

Carlos Eduardo Salinas Alvarado**

La consulta previa de medidas administrativas cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia*

Previous consultation administrative measures content can directly affect indigenous and tribal communities in Colombia

Recibido: 2 de septiembre de 2011 / Aceptado: 31 de octubre de 2011

Palabras clave:

Consulta previa,
Convenio 169 de la OIT,
Pueblos étnicos, Licencia ambiental.

Resumen

El presente artículo pone de presente las oscilaciones que la Corte Constitucional de Colombia ha tenido en torno al derecho de la Consulta Previa, dando cuenta de los alcances y vicisitudes en cuanto a la manera como se ha interpretado el Convenio 169 de la OIT ratificado por Colombia en la Ley 21 de 1991 y cómo este derecho, dada la omisión legislativa al respecto, ha sido de construcción pretoriana, que no obstante sus vaivenes, ha contribuido a darle cuerpo a la Consulta Previa, por lo que, teniendo en cuenta la enorme variedad de medidas administrativas, susceptibles de ser consultadas, se hace énfasis en el otorgamiento de licencias ambientales, en el marco de la democracia participativa colombiana, constituyendo un tema poco pacífico de la antropología jurídica en Colombia y otros países de la región, pues hay una aparente pugna entre los derechos de las minorías y el derecho ambiental con el desarrollo industrial que concierne a la generalidad de los asociados.

Key words:

Previous consultation,
Convention 169 ILO,
Ethnic people, Environmental license.

Abstract

This article highlights the oscillations that the Constitutional Court of Colombia has had over the right of previous consultation, with regard to the scope and vicissitudes as for the way since the constitutional judge has interpreted the ILO Convention 169 ratified by Colombia in Act 21 of 1991 and how this right, given the legislative omission in the matter, the case law, notwithstanding his lurch, has helped to determinate the scope of the Previous Consultation, so that, taking into account the wide variety of administrative measures may be consulted, we focus on the grant of environmental licenses, within the framework of participatory democracy in Colombia, constituting a peaceful little issue of legal anthropology in Colombia and other countries in the region, since there is an apparent conflict between minority rights and environmental law with respect to industrial development the general partners.

* El presente artículo constituye un avance del proyecto “la Consulta previa en Colombia” en el programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes.

** Abogado Universidad Nacional de Colombia, becario de la misma Universidad; especialista en Derecho Administrativo y Penal, actualmente adelanta estudios de Doctorado en Derecho en la Universidad de los Andes; ha sido consultor del Ministerio del Interior y de Justicia para la Consulta Previa a Grupos Étnicos. consultaprevia@colombia.com

INTRODUCCIÓN

Este ensayo se produce para hacer una disquisición sobre las actuaciones de terceros en la expedición de actos administrativos particulares, siendo abordado para ello un análisis de las sentencias, de la Corte Constitucional, y la S-673 de 1997 del Consejo de Estado, caso de la licencia ambiental concedida por el Ministerio del Medio Ambiente a Occidental de Colombia Inc. en los años 90 para adelantar la exploración sísmica del bloque petrolero Samoré y que generó posiciones opuestas por las salas plenas de la Corte y el Consejo de Estado, como se ve en las sentencias SU-039 y S-673 de 1997, respectivamente, por lo que se analizan algunos casos sobre licencias ambientales en exploración petrolera y minera, para ello, primeramente es necesario explicar qué es la consulta previa a pueblos indígenas y tribales y el alcance que le ha dado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, teniendo en cuenta que la licencia ambiental otorgada por el Ministerio de Ambiente mediante Resolución 110 del 3 de febrero de 1995, era necesaria para efectuar una exploración sísmica, mientras que en el Caso del Bloque Minero Mandé Norte, tratado en la Sentencia T-769 de 2009, no se requería licencia ambiental para la exploración, sino solamente en la fase de explotación, conforme a lo ordenado en el Decreto 1220 de 2005, vigente para este último caso; posteriormente se hará referencia a dos casos más, tratando de evidenciar la falta de un criterio unificado al interior de la Corte Constitucional.

RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN

I. El Convenio 169 de la OIT y la Consulta Previa como derecho fundamental

Uno de los puntos vertebrales del Convenio 169 de la OIT aprobado y adoptado en la legislación interna mediante la Ley 21 de 1991, es la necesidad de realizar Consulta Previa a los grupos étnicos, cuando se fueren a realizar obras o actividades en sus territorios, con el fin de buscar una concertación que permita el desarrollo de la obra o actividad sin menoscabo de su integridad étnica y cultural. Este derecho, tiene carácter de fundamental dado que el mencionado Convenio hace parte del bloque de Constitucionalidad, y así lo ha determinado la Corte Constitucional en sus diferentes pronunciamientos¹.

Este derecho fundamental está conformado por otros dos derechos fundamentales, como son el de preservar su integridad étnica y el de la participación. Por lo que se hace necesaria la implementación de espacios de interlocución, para cada caso particular, en donde activamente, dichos pueblos, expresen sus inquietudes frente al proyecto o actividad; y que conjuntamente con quienes van a desarrollarlos, diseñen medidas tendientes a prevenir, mitigar, corregir o compensar los impactos derivados de tales obras o actividades.

El derecho a la Consulta Previa a pueblos indígenas puede verse desde dos ámbitos: como un derecho procesal que presupone un requisi-

1. Para mayor documentación y profundidad sobre la fundamentalidad de la consulta previa se puede revisar las Sentencias SU-039 de 1997, SU-383 de 2003, C-030 de 2008, C-461 de 2008 y C-615 de 2009, entre otras.

to de procedibilidad previo a la realización de cualquier tipo de acto que pueda incidir en el territorio indígena o que les pueda afectar en su identidad cultural y étnica, o como un derecho sustantivo, por medio del cual los pueblos indígenas puedan tener acceso a la participación informada de su desarrollo y a las interferencias que podrían afectarles negativa o positivamente (Rodríguez, 2008), es decir, incluso en aquellos casos en los cuales se pudiese creer que la medida le resulta conveniente a los integrantes de la minoría étnica (C. Const. Sentencia. C-615 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

En la actualidad no existe en el caso colombiano una Ley de Consulta Previa, tan solo en 1998 se expide el Decreto 1320 que reglamenta la Consulta Previa en materia de explotación de recursos naturales en territorios étnicos; ante el Consejo de Estado se instauró una acción de nulidad en contra del decreto arguyendo que este fue expedido sin surtir el debido proceso de Consulta Previa con las comunidades étnicas afectadas por esta reglamentación, sin embargo, el Consejo de Estado lo encontró ajustado a la *norma normarum*², anulando tan solo la expresión “y por el término máximo de 24 horas”, contenida en el Artículo 13, literal d), del decreto por encontrarlo violatorio del Artículo 2º Superior, no obstante lo anterior, la Honorable Corte Constitucional ha ordenado su inaplicación³ en

2. Para consultar sobre este aspecto ver Consejo de Estado, Sección Primera. Radicación No. 5091 de 20 de mayo de 1999, Consejero Ponente: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa.
3. Huelga decir que la figura de la inaplicación por inconstitucionalidad, también denominada “Excepción de Inconstitucionalidad”, en virtud de la supremacía constitucional, no saca a la norma del ordenamiento jurídico, pues su efecto es inter-

algunas oportunidades por considerarlo abiertamente violatorio de la Constitución⁴; se puede decir que el marco procedimental en el cual el Ministerio del Interior en cabeza del Grupo de Consulta Previa⁵ venía desarrollando y ajustando su acción para poder garantizar este derecho fundamental a partir de la jurisprudencia actual⁶.

