

**LA CONSULTA PREVIA COMO REQUISITO OBLIGATORIO DENTRO DEL TRÁMITE
ADMINISTRATIVO DE LICENCIA AMBIENTAL**

CLAUDIA VELA PERDOMO

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO
PASTO
2012**

**LA CONSULTA PREVIA COMO REQUISITO OBLIGATORIO DENTRO DEL TRÁMITE
ADMINISTRATIVO DE LICENCIA AMBIENTAL**

CLAUDIA VELA PERDOMO

**Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de
Especialista en Derecho Administrativo**

**Asesora:
Dra. MARÍA SUSANA VILLOTA B.**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO
PASTO
2012**

NOTA DE RESPONSABILIDAD

Las ideas y conclusiones aportadas en el siguiente trabajo son responsabilidad exclusiva del autor.

Artículo 1^o del Acuerdo No. 324 de octubre 11 de 1966 emanado del Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

Nota de Aceptación

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Pasto, Abril de 2012

DEDICATORIA

A mis padres CARLOS Y ANITA, por su ejemplo, su sacrificio y confianza depositada.

A mi esposo GIOVANNY, mis hijos ANITA MARIA Y JOSE MANUEL, por su comprensión y compañía permanente.

A mis hermanos RICARDO Y CRISTINA por su apoyo incondicional.

RESUMEN

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas no ha sido un asunto pacífico, sino el resultado de luchas y grandes sacrificios por parte de estas comunidades, en aras de reclamar el respeto de sus condiciones especiales y de la cultura y el territorio que les corresponde.

Por esta razón, en la actualidad es innegable el compromiso de los Estados y de la misma sociedad frente a las comunidades indígenas, pues, tal como ha sido consignado en la Constitución de 1991, para el caso colombiano, ellas contribuyen a la identidad del país, y disfrutan de especiales derechos que deben ser protegidos por las vías legales.

Es así como la consulta previa se erige en otros de sus derechos, incluida entre muchos más, en el convenio 169 de la OIT, ratificado por Colombia, y en la Constitución Nacional. De esta forma, no puede ser menos que un derecho de obligatorio cumplimiento, y por su vínculo con otros derechos fundamentales, se deberá considerar fundamental en sí mismo, pues guarda relación directa con las facultades de participar en la adopción de las decisiones que les afecten, por ejemplo: 1- autogobernarse, 2- preservar su identidad, 3- conservar su territorio, y 4- sus costumbres como parte de su forma de vida.

De esta manera, el papel de la Corte Constitucional como órgano de interpretación de la norma superior, ha sido de gran relevancia, en cuanto que por la vía de la jurisprudencia ha fijado subreglas al interior de una línea jurisprudencial, manifestando también que el derecho a la consulta previa es un derecho fundamental.

Palabras clave: *Consulta previa, pueblos indígenas, derechos fundamentales, derechos indígenas, participación, licencia ambiental.*

ABSTRACT

The recognition of the rights of the indigenous peoples has not been a pacific matter, but the result of fights and big sacrifices on the part of these communities, in altars of claiming the respect of his special conditions and of the culture and the territory that corresponds to them. For this reason, at present there is undeniable the commitment of the States and of the same company opposite to the indigenous communities, so, as it has been recorded in the Constitution of 1991, for the Colombian case, they contribute to the identity of the country, and enjoy special rights that they must be protected for the legal routes. It is as well as the previous consultation raises in others of his rights, included between many more, in the agreement 169 of the OIT, ratified by Colombia, and in the Constitution

Of this form, it cannot be less than a right than obligatory fulfillment, and for his link with other fundamental rights, it will have consider to be fundamental in yes same, since he guards direct relation with the powers of taking part in the adoption of the decisions that affect them, for example: 1-autogobernarse, 2-to preserve his identity, 3-to preserve his territory, and 4-his customs as part of his form of life. Hereby, the paper of the Constitutional Court as organ of interpretation of the top norm, has been of great relevancy, in all that that for the route of the jurisprudence has fixed subrules to the interior of a jurisprudential line, demonstrating also that the right to the previous consultation is a fundamental right.

