cuando no se surtió el requisito de consulta previa exigido por la ley y la constitución colombiana.

Cordialmente,



PABLO ANTONIO LOPEZ MORENO
Representante Legal COCOLATU

Ariel ASPRILLA
FRANCISCO ARIEL ASPRILLA GIRÓN
Presidente de COCOLATU

Reymon VALENCIA
REYMOND VALENCIA ALLÍN
Tesorero de COCOLATU

REYMI VALENCIA G.
REYMI VALENCIA GAMBOA
Fiscal de COCOLATU

Pedro Córdoba
PEDRO CÓRDOBA
Vocal de COCOLATU

Hector Pérez Petro
HÉCTOR PÉREZ PETRO
Miembro de COCOLATU

OMAR HERNÁNDEZ
Miembro de COCOLATU

Omar Hernandez

EVELIA VALENCIA
EVELIA VALENCIA TEJADA
Miembro de COCOLATU

ALEXANDER LÓPEZ M
ALEXANDER LÓPEZ MORENO
Miembro de COCOLATU


BORLIN VALENCIA ALLÍN
Miembro de COCOLATU


LUIS LEISON MENA
Miembro de ASCOBA

Ernesto Ramirez F
ERNESTO RAMÍREZ
Miembro de ASCOBA


COSLOPA DIAZ