A propósito del Decreto 1320 antes mencionado, aunque –como se acaba de ver–, hay cosa juzgada respecto de su constitucionalidad, vale anotar que, por tratarse de un derecho fundamental, lo correcto era haber expedido una Ley Estatutaria al respecto y no un decreto reglamentario, conforme lo ordena el Artículo 152 constitucional, lo cual ha sido considerado un caso modélico de elusión al control constitucional⁷.

Una de las modalidades de Consulta Previa en actividades administrativas es la que se realiza en la erradicación de cultivos de uso ilícito, en ese tema, la Sentencia SU-383 de 2003 de la Corte Constitucional, M. P. Álvaro Tafur Galvis, protegió los derechos a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la participación y al libre desarrollo de la personalidad de los pueblos indígenas y tribales de la Amazonía co-

partes, es decir, tan solo para el caso concreto que se discute, por lo que la norma sigue vigente, Cfr. Sentencia C-037 de 1996, entre otras.

4. Para consultar sobre este aspecto ver Sentencias T-652 de 1998 y T-880 de 2006.
5. El Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia se crea el 4 de diciembre de 2008 con la Resolución 3598.
6. Decimos venía, porque actualmente se está anteponiendo una directiva Presidencial a la doctrina constitucional Cfr. nota al pie 53 de este escrito.
7. Así por ejemplo, Manuel Fernando Quinche Ramírez en la 2ª edición de su libro *La elusión constitucional. Una política de evasión del control constitucional en Colombia*. Cfr. pp. 222-227.

lombiana, donde se ampararon dichos derechos fundamentales teniendo en cuenta sus singulares características⁸, –toda vez que el Artículo 7º de la norma de normas establece que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana–, teniendo en cuenta, argumentos como los esgrimidos por el Instituto Indigenista Interamericano, organismo especializado del sistema interamericano –entre otros–, al expresar que:

“...podemos concluir que, aunque las sustancias activas de la coca (principalmente la cocaína) tienen ante todo una acción antifatigante (*sic*) y productiva de placer, el hábito de consumo en su forma tradicional no corresponde a la satisfacción de una necesidad biológica, sino que está enraizada en ancestrales y profundas consideraciones culturales, por lo que esta costumbre, como el consumo del tabaco y del alcohol en otras culturas, debe ser enfocada no como un problema biológico sino como un complejo cultural que forma parte del núcleo social indígena y que asume el carácter de un símbolo de identidad étnica”⁹.

Por otra parte, la Corte, al expresar:

“...debe la Corte nuevamente referirse a la necesidad de que las entidades accio-

nadas adelanten la consulta, para poder establecer en qué medida los pueblos indígenas y tribales de la amazonía (*sic*) colombiana tienen derecho a mantener sus plantaciones, y con qué alcance sus autoridades o las autoridades nacionales, según el caso, pueden reprimir el delito de plantaciones ilícitas, dentro de un ámbito territorial determinado.”

Prescribe que en la consulta se debe establecer la modalidad de la erradicación (manual o por aspersión aérea), así como las zonas excluidas de la erradicación¹⁰.

Por lo que, lo protegido en la precitada providencia, es la costumbre ancestral e inveterada del consumo tradicional de la hoja de coca con razones religiosas y medicinales inherentes a su particular cosmovisión, que en Colombia se predica de los pueblos indígenas amazónicos y los de la Sierra Nevada de Santa Marta, mas no de todos los grupos minoritarios étnicos por el solo hecho de serlo, pues se estaría distorsionando lo amparado por el juez constitucional, dado que habría una disanalogía fáctica¹¹, toda vez que el precedente constitucional es vinculante, siempre y cuando haya patrones fácticos replicables, a los cuales están atadas las subreglas constitucionales.

8. Condiciones que distinguen a los pueblos de la Amazonía colombiana de otros sectores de la colectividad nacional, consideración 5.1 de la Sentencia SU-383 de 2003
9. Instituto Indigenista Interamericano. Informe sobre la Coca y sus efectos en Bolivia. México: Mimeo, 1986 citado por Alejandro Camino “Coca: del uso tradicional al narcotráfico” en Diego García Sayán (Ed.). *Coca, cocaína y narcotráfico, Laberinto en los Andes*. Lima Comisión Andina de Juristas, 1989, p. 93, citado en la Sentencia SU-383 de 2003.

10. Estas zonas no son objeto de erradicación, pues son las que producen la hoja de coca que requiere la comunidad indígena, de acuerdo a sus necesidades culturales y número de habitantes.

11. Para ilustrar el tema del análisis estático del precedente judicial y técnicas legítimas de interpretación jurisprudencial, véase Argumentos legítimos: la disanalogía entre caso nuevo y precedente aparentemente aplicable. D.E. López Medina. *El Derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. 2ª edición, Bogotá: Legis. 2006. p. 213.

II. Sobre el derecho al veto¹² en la Consulta Previa

Si bien es cierto que la Consulta Previa es un derecho fundamental, esto no constituye un derecho al veto, sobre el particular, la misma Organización Internacional del Trabajo despejó cualquier duda en lo que respecta al Convenio 169:

“...Pregunta: ¿El Artículo 7 implica que los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho a vetar las políticas de desarrollo?”

No, ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecte a todo el país. Durante las discusiones encaminadas a la adopción del Convenio, algunos representantes indígenas afirmaban que esto permitiría a los gobiernos hacer lo que quisieran. La Conferencia no entendió de esta manera el contenido de este artículo del Convenio.

El Artículo 7 exige a los gobiernos realizar verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones. Lo anterior significa que los gobiernos tienen la obligación de crear las

condiciones que permitan a estos pueblos contribuir activa y eficazmente en el proceso de desarrollo. En algunos casos, esto puede traducirse en acciones dirigidas a ayudar a los referidos pueblos a adquirir el conocimiento y las capacidades necesarias para comprender y decidir sobre las opciones de desarrollo existentes...”¹³.