Key words: previous Consultation, indigenous peoples, fundamental rights, right aborigens, participation, environmental license.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	11
1. FUENTES INTERNACIONALES DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA.....	13
1.1 LA CONSULTA PREVIA EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.	13
1.2 ESTUDIO DEL CONVENIO OIT No. 169 SOBRE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES.....	17
1.3 BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA Y LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDIGENAS.	21
2. LA REGULACIÓN DEL MECANISMO DE CONSULTA PREVIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO A PARTIR DEL CONVENIO 169 DE LA OIT.....	26
2.1. CONCEPTO, FUNDAMENTO Y ALCANCE DE CONSULTA PREVIA.....	26
2.2 MARCO CONSTITUCIONAL DE LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDIGENAS EN COLOMBIA.....	31
2.3 MARCO LEGAL DE LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDIGENAS EN COLOMBIA.....	34
2.3.1 Estudio de la Ley 21 de 1991.....	34
2.3.2 Estudio de Ley 99 de 1993.....	35
2.4 MARCO REGLAMENTARIO DE LA CONSULTA PREVIA.....	36
2.4.1 Estudio del Decreto 1397 de 1996.	36
2.4.2 Estudio del Decreto 1320 de 1998.....	37
3. LA LICENCIA AMBIENTAL EN EL MARCO DE LA LEY 99 DE 1993 Y SU DECRETO REGLAMENTARIO 2820 DE 2010.	46
3.1 CONCEPTO Y ALCANCE DE LA LICENCIA AMBIENTAL.....	46
3.1.1 De la solicitud de Licencia Ambiental y sus requisitos:	46
3.1.2 Evaluación del Estudio de Impacto Ambiental	46
3.1.3 Contenido de la Licencia Ambiental	47

3.2	COMPETENCIA DE LAS CORPORACIONES AUTONOMAS REGIONALES.....	48
3.2.1	Naturaleza Jurídica	48
3.2.2	Funciones de las Corporaciones Autónomas Regionales:.....	48
4.	CONCLUSIONES	49
	BIBLIOGRAFÍA.....	51

GLOSARIO

Ambiente: Es el conjunto de fenómenos o elementos naturales y sociales que rodean a un organismo, a los cuales este responde de una manera determinada. Estas condiciones naturales pueden ser otros organismos (ambiente biótico) o elementos no vivos (clima, suelo, agua). Todo en su conjunto condicionan la vida, el crecimiento y la actividad de los organismos vivos.

Impacto ambiental: Es la repercusión de las modificaciones en los factores del Medio Ambiente, sobre la salud y bienestar humanos. Y es respecto al bienestar donde se evalúa la calidad de vida, bienes y patrimonio cultural, y concepciones estéticas, como elementos de valoración del impacto.

Medio ambiente: Es el conjunto de factores físico-naturales, sociales, culturales, económicos y estéticos que interactúan entre sí, con el individuo y con la sociedad en que vive, determinando su forma, carácter, relación y supervivencia.

Población: Conjunto de individuos perteneciente a una misma especie, que coexisten en un área en la que se dan condiciones que satisfacen sus necesidades de vida.

Recursos naturales: Son aquellos bienes existentes en la Tierra y que la humanidad aprovecha para su subsistencia, agregándoles un valor económico. Tales recursos son: El aire, la energía, los minerales, los ríos, la flora, la fauna, etc.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el tema de los derechos fundamentales tiene gran importancia en el contexto jurídico y social, y alrededor del mismo giran álgidas disertaciones tendientes a definir y plantear conceptos adecuados, que expliquen su esencia misma y justifiquen válidamente su existencia y reconocimiento en los ordenamientos jurídicos.

Se trata pues de un tema que cobra aún más importancia si se examina a la luz del concepto de la Constitución Política, y obviamente, si se estudia desde la óptica del neoconstitucionalismo, dentro del cual, el concepto de derecho fundamental es el que cuenta con mayor relevancia. Reviste importancia porque en su seno lleva implícito el reconocimiento de las especiales condiciones del ser humano, y de su papel y posición frente al Estado, de lo cual se deriva, claro está, que el planteamiento de las obligaciones y los derechos recíprocos evidentes en la relación Estado- particular, ya que adquieren una connotación especial tratándose de un Estado Social de Derecho.

En lo anterior radica el interés del presente trabajo, esto es, en examinar desde una perspectiva jurídica y social, la situación de los pueblos indígenas colombianos frente al reconocimiento de sus derechos fundamentales, y específicamente el derecho a la consulta previa, más allá de la mera consagración normativa, e incluso, más allá de que sean tenidos en cuenta a manera de derechos humanos.

Se trata, pues, de examinar el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el marco de los tratados internacionales, de la Carta Política, la Ley, la jurisprudencia constitucional, y además, de estudiarlo desde el punto de vista ambiental.

Para tal propósito, se parte de entender que las comunidades indígenas requieren del Estado, y de los particulares también, un trato especial, que tenga consideración de su particular condición, y que respete los derechos que tras arduas luchas han logrado reivindicar a su favor. Se trata de aceptar a las comunidades indígenas como parte integrante de la sociedad, y a su vez, como aportadoras al pluralismo que caracteriza a nuestro país y que se ha reconocido en la propia Constitución como base y fundamento del Estado, pues sólo así se reconoce la importancia de velar por el respeto de sus derechos, y de asumir una posición garantista y activa frente a ellos.

Es así como en el presente trabajo se observará de que forma la interpretación y protección del derecho a la consulta previa ha estado en manos del Tribunal Constitucional, aún cuando la Constitución Política de 1991 se ha caracterizado por contener una amplia gama de derechos, y exigirle al Estado que asegure la efectividad de los mismos a partir del concepto de Estado Social de Derecho, al

lado del principio de igualdad material. La Corte Constitucional ha estructurado posiciones variantes en relación con la naturaleza y el alcance de la consulta previa en Colombia, pero ha sido de esta forma como día a día los pueblos indígenas se acercan un poco más a su aspiración de participación en la vida económica, política y cultural del país, y en la toma de decisiones que les conciernen de forma directa.

1. FUENTES INTERNACIONALES DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

Antes de dar paso a la explicación de las fuentes internacionales del derecho a la consulta previa, se requiere manifestar que, sin lugar a dudas, es el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo la más importante de ellas, y que además, hace parte del bloque de constitucionalidad colombiano, tal como se explicará más adelante.

Sin embargo, existen otros instrumentos jurídicos en el marco del derecho internacional, que son de gran importancia; se trata básicamente del pacto internacional de derechos civiles y políticos, la declaración de los pueblos indígenas y algunas observaciones realizadas por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y recomendaciones (CEAC), sin perjuicio de otras fuentes de derecho internacional como las observaciones del Comité de derechos económicos, sociales y culturales, la Comisión Internacional de los Derechos Humanos y del Comité para la eliminación de la discriminación racial, los informes del Foro permanente para las cuestiones indígenas en las Naciones Unidas y las observaciones realizadas por la Comisión Internacional de los Derechos Humanos¹,.

Ahora bien, por la importancia que representan los derechos humanos en el contexto internacional, antes de explicar cada una de las fuentes directas de la consulta previa, se realizará una explicación sucinta de la fundamentación de la consulta previa a partir del Derecho internacional de los derechos humanos.

1.1 LA CONSULTA PREVIA EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Partiendo de las consideraciones expuestas hasta este momento, específicamente las relacionadas con el fundamento del derecho a la consulta previa, será menester señalar que el mismo también se apoya en conceptos generales de los derechos humanos, y es necesario presentar sobre este punto algunas precisiones teniendo en cuenta que se está llevando a cabo el análisis de las fuentes internacionales del derecho mentado.

¹ Por la especificidad del tema, en esta investigación únicamente se abordarán los convenios internacionales que sirven de sustento a la consulta previa a los pueblos indígenas como medio de defensa de su derecho a la libre determinación, y no aquellos que en diferentes ámbitos contengan disposiciones que reconozcan otros derechos para estas comunidades o les brinden medios especiales de protección, como es el caso del Pacto Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales, el convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio, la convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, la convención internacional sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial, la convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de Apartheid, la convención de los derechos del niño, la convención internacional sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer, y el Convenio sobre la diversidad biológica.

Lo primero que debe anotarse a este respecto es que en la actualidad aún no existe un criterio unificado acerca de la definición de los derechos humanos. Por esta razón han sido empleados diversos términos que pretenden dar cuenta de esto, por ejemplo: derechos innatos, naturales, individuales, garantías constitucionales, derechos fundamentales, de la personalidad, del hombre y del ciudadano, derechos subjetivos públicos, derechos esenciales del hombre, libertades públicas, derechos del gobernado, entre otros².

Estas denominaciones empleadas, si bien es cierto no logran ofrecer la definición buscada, si permiten comprender que corresponden a diferentes teorías que justifican la existencia de estos derechos. Así por ejemplo, vale mencionar que a partir de la noción iusnaturalista será un derecho humano aquel sin el cual el hombre no puede perfeccionar ni afirmar su personalidad, y por eso el Estado debe garantizar su protección, o, aquel a que todo hombre debería tener acceso por su condición de ser humano, o aquel que corresponde al ser humano por su naturaleza individual y colectiva. Por su parte, desde una visión iuspositivista se dirá que son derechos humanos las facultades que la norma atribuye a una persona con carácter de fundamental, o aquellas facultades que según el momento histórico concretan la libertad, la igualdad y la dignidad humana, siempre que estén reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídico nacional e internacional.

Sin embargo, en este trabajo no se pretende ahondar en la definición que corresponde a los derechos humanos, y por tanto, en relación con los derechos de los pueblos indígenas será preciso únicamente dejar planteado que estas comunidades elevan sus reclamaciones únicamente en virtud de su condición natural, y de su especial situación frente a la sociedad, pese a ello, mientras no existan consagraciones positivas, o por vía de la jurisprudencia constitucional se introduzcan como parte del ordenamiento jurídico los derechos reclamados, existirán permanentes violaciones de los mismos, y se negará con ello el especial vínculo que existe entre las comunidades indígenas y sus territorios, y demás circunstancias que hacen parte de su identidad colectiva.