Conforme a lo expuesto líneas arriba, y teniendo en cuenta que el derecho a la participación podría confundirse en el imaginario popular con un derecho al veto, y que –dicho sea de paso, este pueda ejercerse de mala fe o pretenda obstaculizar o retardar– la Corte no ha dejado lugar a equívocos al afirmar:

“... Con todo, conviene observar que el ejercicio de la participación ciudadana goza de un margen de discrecionalidad que toca incluso con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo cual, **cuando quiera que por decisión propia, aún por imprudencia, desidia o conducta dilatoria de los interlocutores particulares se frustre la posibilidad de algún grado de concentración pluralista, y siempre que las autoridades estatales hayan cumplido por su parte en la forma y tiempo debidos, no quedará otro remedio más viable que el de reconocer el fracaso de las oportunidades dadas por el Estado a las personas en un caso concreto**, siendo al efecto necesario ad-

12. De acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia Española*, veto significa: “1. m. Derecho que tiene una persona o corporación para vedar o impedir algo. U. principalmente para significar el atribuido según las Constituciones al jefe del Estado o a la segunda Cámara, respecto de las leyes votadas por la elección popular. 2. m. Acción y efecto de vedar.” http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=veto consultado el 4 de mayo de 2011.

13. Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT; disponible en <http://www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/conten.htm> consultado el 20 de julio de 2010.

mitir las consecuencias que se puedan derivar del vencimiento de los términos no aprovechados por los particulares pues, dado que las tareas y fines del Estado no pueden someterse a un *ad calendas graecas* natural o provocado las autoridades competentes deberán privilegiar el interés general adoptando las medidas conducentes a un genuino desarrollo de sus potestades políticas, legislativas, reglamentarias, ejecutivas y de control” (C. Const. Sentencia C-891 de 2002. M.P. Jaime Araújo Rentería) (negrilla extratextual).

Así las cosas, participar no implica vetar. La Corte Constitucional ha señalado que el objeto principal de las consultas o grupos étnicos es llegar a acuerdos y concertaciones sobre las materias objeto de las mismas, pues de no ser así, el derecho a participar devendría inocuo, tendría una eficacia meramente simbólica, pues no tendría la capacidad de incidir en las decisiones estatales, contrariando la democracia participativa, caro principio en un Estado Social de Derecho.

III. El consentimiento¹⁴ previo, libre e informado

Consideramos importante distinguir la Consulta Previa, libre e informada del consentimiento previo, libre e informado; la primera institución fue establecida mediante el Convenio 169

de la OIT, aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, mientras que la segunda institución, surge de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁵, en el marco de la 61ª sesión de la Asamblea de la Naciones Unidas¹⁶, dicha manifestación, como declaración que es, no es un instrumento jurídicamente vinculante, por tanto no es sujeto a firmas ni posteriores ratificaciones por parte de los Estados; hubo explicaciones por parte de Australia, Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda para votar en contra de la Declaración, principalmente en relación con el consentimiento previo, libre e informado, mientras que 11 países se abstuvieron de votar, entre los que se cuenta a Colombia¹⁷, ofreciendo varios motivos para ello, tales como consentimiento previo, libre e informado, la prevalencia del interés de todos los colombianos en materia de explotación de recursos naturales y propiedad del subsuelo, así como las operaciones de la Fuerza Pública en territorios indígenas, toda vez que ningún rincón del país puede estar vedado a la Fuerza Pública, para cumplir su misión constitucional de garantizar la vida, honra y bienes de los habitantes en todo el territorio nacional, amén de su extensa legislación a favor de los pueblos indígenas y tribales, insistiendo en que

14. De acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia Española*, consentimiento significa: “1. m. Acción y efecto de consentir. 2. m. Der. Manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente. 3. m. Der. En los contratos, conformidad que sobre su contenido expresan las partes.

15. Disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/es/drip.html> consultado el 3 de mayo de 2011.

16. Las resoluciones aprobadas por la Asamblea General durante el 61º período de sesiones se pueden consultar en: <http://www.un.org/Depts/dhl/resguide/r61sp.htm>

17. Cfr. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-2664651>

la Declaración no era jurídicamente vinculante para el Estado¹⁸.

Valga agregar que “La resolución finalmente adoptada se refiere a la promoción de la Declaración *where applicable (s’il y a lieu* o “cuando sea aplicable”, en la traducción más geográficamente descafeinada de las versiones francesa y castellana). La lógica es la misma de las declaraciones que siguieron a la adopción de la Declaración en Nueva York: la Declaración solo es válida, es más, solo puede ser “implementada”, en aquellos Estados que votaron a favor del texto en su momento de la adopción (Rodríguez, 2009).

El consentimiento previo, libre e informado en el Convenio 169 es restrictivo y excepcional (solo cuando se necesite reubicar a la comunidad) y si este consentimiento no es posible, aun así ello no constituye un veto, por lo que nos permitimos transcribir el Artículo 16 del Convenio 169 de la OIT, el cual prescribe:

“1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.

2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, solo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento,

el traslado y la reubicación solo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.”

IV. Las Sentencias SU-039-97, S-673-97 y T-769-09: “Choque de Trenes” y Desconcierto

En las dos primeras sentencias, hay una evidente discrepancia en torno al alcance de la consulta Previa, pues en la sentencia de Sala Plena SU-039¹⁹, se dijo:

“...4. La acción de tutela y las acciones contenciosas administrativas (*sic*) y la suspensión provisional del acto administrativo.

4.1. Ejercicio conjunto de las acciones contencioso administrativas y de la acción de tutela.

... En conclusión, es posible instaurar simultáneamente la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, sin que interese que se haya solicitado o no la suspensión provisional del acto administrativo, pues en parte alguna la norma del Art. 8 impone como limitante que no se haya solicitado al instaurar la acción contenciosa administrativa dicha suspensión. Además,

18. Naciones Unidas, Asamblea general, documento A/61/PV.107, pp. 18 y ss.; disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/504/32/PDF/N0750432.pdf?OpenElement>

19. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia de Unificación SU-039. M. P. Antonio Barrera Carbonell Individualismo posesivo.

dentro del proceso de tutela es posible, independientemente de dicha suspensión, impetrar las medidas provisionales a que alude el Art. 7 en referencia.

La acción de tutela, como se dijo antes, prevalece sobre la acción contencioso administrativa, no puede quedar anulada o limitada por la circunstancia de que la jurisdicción de lo contencioso administrativo se haya pronunciado adversamente sobre la petición de suspensión provisional, porque la una y la otra operan en planos normativos, fácticos, axiológicos y teleológicos diferentes...

- La suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos tiene un fundamento constitucional. El Art. 238 permite dicha suspensión "por los motivos y con los requisitos que establezca la ley". Siendo la Constitución ley de leyes y pudiendo aplicarse sus normas directamente, sobre todo, cuando se trate de derechos fundamentales (Art. 85), es posible aducir como motivos constitucionales para la procedencia de la suspensión provisional la violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales.

La idea central que se debe tener presente es que las diferentes jurisdicciones, dentro de sus respectivas competencias, concurren a la realización del postulado constitucional de la efectivización, eficacia y vigencia de los derechos constitucionales fundamentales. Por lo tanto, la posibilidad de decretar la suspensión provisional

de los actos administrativos por violación de los derechos constitucionales fundamentales, independientemente de que esta sea manifiesta o no, indudablemente, puede contribuir a un reforzamiento en los mecanismos de protección de los referidos derechos."

Contrario sensu, el Consejo de Estado, en Sentencia S-673-97 Consejero Ponente: Libardo Rodríguez Rodríguez, afirmó:

"... Como no aparece que al momento de expedirse el acto acusado (3 de febrero de 1995) las normas legales mencionadas hubieran sido reglamentadas en los aspectos precisos indicados, los conceptos de "consulta previa", "procedimientos adecuados", "buena fe" y "finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas", deben entenderse en "su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras", como lo ordena el Artículo 28 del Código Civil. En este sentido, la Sala observa principalmente que la "finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas" no puede entenderse, como lo pretende el actor, como la exigencia absoluta de ese acuerdo o consentimiento, pues como lo expresó la Sección Primera de esta Corporación en el auto admisorio de la demanda, en sustento de su decisión denegatoria de la solicitud de suspensión provisional del acto acusado y lo prohija la Sala en esta oportunidad, "... no solo porque de la

misma disposición (Artículo 60. de la Ley 21 de 1991) puede inferirse... que se trata simplemente de una finalidad, objetivo o logro que debe buscarse en las consultas, y no necesariamente que ellas entrañen un acuerdo o consentimiento de las comunidades, sino porque el entendimiento de esas expresiones en términos absolutos iría en contra de uno de los principios básicos del Estado democrático, como es el de que las autoridades legítimas están facultadas para adoptar por sí mismas las decisiones que emanan de sus respectivas competencias, como es en el presente caso la atribuida al Ministerio del Medio Ambiente en el numeral 1 del Artículo 52 de la Ley 99 de 1993, para otorgar 'de manera privativa' la licencia ambiental en los casos de 'ejecución de obras y actividades de exploración, explotación, transportes, conducción y depósito de hidrocarburos y construcción de refinerías', que fue la norma utilizada como fundamento para la expedición del acto demandado".

En la Sentencia T-769 de 2009, M.P. Nelson Pinilla Pinilla, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, profirió un amparo que causa incertidumbre, por cuanto establece un procedimiento *ad hoc* en la consulta Previa, sin ordenar la inaplicación del Decreto 1320, como lo hiciera en ocasiones anteriores²⁰, pues como se ha dicho, se encuentra vigente, y de contera

habla de un consentimiento previo, libre e informado, sin aclarar si esto consagra un derecho al veto, como se vio, el consentimiento previo, libre e informado en el Convenio 169 es restrictivo y excepcional (solo cuando se necesite reubicar a la comunidad) y si dicho consentimiento no es posible, aun así ello no constituye un veto, al parecer, la Corte confunde la consulta previa con el consentimiento previo; de otra parte establece la obtención de licencia ambiental como requisito para la fase de exploración minera, pues el Artículo 8 del Decreto 1220 de 2005²¹, señala claramente que se requiere licencia ambiental para la etapa de explotación minera y no para la etapa de exploración, valga aclarar que la licencia ambiental se requiere en algunas actividades de exploración de hidrocarburos, mas no en la de minería.

Así mismo, el Artículo 205 de la Ley 685 (Código de Minas) reza: "Licencia ambiental. Con base en el Estudio de Impacto Ambiental la autoridad competente otorgará o no la Licencia Ambiental para la construcción, el montaje, la explotación objeto del contrato y el beneficio y para las labores adicionales de exploración durante la etapa de explotación. Dicha autoridad podrá fundamentar su decisión en el concepto que al Estudio de Impacto Ambiental hubiere dado un auditor externo en la forma prevista en el Artículo 216 de este Código" (el énfasis es nuestro).

20. Para mayor ilustración ver Corte Constitucional Colombiana. Sentencias T-652 de 1998 y T-880 de 2006.

21. Recientemente derogado por el Decreto 2820 de 2010; el Decreto 1220 reglamentaba el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales, vigente para el caso Mandé Norte.

Por lo anterior, se estarían inaplicando *de facto* los Decretos 1320 de 1998, 1220 de 2005 y la Ley 685, al cambiar la reglamentación de la expedición de licencias ambientales, violando de paso el Artículo 84 de la Constitución. Hay que agregar que en esta decisión, se acogieron criterios del caso *Saramaka Vs. Surinam* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 28 de noviembre de 2007), lo cual resulta extraño, pues la situación tanto fáctica como jurídica de Surinam no es equiparable a la de Colombia, pues Surinam no había brindado el derecho a la propiedad de dominio colectivo, violando el Artículo 21 de la Convención Americana, *contrario sensu*, Colombia sí los tiene y ha tenido entidades tales como el INCORA²², cuyas funciones asumió el INCODER²³, por otra parte el Estado de Surinam, votó a favor de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas²⁴, hecho que fue determinante en la decisión²⁵.

V. Los Terceros Intervinientes en el Proceso Administrativo de Licenciamiento Ambiental

En el procedimiento administrativo establecido en el Decreto 01 de 1984 –actual Código Contencioso Administrativo–, se indica la figura

de los sujetos intervinientes en dicho procedimiento, clasificándolos como a saber: activo, pasivo, terceros determinados e indeterminados, agente oficioso y el Ministerio Público; los terceros, además de poder ser determinados o indeterminados, se clasifican en necesarios y obligatorios, siendo imperativo convocar a estos últimos, por mandato constitucional y legal²⁶, se convierten en indispensables, pues sin ellos la actuación no se puede adelantar, y de haberse adelantado sin ellos, estaría viciada en su constitucionalidad y legalidad, tal es el caso de las comunidades indígenas y negras tribales²⁷.

Sobre el particular de Consulta Previa en proyectos que afecten la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en los territorios de los pueblos indígenas y tribales, la Comisión de Expertos en la aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEA-CR) se ha pronunciado en varias Observaciones Individuales sobre el Convenio 169 respecto de México en 1999; Ecuador en 2003; Bolivia en 2003, 2005 y 2006; Guatemala en 2006, 2007 y 2008; y Colombia en 2007, principalmente en actividades de exploración y explotación petrolera, concesiones madereras, mineras y cultivos extensivos de palma aceitera y ganadería²⁸.

22. Instituto Colombiano para la Reforma Agraria, creado mediante la Ley 135 de 1961 que conforme al Artículo 94 cumplía la función de adjudicar títulos de dominio colectivo a comunidades indígenas.

23. Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, conforme al Artículo 4º del Decreto 1300 de 2003, mediante el cual fue creado.

24. Naciones Unidas, Asamblea general, documento A/61/PV.107, pp. 21 y ss.

25. Cfr. Acápite 131 de la Sentencia, disponible http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

26. Además de la Ley 21 de 1991, la Ley 99 de 1993 en su Artículo 76, lo establece para la explotación de recursos naturales.