Debe tenerse en cuenta que el derecho internacional de los derechos humanos parte de considerar al ser humano como un individuo con una condición especial, y que por tanto, debe ocupar un lugar significativo en el derecho internacional, independientemente del papel que cada Estado desempeñe al respecto. De esta manera, y en virtud del paso del tiempo, se considera al individuo como un sujeto de derechos por sí mismo, y también de obligaciones de carácter internacional, lo que al mismo tiempo le permite acceder a reclamarlos por vía de la reclamación internacional.

² Estas definiciones se ofrecen en el texto Teoría de los Derechos Humanos, del autor José Antonio García Becerra, Ed. Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 1991. Disponible [en: www.bibliojuridica.org/libros/](http://www.bibliojuridica.org/libros/)

Es en este marco que el derecho internacional de los derechos humanos empieza a enfocar su interés hacia el individuo, y ya no únicamente hacia los Estados – como había sido lustros atrás-. Ese individuo que asume un papel dinámico y activo, con sus luchas y conquistas, y frente al cual se puede predicar la existencia de derechos universalmente aceptados, esto es, reconocidos como válidos y ciertos más allá de las fronteras nacionales, y en contextos temporales específicos. El beneficio obtenido con esto radica en que el desconocimiento de estos derechos por parte de los Estados, abre la posibilidad a otros Estados de intervenir en defensa del individuo, entendiendo que el maltrato de unos de sus nacionales ya no se trata exclusivamente de un asunto que forma parte privativa de su jurisdicción.

Es así como, el derecho internacional de los derechos humanos encuentra en la intervención humanitaria, la inclusión de disposiciones relativas a la protección de algunos derechos previamente especificados en tratados internacionales, el sistema de mandatos de la Sociedad de Naciones, las normas internacionales del trabajo, las reglas relativas a la protección de las minorías, las disposiciones sobre protección a extranjeros, y el Derecho Internacional Humanitario o derecho de la guerra. Además de los mencionados, cabe citar a manera de precedente internacional de protección de derechos humanos, la declaración de los derechos internacionales del hombre, adoptada en 1929.

Para el caso que nos ocupa, es menester ahondar en las normas del derecho internacional de los derechos humanos que tienen relación con la protección de las minorías. Por lo tanto, vale decir que en cuanto atañe a las reglas sobre su protección, las mismas surgen con ocasión de la transformación territorial vivida en Europa como resultado de la primera guerra mundial, lo cual generó que se conformaran minorías étnicas, lingüísticas y religiosas. Esta es la razón por la que los países victoriosos celebraron tratados especiales con los Estados que habían sufrido la reestructuración territorial y la creación de nuevos Estados, con el objeto de proteger a tales minorías.

En estos regímenes de protección de minorías los Estados en parte se comprometían a no realizar acto de discriminación alguno contra sus nacionales, y a reconocer a su favor los derechos necesarios para preservar su identidad, su integridad étnica, religiosa y lingüística, así como a conservar el uso de sus lenguas propias, su educación y su religión.

Adicionalmente, en estos tratados los Estados suscribían una cláusula de garantía, en virtud de la cual aceptaban que las disposiciones convencionales relativas a las minorías eran obligaciones de carácter internacional, controladas por la Sociedad de Naciones, e inmodificables sin el consentimiento mayoritario de los miembros del Consejo de dicha sociedad.

Este sistema de derecho internacional clásico permaneció vigente durante década y media, esto es, entre los años 1920 y 1935, y se caracterizó por proteger los derechos de los individuos que conformaban las minorías, pero no los derechos colectivos de las mismas. Sólo en la década de los cuarenta, la filosofía de los derechos humanos, empezó a aplicarse también a las minorías étnicas, pues hasta tal momento, los derechos que les habían sido reconocidos no se fundamentaban en su condición humana, sino en su pertenencia a una minoría. Sin embargo, se le destaca haber sido un aporte inicial en el contexto del derecho internacional, al reconocimiento de los derechos a las minorías, pues posteriormente fue la base para las consagraciones normativas más acordes con la realidad social de estas comunidades.

Posteriormente, con la culminación de la segunda guerra mundial se abrió paso al derecho internacional moderno, el cual se caracterizó por ser reaccionario ante las violaciones ocurridas durante el régimen de Adolfo Hittler. Es así como en 1942 se publica la Declaración de las Naciones Unidas, con el propósito de defender la vida, la independencia y la libertad, así como asegurar los demás derechos humanos en los 27 Estados aliados.

La mencionada Carta de las Naciones Unidas hace referencia a algunos derechos humanos, sin introducir definiciones ni enunciaciones taxativas, de lo cual, a manera de ejemplo vale citar el preámbulo, y los artículos 1, 13, 55, 56, 62, 68 y 76.

En el artículo 1º se menciona que el propósito de la Organización es desarrollar y estimular el respeto por los derechos humanos, en el mismo sentido, el artículo 55 dispone que la Organización promoverá el respeto universal a los derechos humanos y las libertades universales, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión; y de igual forma, las otras disposiciones anotadas se relacionan con los fines de la Organización de las Naciones Unidas, y con las obligaciones que asumen sus miembros.

Como se puede notar, esta Carta de las Naciones Unidas abre paso a la entrada de los derechos humanos en el derecho internacional, con una perspectiva que tiene en cuenta al individuo como tal, y no limita su funcionamiento al papel de los Estados. En este sentido, *“puede afirmarse que la Carta de la ONU introduce los derechos humanos en el ordenamiento internacional, abriendo la “jaula de hierro” que el Estado representaba para la condición jurídica del individuo en el derecho internacional.”*³

Es a partir de estos momentos que se empieza a gestar una conciencia colectiva sobre la necesidad de llegar a acuerdos internacionales que garanticen en cada

³ CASTILLO DAUDÍ, Mireya. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ed: Tirant Lo Blanch. 2ª Edición. Valencia2006. p. 51

Estado el respeto de los derechos humanos de nacionales y extranjeros, y en este contexto se suscribieron importantes declaraciones y pactos, como la Declaración internacional de los derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y en general, otros convenios como el de la preservación y castigo del genocidio, el correspondiente a la eliminación de toda forma de discriminación racial y de discriminación contra la mujer, la convención contra la tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, entre otros que no es posible detallar en este estudio por no estar directamente relacionado con el tema de los derechos de los pueblos indígenas.

Por lo dicho es dable concluir que el reconocimiento de los derechos indígenas en el plano internacional no ha sido un proceso rápido ni fácil. Las consagraciones normativas sobre minorías étnicas no fueron muy explícitas en su comienzo, ni tuvieron en cuenta la especial connotación de los pueblos indígenas. Sin embargo, con el paso del tiempo las disposiciones internacionales se fundamentaron en nuevos criterios, pues se comprendió que estas comunidades, al igual que otras minorías étnicas, existen en virtud de su organización colectiva, y por ello se vuelve imprescindible adoptar las medidas necesarias para la preservación de su identidad y su integridad como pueblo.

Lo anterior significa la consagración de los derechos de los pueblos indígenas debe estar permeada de un doble sentido jurídico y social, pues por un lado, los integrantes de estos grupos minoritarios, en tanto individuos de la especie humana, son portadores de los derechos que se predicen respecto de los demás miembros de la sociedad, y por el otro, en cuanto conforman una comunidad especial, son merecedores de un trato que les asegure su subsistencia comunitaria, y los medios de defensa necesarios para lograrlo.

Es en este sentido que resulta importante conocer y estudiar las disposiciones internacionales que de una u otra forma toman en cuenta las necesidades de las minorías étnicas, y los derechos que les deben ser reconocidos. Por esta razón, a continuación se dará paso al análisis de los instrumentos internacionales respectivos, los cuales a su vez se constituyen en fuente indirecta del derecho a la consulta previa, pues en la actualidad, la misma desarrolla otros derechos de las colectividades indígenas, tal como se anotó al referirse a su concepto, alcance y fundamentación y esto constituye su fuente directa.

1.2 ESTUDIO DEL CONVENIO OIT No. 169 SOBRE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES.

Este convenio data del año 1989, fue aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, y se aplica a los pueblos tribales y a los indígenas de países independientes. A los primeros, siempre que sus condiciones sociales, culturales y económicas les diferencien de otros sectores del país, y que se rijan por

costumbres y tradiciones propias o por una legislación especial; a los segundos, esto es a los pueblos indígenas, cuando hayan descendido de poblaciones que habitaban el territorio de un país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las fronteras estatales vigentes, y que conserven sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o al menos, parte de ellas.

Como ya se anotó, en el tema de la consulta previa a los pueblos indígenas la fuente formal internacional más importante es el convenio 169 de la OIT, el cual integra también el ordenamiento jurídico de los países de Noruega, México, Bolivia, Costa Rica, Paraguay, Perú, Honduras, Dinamarca, Guatemala, Países Bajos, y Ecuador.

Su importancia se desprende de la consagración explícita de este mecanismo jurídico de participación, a diferencia de lo que sucede con los demás convenios internacionales que se limitan a consagrar el derecho de las minorías étnicas a su libre determinación. En otras palabras, el convenio 169 es el que impone a los Estados la obligación de implementar la consulta previa y promover así la participación de estos pueblos en los aspectos cultural, social y económico de su vida comunitaria.