27. Para ilustrar el tema de los sujetos del procedimiento administrativo, véase *El Procedimiento Administrativo Previa*. J. O. Santofinío Gamboa. “Tratado de Derecho Administrativo. Acto Administrativo”. 4ª edición, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007. pp. 223 y 224.

28. Así lo señalan en forma categórica Rodríguez Garavito, Morris, Orduz y Buriticá en *La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*. Colección Justicia Global –Documentos– Universidad de los Andes. pp. 60 y 61.

VI. Las Sentencias de Revisión ulteriores: la necesidad de una Sentencia de Unificación

Luego de la polémica Sentencia T-769 antes mencionada, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, profirió la reciente Sentencia T-547 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, amparando los derechos a la consulta previa y al debido proceso, atempera esta tendencia, en una posición mucho más moderada, pues sobre la licencia ambiental expresó:

“... no cabe cuestionar en sede de tutela la validez de la Resolución 1298 de 2006 mediante la cual se expidió la licencia ambiental a la empresa BRISA S.A. para el proyecto denominado “Construcción y Operación de la Fase 1 del ‘Puerto Multipropósito de Brisa’”, localizado en jurisdicción del Municipio de Dibulla, Corregimiento de Mingueo, Departamento de La Guajira, sin perjuicio de que la misma, en los términos de la ley, pueda ser controvertida por los interesados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

No obstante lo anterior, como es posible que la ejecución del Proyecto de Puerto Multipropósito Brisa afecte a las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, es preciso llevar a cabo un proceso de consulta, no ya sobre la licencia ambiental, sino en relación con tales impactos y la manera de evitarlos o mitigarlos...”

Como consecuencia de lo anterior, ordena suspender las obras y realizar una consulta previa en un término de noventa días hábiles, lo que contrasta con sentencias anteriores como la

T-880 de 2000 antes mencionada, donde en forma bastante laxa e indeterminada en cuanto al tiempo resolvió: “...consultar a las autoridades indígenas los procedimientos y límites de espacio y tiempo que serán utilizados para adelantar las consultas definitivas, de buena fe, utilizando para el efecto métodos apropiados y con el fin de llegar a un acuerdo...”

Igualmente indeterminada en cuanto al tiempo, es la posterior Sentencia T-745 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, amparando el derecho a la consulta previa, ordenó: “...consultar a las comunidades afrocolombianas, a través de sus representantes, los procedimientos y límites de espacio y tiempo que serán utilizados para adelantar las consultas definitivas...”.

Luego de esto, la Sala Sexta de revisión de la Corte Constitucional profirió la Sentencia T-1045 A de 2010 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, en la que ordena a la Corporación Autónoma Regional del Cauca, CRC, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, no dar efectividad a la licencia ambiental que se haya concedido o llegare a expedirse, en los términos de su Resolución N° 198 de junio 17 de 2010²⁹, hasta tanto no se realice la consulta previa ordenada en dicho fallo. Como antecedentes fácticos, podemos decir que el titular de la licencia

29. Mediante este acto administrativo, la CRC había efectuado un “requerimiento en el marco del procedimiento para la suspensión definitiva y/o Revocatoria de una licencia ambiental”, donde ordenó: i) Requerir al señor Héctor Jesús Sarria “para que corrija el incumplimiento en el cual ha incurrido y en consecuencia se convoque y se lleve a cabo la obligatoria, constitucional y legal, Consulta Previa a que obliga el Decreto 1320 de 1998”; ii) Suspender la licencia ambiental otorgada al señor Sarria, indicándose además que en caso de incumplimiento de la consulta previa se “proceda a revocar la licencia ambiental”.

minera expedida por Ingeominas, luego de una visita de verificación efectuada por un delegado del Ministerio del Interior, –distinto del autor de estas líneas– solicitó a dicho servidor copia del informe de verificación, cuya redacción no era muy afortunada y se prestaba para muchas interpretaciones, logrando adjuntar copia de ella y obtener que los mineros, miembros de una comunidad afrodescendiente fueran desalojados del área del título minero a él concedido por una presunta minería ilegal³⁰, situación que posterior al desalojo, fue desvirtuada por los mineros, quienes solicitaron el derecho de prelación, consagrado en el Artículo 133 del Código de Minas, alegando que ejercen la minería incluso desde antes de la vigencia de la Ley 685.

Mientras se terminaba el presente escrito, la Sala Quinta de revisión de la Corte Constitucional profirió un amparo: la Sentencia T-129 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio, en el que se vuelve a hablar de consentimiento previo, libre e informado, no aclara si ello constituye un veto, al afirmar: “...En este punto, la Corte resalta la necesidad de que la discusión no sea planteada en términos de quién veta a quién, sino ante todo se trata de un espacio de disertación entre iguales en medio de las diferencias...”

Respetuosamente discrepamos de la anterior afirmación, pues es necesario e ineludible dilucidar el asunto y realizar un acotamiento de este diálogo intercultural, no soslayar el punto como

30. Mediante la Resolución N° 8463-3-30 de abril 30 de 2010, se ordenó la suspensión de las actividades de explotación minera no autorizada y el desalojo de un gran número de familias afros que devengaban su sustento de la extracción artesanal de oro; resolución dejada sin efectos por la tutela.

se hizo, dejando la cuestión irresoluta³¹, pues la Sala cita nuevamente el caso Saramaka versus Surinam y algunos artículos del Convenio 169 en los que se utiliza el vocablo consentimiento, pero su teleología y alcance es muy diferente de la instaurada en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, lo que además deviene en una incoherencia semántica y hermenéutica, por lo que es pertinente traer a colación lo proferido por la Sala Plena de ese Alto Tribunal en una ocasión anterior cuando expresó:

“La búsqueda de integridad y coherencia tiene una enorme importancia en el razonamiento jurídico, tal y como lo han destacado numerosos sectores de la doctrina jurídica contemporánea, pues favorecen la seguridad jurídica y fortalecen la legitimidad de la actividad judicial, en la medida en que aseguran una mayor imparcialidad en las decisiones de los jueces. En tales condiciones, es razonable suponer que en general es preferible aquella interpretación que logra satisfacer todos los criterios hermenéuticos suscitados en un debate jurídico, de tal manera que

31. Coincidimos con el eximio jurista Jerome Frank cuando dice al inicio de su obra: “Cuando, en cualquier área que afecta directamente a seres humanos, existe un grave problema no resuelto, la ausencia de solución es causa de muchos resultados calamitosos. Pueden ser considerados moralmente irresponsables quienes, conscientes del problema, tratan de ocultarlo o de restarle importancia. ¿Por qué? Porque favorecen la creación de un estado de ánimo complaciente con los resultados calamitosos y porque tal complacencia impide esfuerzos que podrían, al menos parcialmente, servir para resolver el problema...” Cfr. J. Frank. *Derecho e Incertidumbre*. Buenos Aires. Centro Editor de América Latina. 1968. p. 25. Traducción del original “Short of Sickness and Death: A Study of Moral Responsibility in Legal Criticism”.

esos distintos puntos de vista se refuercen mutuamente y en cierta medida comprueben recíprocamente su validez, por medio de una suerte de “equilibrio reflexivo” o “coherencia dinámica”. Por el contrario, las argumentaciones jurídicas que mantienen las tensiones y contradicciones entre esos criterios hermenéuticos son más cuestionables³².

Por otra parte la T-129 de 2011 además ordena *–inter alia–*, al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y a Codechocó abstenerse de otorgar o revocar si fuere del caso, la licencia ambiental que hubiere, hasta que no se elabore previamente un programa de Arqueología preventiva, el cual debe presentarse al Instituto Colombiano de Antropología e Historia, ICANH, en los términos del Artículo 7.1 de la Ley 1185.

En el escenario constitucional de la Consulta Previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales se observa una bipolaridad en las decisiones de la Corte Constitucional –que en nuestra opinión, exceden una sombra decisional³³ aceptable–, pues aunque ha habido sentencias de unificación como la 039 de 1997 y la 383 de 2003, se evidencia la necesidad de una sentencia de Sala Plena que unifique criterios

en cuanto a si se debe limitar temporalmente la consulta, y si el acto administrativo es una decisión unilateral como lo señala la teoría clásica del acto administrativo, o si serían actos administrativos bilaterales³⁴, teniendo en cuenta lo dicho en la T-769 de 2009 y ahora por la T-129 de 2011 en cuanto al consentimiento previo, libre e informado de las comunidades étnicas, por cuanto en ese punto actualmente hay incertidumbre jurídica, máxime cuando se avecina la vigencia de la Ley 1437³⁵, la cual en sus Artículos 10 y 102 establece el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia, que si bien es cierto se refiere a la jurisprudencia del Consejo de Estado, actualmente cursan en la Corte Constitucional demandas³⁶, que buscan subsidiariamente la exequibilidad condicionada, por lo que próximamente una sentencia interpretativa de Sala Plena, podría ordenar la aplicación uniforme de la jurisprudencia de las Altas Cortes, teniendo en cuenta dicha omisión legislativa relativa.

Las decisiones judiciales deben ser estables, pues los ciudadanos necesitan saber a qué atenerse, máxime cuando no hay una ley estatutaria de consulta previa y la doctrina constitucional es la única que ha tratado de dilucidar la naturaleza y alcance de la Consulta Previa en los distintos escenarios constitucionales, por lo que transcribimos *in extenso* al doctor Gabriel Mora Res-

32. Para mayor ilustración sobre este aspecto se puede consultar la Sentencia C-1260 de 2001; Magistrado Ponente (E): Dr. Rodrigo Uprimny Yepes.

33. Sobre el tema del análisis dinámico de precedentes judiciales, véase *La línea jurisprudencial: análisis dinámico de precedentes*. D.E. López Medina. *Ob. cit.* pp. 139-156.

34. Para ilustrar el tema de los actos administrativos bilaterales, véase Carlos A. Sánchez Torres, *Acto Administrativo. Teoría General*. 2ª edición, Bogotá: Legis, 2004, p. 241.

35. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que entrará a regir el 2 de julio de 2012.

36. Expediente D-8413 y Expediente D-8473.

trepo cuando –quien citando a Robert Alexy y a Jürgen Habermas–, afirma:

“... En el fondo, la exigencia de justificación tiene hondas raíces antropológicas, ligadas no solamente a las ideas de consideración y respeto por el otro, sino además a la propia naturaleza dialógica de las relaciones humanas, esto quiere decir, con otros términos, que si alguien plantea, sugiere, persuade, u ordena a otro u otros una regla obligatoria de conducta, esto es, que algo debe ser hecho o realizado, o prohibido, está al mismo tiempo haciéndolo desde una perspectiva en la que entiende puede confiar en que el destinatario estaría dispuesto a seguirla porque puede captar o entender su pertinencia, necesidad o incluso su propia bondad, así la regla no le represente un beneficio inmediato, desde el punto de vista de quien emite la regla como ha sostenido Alexy, la cuestión se traduce en la denominada pretensión de corrección (...) La teoría de la justificación ha adquirido una especial relevancia al entenderse que el principal soporte del Estado contemporáneo, está constituido por la idea de legitimidad a través de reglas previamente establecidas. En este tipo de Estado se plantean exigencias o requisitos a los fallos judiciales, todos los cuales apuntan a que sus destinatarios y la sociedad en general vean que los mismos no son producto de un ejercicio de arbitrariedad, sino el resulta-

do de un ejercicio racional y cuidadoso de motivaciones “aceptables”, “correctas” o “previsibles”. Como ejemplo de tales requisitos se alude a que los jueces no deben contradecirse, elegir premisas falsas e incorrectas, distinguir aspectos juzgados sin una razón suficiente, imponer exigencias no contempladas en algún estatuto normativo sin ofrecer un respaldo para ello, modificar su jurisprudencia sin una razón de “peso”, invadir competencias de otros órganos, basar sus decisiones sin un respaldo normativo, y así sucesivamente. En línea con lo anterior, y refiriéndose al Estado Constitucional, Habermas ha sostenido que a los jueces se les exige cumplir al menos dos requisitos: el primero, que sus decisiones sean consistentes, valga decir que sean respetuosas de la seguridad jurídica y que observen una semejanza de trato a los casos análogos; el segundo, que sus decisiones sean racionalmente aceptables, esto es, que estén soportadas en algo más que el simple poder que ostentan. Así las cosas, y para expresarlo de otro modo, la dimensión racional de la actividad judicial (la exigencia de justificación), es una cuestión que no puede ser planteada desde las coordenadas de los Estados despóticos o totalitarios: en estos, por contraste, las decisiones de los jueces pueden ser tomadas “dando un golpe sobre la mesa...” (Mora, 2009).

Por si lo anterior fuera poco, el Artículo 46

del próximo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece: “Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar.”

Exhortación de Regulación de la Consulta Previa por parte de la Corte Constitucional

No obstante haber desaprovechado la oportunidad para esclarecer el alcance de este derecho fundamental mediante una sentencia de unificación, la Sentencia T-129, hay que reconocer que esta providencia tiene una novedad: exhorta al Congreso y a la Presidencia de la República para que regulen el tema de la Consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado, asunto de una necesidad sentida.