El propósito del convenio no es otro que la protección de los pueblos indígenas en la totalidad de su integridad cultural y los derechos que se derivan de ello, para lo cual se impone a los gobiernos la obligación de desarrollar acciones coordinadas y sistemáticas, lo que deberá llevarse a cabo con la participación de los pueblos interesados, tal como lo dispone el numeral 1º del artículo 2º del convenio.

Dichas acciones deberán estar encaminadas a asegurar a estos pueblos el disfrute de los derechos y oportunidades que la legislación nacional concede a los demás nacionales, promover la efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales en el marco del respeto por su identidad social y cultural y de sus costumbres, tradiciones e instituciones, y ayudar a la eliminación de diferencias socioeconómicas entre sus miembros, de forma compatible con sus aspiraciones y forma de vida.

Por otra parte, además de los mencionados derechos que se proclaman a través del convenio 169 de la OIT, este instrumento internacional reconoce el respeto obligatorio por los derechos humanos y las libertades fundamentales de estos pueblos, sin obstáculos ni discriminación, y prohíbe toda fuerza o coerción que viole dichos derechos y garantías.

Ahora bien, en relación con el tema específico en estudio, cual es el de la participación de los pueblos indígenas como mecanismo para garantizar su derecho al territorio y a la autodeterminación, debe decirse que el artículo 6º del

convenio 169 de la OIT impone la figura de la consulta a los pueblos indígenas, en los siguientes términos, aclarando que su transcripción es de importancia mayúscula para dar precisión al tema investigado:

“Artículo 6

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

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

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

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

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”⁴

Como se puede ver, la norma referenciada representa un avance para los pueblos indígenas en relación con sus derechos a la participación y a la libre determinación, pues no sólo crea el mecanismo de la consulta previa, sino que además, exige que se lleve a cabo mediante procedimientos adecuados, con la participación de las instituciones representativas de la comunidad, garantizando la participación sin apremios a todos los niveles, y con el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de estos pueblos; incluso, dichas consultas deben ser guiadas por el principio de la buena fe y en todo caso deben adaptarse a las circunstancias para llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Sin lugar a dudas, se trata de una disposición que podría definirse como garantista y proteccionista, cuya aplicación requiere por parte de los gobiernos un gran esfuerzo y el uso de diferentes recursos económicos, humanos y tecnológicos en

⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Convenio 169, Artículo 6º

aras de que se verifique su real cumplimiento, no obstante, mal haría en desconocerse que este convenio no reconoce el carácter de fundamental del derecho a la consulta previa, de forma que en Colombia este avance se debe en gran medida a la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Las dificultades generadas con la norma citada sean quizás algunas de las razones por las que en no pocas oportunidades se denuncia a los Estados parte del convenio por infringir esta obligación, aunado a intereses coyunturales que se suscitan con la adopción de medidas legislativas o administrativas, con el desarrollo de proyectos económicos de exploración y explotación, entre otras.

Esta obligación que se impone a los Gobiernos representa, además, el reconocimiento y la aceptación de las diferencias económicas, sociales y culturales propias de los pueblos indígenas, por tanto, pasarla por alto lleva implícita la negación de la diferencia o la implementación de un trato formalmente igualitario que en realidad desconoce derechos y principios de los ordenamientos jurídicos vigentes, y que se opone a los criterios plasmados en reiteradas ocasiones por la Corte Constitucional en relación con el principio de igualdad.⁵

Pese a ello, la realidad cotidiana demuestra que en no pocas ocasiones se omite prestar las garantías que encierra la consulta previa para los pueblos indígenas, pues la misma puede llegar a convertirse en un trámite que no fluye con facilidad, y que al juicio de algunos, entorpezca la adopción de las medidas oficiales que se pretenda implementar. Por esta razón, al explicar posteriormente la figura en cuestión, en el marco de la legislación colombiana, se analizarán uno a uno sus requisitos y se evaluará si los mismos corresponden al espíritu del convenio 169 de la OIT.

De la misma forma, el derecho a la participación al que se ha venido aludiendo también se reconoce en el referido convenio por medio del artículo 7º, en el cual se dispone a favor de los pueblos indígenas la facultad de decidir sobre sus prioridades en relación con el proceso de desarrollo económico, social y cultural, y en cuanto este afecte sus vidas, creencias, bienestar espiritual, instituciones y las tierras que ocupan, e igualmente, les reconoce el derecho de participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de perjudicarles directamente.

⁵ En sentencia C-454 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz, la Corte Constitucional analizó el principio de igualdad en relación con los pueblos indígenas, y consideró la comprensión de la igualdad a partir de la *diferenciación al definirla como la diferencia entre distintos, aseverando que esta definición se encuentra regulada en el artículo 13 incisos 2º y 3º de la Constitución. (adopción de medidas en favor de grupos marginados o débiles)*. Sobre esto debe decirse que la Constitución Nacional de 1991 y sus Leyes reglamentarias establecen el derecho de diferenciación positiva e importantes mecanismos para la protección y desarrollo de los derechos étnicos y culturales, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional lo ha retomado insistentemente para garantizar dichos derechos.