VII. La Administración Pública y la Directiva Presidencial 01 de 2010

En marzo de 2010 se profirió la Directiva Presidencial 01 sobre Consulta Previa, este cuestionado documento relaciona *algunos casos* en que debe consultarse a las comunidades, listado que no es taxativo sino enunciativo, esto es, menciona ciertas –no todas– las circunstancias en las que tal proceso de consulta, debe llevarse a cabo. Se escaparon varios temas explícitamente contemplados en la legislación, consciente de eso, prevé la posibilidad de que escapen algunos temas, tan es así, que en su literal I) del numeral 2 se dice “Demás casos en que la legislación

así lo disponga expresamente”³⁷, –esto es, la Directiva Presidencial no tiene pretensiones de exhaustividad ni omnisciencia, a pesar de ello, recientemente el Ministerio del Interior y de Justicia le está atribuyendo estas cualidades, amén de un estatus de acto administrativo–³⁸, por lo que es pertinente recordar que las directivas presidenciales cumplen una de dos finalidades:

1. Dictar recomendaciones y orientaciones a las entidades que pertenecen al ejecutivo.
2. Crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas³⁹.

La Directiva Presidencial 01 de 2010, cumple la primera finalidad, es decir, es una recomendación u orientación que realiza el Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa a las diferentes entidades en materia de Consulta Previa, frente al alcance jurídico de las

37. Se omitió en el listado por ejemplo, la consulta previa para la adopción de niños indígenas, consagrada en el Artículo 70 de la Ley 1098.

38. Verbigracia, el documento OFI11-23817-GCP-0201, que después de muchas dilaciones y vacilaciones, contempla la viabilidad de una consulta previa pero *a posteriori* (lo que de suyo, constituye un sinsentido) y sólo con una parte de la comunidad, para la Construcción, adecuación y dotación del Centro Especializado del Menor Infractor en el departamento archipiélago de San Andrés por parte de la gobernación departamental, mientras la obra ya se había iniciado y proseguía mientras se adelantaba dicha consulta “previa”, con lo que es palmario que lo que se pretendía era legalizar decisiones ya tomadas y en proceso de ejecución, desvirtuando el objetivo de la consulta previa y repitiendo hechos como los que llevaron a la decisión de amparar la supuesta consulta previa realizada en el caso U`wa en la sentencia de Sala Plena SU-039 de 1997, trayendo el aparte pertinente: “...5.6. Para la Corte resulta claro que en la reunión de enero 10 y 11 de 1995, no se estructuró o configuró la consulta requerida para autorizar la mencionada licencia ambiental. Dicha consulta debe ser previa a la expedición de esta y, por consiguiente, actuaciones posteriores a su otorgamiento, destinadas a suplir la carencia de la misma, carecen de valor y significación...” (subrayado extratextual).

39. Sobre el tema de las Directivas Presidenciales, su naturaleza y alcance, véase L. E. Berrocal Guerrero, *Manual del Acto Administrativo*, 5ª edición, Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2009, pp. 320 y ss.

directivas presidenciales, el Consejo de Estado ha dicho: “En el escrito demandatorio, la parte actora invoca como infringidos con la resolución impugnada, la Directiva Presidencial No. 13 de noviembre 10 de 1983 (...) Sobre el particular, ha manifestado la Sala en numerosas sentencias que una Directiva Presidencial no puede enervar la facultad que a la administración otorga la ley respecto a la estabilidad del personal oficial”⁴⁰.

“Las directivas presidenciales deben acatarse como normas de conducta, pero que en ningún caso tienen el alcance y firmeza de una disposición legal, pues se trata de recomendaciones y orientaciones sobre determinados aspectos de manejo de personal que los gobiernos de los distintos órdenes consideran oportuno formular, pero que no pueden tener efecto para enervar la facultad discrecional de las autoridades administrativas, si como en el presente caso, esta cuenta con el respaldo legal”⁴¹.

Así mismo, la Sentencia del 9 de febrero de 1995, señala:

“Reiteradamente esta Corporación ha manifestado que tales pronunciamientos sobre congelación de plantas de personal de las entidades territoriales y de las descentralizadas, deben acogerse y acatarse como normas de conducta, pero que no tienen el alcance y firmeza de una dis-

posición con fuerza legal, puesto que se trata de recomendaciones y orientaciones sobre determinados aspectos de manejo de personal que los gobiernos de los distintos órdenes consideran oportuno formular, carentes de virtualidad de enervar la facultad discrecional de remoción que el legislador ha otorgado a las autoridades nominadoras” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Diego Younes Moreno, febrero 9 de 1995, Radicación número: 8019).

En el mismo sentido, el profesor Berrocal Guerrero señala:

“En resumen, cabe decir que las directivas presidenciales son **instrucciones y orientaciones de carácter interno que imparte el Presidente de la República a los funcionarios de la rama ejecutiva**, en su condición de suprema autoridad administrativa, sobre aspectos determinados de la administración pública, las cuales si deben acatarse por sus destinatarios, no enervan las facultades y competencias que la ley o el reglamento les asignan, y por tanto no tienen la virtud de causar la nulidad de los actos que expidan conforme tales facultades. En estas **condiciones se parecen más a las circulares internas de la administración y, por ende, a meros actos de la misma**, según la calificación que la doctrina le da a tales manifestaciones de la autoridad administrativa” (Berrocal, 2009) (negrilla y subrayado extratextuales).

En consecuencia de lo anterior podemos de-

40. Para mayor ilustración se puede consultar Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Reynaldo Arciniegas Baedecker, marzo 02 de 1992, Radicación número: 3699

41. Para mayor ilustración se puede consultar Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Dolly Pedraza de Arenas, agosto 5 de 1993, Radicación número: 5991.

cir, que la Directiva Presidencial 01 de 2010, contiene solo *recomendaciones u orientaciones*, en este caso para: el Vicepresidente de la República, Ministros del Despacho, Directores de Departamentos Administrativos, Superintendentes, Directores, Gerentes y Organismos del Nivel Central y Descentralizados del Orden Nacional, en consecuencia, no va dirigido a autoridades del orden departamental ni municipal ni a organizaciones privadas⁴²; una Directiva Pre-

sidencial no tiene entidad suficiente para variar los alcances de una verdadera norma como lo es el Decreto 1320, es lo que se podría denominar *soft law* (derecho suave) interno.

Al realizar un simple cotejo entre el Decreto 1320 y la Directiva 01, es ostensible la inobservancia de lo ordenado por el primero por parte de la directiva, *inter alia*, en cuanto a la coordinación de las reuniones, por lo que a continuación hacemos un cuadro comparativo:

Decreto 1320 de 1998	Directiva Presidencial 01 de 2010
<p>Competencia: <i>"...Artículo 12. Reunión de consulta. Dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de la solicitud de licencia ambiental o de establecimiento del Plan de Manejo Ambiental, la autoridad ambiental competente comprobará la participación de las comunidades interesadas en la elaboración del estudio de Impacto Ambiental, o la no participación, y citará a la reunión de consulta previa que deberá celebrarse dentro de los treinta (30) días siguientes al auto que así lo ordene preferiblemente en la zona donde se encuentre el asentamiento. <u>Dicha reunión será presidida por la autoridad ambiental competente y deberá contar con la participación del Ministerio del Interior.</u> En ella deberán participar el responsable del proyecto, obra o actividad y los representantes de las comunidades indígenas y/o negras involucradas en el estudio. Sin perjuicio de sus facultades constitucionales y legales, podrán ser igualmente invitados la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y las demás entidades del Estado que posean interés en el asunto, de conformidad con la naturaleza del impacto proyectado..."</i></p>	<p>Competencia: <i>"1. Mecanismos para la Aplicación de la Ley 21 de 1991. Hasta tanto se determine la competencia de los entes territoriales respecto a la garantía del derecho a la Consulta Previa, <u>será el Ministerio del Interior y de Justicia el único organismo competente para coordinar la realización de los procesos de Consulta Previa, conforme a lo establecido en su Resolución No. 3598 de diciembre de 2008. La responsabilidad para llevar a cabo procesos de Consulta Previa es compartida entre los representantes de los proyectos y el Ministerio del Interior y de Justicia. El Ministerio es responsable de la forma en que se desarrolla el proceso en cada caso particular y los representantes de cada uno de los proyectos son responsables de participar activamente durante el proceso de consulta previa y de proporcionar los recursos necesarios para cada proceso en particular...</u></i>"</p>
<p>Fuerza Normativa: Decreto presidencial vigente.</p>	<p>Fuerza Normativa: No la tiene, son meras recomendaciones, es una especie de memorándum que busca recordar algo que ya estaba establecido, no crea, modifica ni extingue ninguna relación jurídica, sin capacidad de enervar las facultades legales y reglamentarias de los funcionarios de la Administración Pública.</p>

42. Esta información y cuestiones relativas a las mismas pueden ser consultadas en Cfr. <http://www.mij.gov.co/normas/2010/di012010.htm> consultado el 13 de mayo de 2011

Por otra parte, cabe señalar que el Decreto 1320 de 1998, norma verdaderamente tal, que como ya se estableció, se encuentra vigente, y a falta de ley estatutaria de Consulta Previa, sería la norma a aplicar mediante el mecanismo de integración de la analogía legis, consagrado en el Artículo 8 de la Ley 153 de 1887 y la Sentencia C-083 de 1995, sin tener en cuenta la polémica Directiva reseñada, que reiteramos, no es una norma y que –en gracia de discusión que lo fuera–, obviamente estaría subordinada al Decreto presidencial 1320, al cual contraviene, así como a la Ley 21 de 1991, que como se dijo antes, hace parte del bloque de constitucionalidad y la ley 1098⁴³, toda vez que la Directiva 01 hizo un listado taxativo de casos en que procede y no procede este mecanismo, haciendo distinciones que la ley no hizo, recordemos el antiguo axioma hermenéutico romano: “Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”⁴⁴.

No sobra agregar que en casos en que el procedimiento establecido en el 1320 sea insuficiente o abiertamente inconstitucional en algún caso concreto –pues tampoco es omnisciente ni perfecto–, la Administración tendría que acudir a las subreglas de la doctrina constitucional, en palabras de la Corte Constitucional:

“La obligatoriedad del precedente es, usualmente, una problemática estrictamente judicial, en razón a la garantía institucional de la autonomía (C.P. Art. 228), lo que justifica que existan mecanismos para que el juez pueda apartarse, como

se recordó en el fundamento jurídico 4., del precedente. Este principio no se aplica frente a las autoridades administrativas, pues ellas están obligadas a aplicar el derecho vigente (y las reglas judiciales lo son), y únicamente están autorizadas –más que ello, obligadas– a apartarse de las normas, frente a disposiciones clara y abiertamente inconstitucionales (C.P. Art. 4). De ahí que, su sometimiento a las líneas doctrinales de la Corte Constitucional sea estricto...” (Sentencia T-569-01 M. P. Eduardo Montealegre Lynett).

CONCLUSIONES

En las primeras implementaciones del mecanismo, la autoridad ambiental le dio más relevancia al requisito procedimental implícito en la consulta que al objetivo sustancial planteado desde el orden constitucional, es decir, dimensionó su realización solo como elemento de legalidad para no viciar de nulidad el acto administrativo donde se decidía de fondo el otorgamiento de una licencia ambiental o el establecimiento de un plan de manejo, las comunidades indígenas y tribales devienen indispensables, pues sin ellos la actuación administrativa no se puede adelantar, y de haberse adelantado sin ellos, estaría viciada en su constitucionalidad y legalidad.

En el escenario constitucional de la Consulta Previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales se observa un comportamiento errático en las decisiones de la Corte Constitucional –que en nuestra opinión, exceden una sombra decisional aceptable–, pues aunque ha habido sentencias de unificación como la 039 de

43. Como se mencionó en la nota 41.

44. Que no por ser antiguo sea obsoleto, cfr. Sentencia C-087 de 2000, que basándose en dicho principio declaró inexecutable el Artículo 205 del Decreto 1355 de 1970; Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

1997 y la 383 de 2003, se evidencia la necesidad de una Sentencia de Sala Plena que unifique criterios en cuanto a si se debe limitar temporalmente la consulta, y si el acto administrativo es una decisión unilateral como lo señala la teoría clásica del acto administrativo, o si serían actos administrativos bilaterales, teniendo en cuenta lo dicho en la T-769 de 2009 y ahora por la T-129 de 2011 en cuanto al consentimiento previo, libre e informado de las comunidades étnicas, por cuanto se genera una inseguridad jurídica, teniendo en cuenta la pluricitada omisión legislativa relativa.

REFERENCIAS

- Berrocal, E. (2009). *Manual del Acto Administrativo*. 5ª edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia SU-039-1997. M.P. Antonio Barrera Carbonel.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-652-1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-891-2002. M.P. Jaime Araújo Rentería.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia SU-383-2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-880-2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-769-2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-547-2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-702-2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chalju.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-745-2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-1045A-2010.M. Nilson Pinilla Pinilla.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-129-11. M.P. Jorge Iván Palacio.
- López, D. E. (2006). *El Derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. 2ª edición. Ed. Legis y Universidad de los Andes.
- Mora, G. (2009). *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Rodríguez, C.; Morris, B.; Orduz, N. & Buriticá, P. (2008). *La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*. Colección Justicia Global-Docmentos. Universidad de los Andes.
- Rodríguez-Piñero, L. (2009). La 'implementación' de la Declaración: las implicaciones del Artículo 42. En: *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Hacia un mundo intercultural y sostenible*. Natalia Álvarez Molinero, J. Daniel Oliva Martínez y Nieves Zúñiga García-Falces (EDS.). Madrid: Catarata.
- Rodríguez Rescia, V. (2008). *La consulta previa a pueblos indígenas y tribales*. Bogotá: Ministerio del Interior y de Justicia.
- Sánchez, C. A. (2004). *Acto Administrativo. Teoría General*. 2ª edición, Bogotá: Legis.
- <http://www.ramajudicial.gov.co/cs/j/downloads/UserFiles/File/ALTAS%20CORTES/CONSEJO%20SUPERIOR/CENDOJ/Series%20documentales/Contenido%20Compilacion%20Indigena.pdf>