Por su parte, el artículo 15 del convenio reconoce los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras, los cuales gozan de especial protección. En cuanto a la participación por medio del procedimiento de consulta en relación con este derecho, el inciso segundo del artículo mentado dispone:

*“En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.*⁶

Como se puede ver, la norma transcrita desarrolla no sólo el derecho a la participación de los pueblos indígenas, sino además, el derecho a las tierras y a los recursos naturales, los cuales, en virtud de la especial protección que les ha sido reconocida, podrían ser preservados a través de la consulta que debe llevar a cabo el Gobierno antes de proceder a su explotación.

A partir de lo anterior se puede notar que la figura jurídica de la consulta previa está íntimamente relacionada con los derechos más significativos de los pueblos indígenas, esto es, su identidad como una comunidad, su desarrollo integral, su educación y sus territorios. En esto quizá radica su importancia en la actualidad, es decir, que no sólo desarrolla el derecho a la autorregulación y autodeterminación, y garantiza en sí misma el derecho a la participación, sino que además es el medio de protección y defensa de otros derechos de los pueblos indígenas.

1.3 BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA Y LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDIGENAS.

En renglones anteriores se enunciaron algunas de las fuentes internacionales en las que se consagra el mecanismo de la consulta previa para asegurar la autodeterminación de los pueblos indígenas. Nótese que algunas de dichas fuentes son convenios internacionales (fuentes duras de derecho⁷), y otras no

⁶ Op. Cit., artículo 7º

⁷ Se utiliza este término en el sentido en que se conoce la “Ley dura”, es decir, como Ley vinculante, la misma que en el Derecho internacional comprende los tratados y acuerdos, y en ocasiones hasta algunas Leyes consuetudinarias (aún se presenta discusión conceptual acerca de la fuerza vinculante de la

constituyen un cuerpo normativo en sí mismo y no son estrictamente vinculantes por esa misma razón (fuentes blandas de derecho⁸), sino que son declaraciones sin fuerza de Ley, o recomendaciones y observaciones formuladas por los organismos competentes, que no tienen carácter obligatorio para los Estados, pero que vale la pena tener en cuenta porque dan razón de las falencias de los gobiernos en materia de participación indígena y podrían ser una herramienta útil para avanzar en la adopción de medidas jurídicas idóneas para que los convenios en mención sean realmente aplicados y, además, porque en ocasiones pueden configurar verdaderos parámetros de constitucionalidad y su desconocimiento podría llegar a generar incluso la inconstitucionalidad de una determinada Ley.

Ahora bien, para desarrollar esta parte del tema en estudio es necesario partir de la comprensión de la figura del bloque de constitucionalidad, sin pretender desconocer con ello que no se trata de un trabajo fácil porque no existe un criterio unificado alrededor del tema ni desde la jurisprudencia ni desde la doctrina. La propia Corte Constitucional Colombiana no ha sistematizado sus conceptos, y por el contrario, se observa que en diferentes periodos de tiempo asume posiciones variables.

Pese a lo anterior, es posible ofrecer un criterio genérico de lo que se entiende por bloque de constitucionalidad, pretendiendo abarcar los diversos elementos que ha ofrecido la jurisprudencia. En este sentido, vale decir que el bloque de constitucionalidad alude al reconocimiento de normas que sin estar expresamente consagradas en la Constitución, hacen parte del ordenamiento jurídico y sus consecuencias son las mismas que se pueden predicar respecto de las normas constitucionales. Así, en virtud de la figura del bloque de constitucionalidad la Carta Política pareciera tener más disposiciones normativas de las que se encuentran en su texto, y como consecuencia de ello, existen también más parámetros de constitucionalidad frente a las normas jerárquicamente inferiores.

El abierto reconocimiento de esta posibilidad ha tenido lugar a partir de la expedición de la Constitución de 1991, pues antes de su promulgación se había aceptado en mínima medida que existan reglas con la fuerza de una norma constitucional sin que hayan sido consagradas de tal manera. Con la Carta Política de 1991 se presentó un cambio radical en este punto, y se empieza a concederle fuerza jurídica interna a los instrumentos internacionales de derechos

costumbre internacional, pero ha sido mayoritariamente aceptada como fuente formal del derecho) y son el resultado de compromisos jurídicamente obligatorios para los países firmantes. Con este término se hace referencia a las normas “indiscutibles” del derecho internacional

⁸ Las fuentes blandas del derecho están representadas por los compromisos no vinculantes entre Estados, que se negocian de buena fe y se cumplen tanto como sea razonablemente posible. Generalmente están en forma de declaraciones o manifiestos, y pueden incluirse en este grupo las recomendaciones u observaciones no vinculantes de algunos organismos internacionales, y su papel más significativo es influir en el desarrollo de los futuros compromisos de cada Estado, por ello reciben también el nombre de “derecho indicativo”.

humanos. Los artículos 53, 93, 94, y 214 constituyen las disposiciones superiores en las que la Corte Constitucional ha apoyado sus decisiones al respecto, las mismas en las que se ha admitido que los tratados internacionales que reconocen los derechos humanos están llamados a prevalecer en el orden interno. De esta forma, se llega a la conclusión de que tanto las normas formalmente constitucionales como las normas materialmente constitucionales tienen la connotación de normas superiores y por tanto, de referentes de constitucionalidad.

Este reconocimiento es posible en los sistemas jurídicos como el colombiano por cuanto a diferencia de los códigos normativos, las Constituciones no tienen un carácter cerrado, y sus textos permiten hacer remisiones a reglas y principios no consagrados en ellas, pero que tienen valor constitucional por su relevancia práctica en el contexto histórico y social. Dicho de otra manera, el bloque de constitucionalidad permite la adecuación del texto superior a las cambiantes realidades de la sociedad, sin que para ello se acuda directamente a los mecanismos establecidos para introducirle modificaciones sustanciales.

Sobre este tema en sentencia C- 225 de 1995 la Corte Constitucional manifestó:

*“Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las Leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu”.*⁹

En cuanto a las normas “extra-constitucionales” que conforman el bloque de constitucionalidad, la misma Corte ha señalado:

“Resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad stricto sensu, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93). (...) Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción lato sensu del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero

*aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las Leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las Leyes estatutarias”.*¹⁰

Aunado a lo anterior, es obligatorio reseñar el criterio de la Corte en relación con la pertenencia de las recomendaciones de los órganos de control y vigilancia de la OIT al bloque de constitucionalidad, pues como se anotó en el anterior acápite, en materia de consulta previa no sólo debe citarse el convenio 169 de la OIT sino también las recomendaciones y observaciones realizadas por los organismos internacionales competentes. Sobre este punto, en palabras de la Corte se puede leer:

*“Las recomendaciones de los órganos de control y vigilancia de la OIT, no pueden ser ignoradas: cuando resultan de actuaciones del Estado contrarias a los tratados internacionales aludidos en el artículo 93 Superior, aunque no sean vinculantes directamente, generan una triple obligación en cabeza de los Estados: deben 1) ser acogidas y aplicadas por las autoridades administrativas; 2) servir de base para la presentación de proyectos legislativos; y 3) orientar el sentido y alcance de las órdenes que el juez de tutela debe impartir para restablecer los derechos violados o amenazados y los casos que sean similares.”*¹¹

Finalmente, y para dar aplicación a los anteriores conceptos sobre el tema de la consulta previa de los pueblos indígenas, debe anotarse que por medio de la sentencia T- 955 de 2003, la Corte Constitucional incluyó a la luz del convenio 169 de la OIT, en el bloque de constitucionalidad, el carácter obligatorio de la consulta previa en los procesos de toma de decisiones sobre los asuntos que puedan afectar a los pueblos indígenas y tribales, lo cual ya había sido aceptado anteriormente en la sentencia de unificación SU-083 del mismo año.

De esta manera, el convenio 169 de la OIT, adoptado en la legislación colombiana mediante la Ley 21 de 1991, es Ley de la república sometida a la jurisdicción constitucional, en virtud del artículo 93 de la Constitución Política, por lo tanto es una norma que disfruta de doble connotación, ser legal y constitucional. A este respecto vale transcribir las palabras de la Corte, la cual señaló:

“Resulta de especial importancia para el asunto en estudio, además, reiterar que el Convenio 169 de la OIT, y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa conforma con la

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 568 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz

Carta Política bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 del ordenamiento constitucional, no sólo porque el instrumento que la contiene proviene de la Organización Internacional del Trabajo y estipula los derechos laborales de dichos pueblos –art. 53 C.P.- sino i) en virtud de que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales en territorios, prevista en el artículo 330 de la Carta, no puede ser entendida como la negación del derecho de estos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles –artículo 94 C.P.-, ii) dado que el convenio en cita es el instrumento de mayor reconocimiento contra las discriminaciones que surgen los pueblos indígenas y tribales, iii) debido a que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente sobre las decisiones administrativas y legislativas que los afecten directamente es la medida de acción positiva que la comunidad internacional prohíja y recomienda para combatir los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas del racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas de intolerancia conexas que afecta a los pueblos indígenas y tribales- Declaración y Programas de Acción de Duban- y iv) debido a que el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que no se negará a las minorías étnicas el derecho a su identidad.

... Asuntos que no pueden suspenderse ni aún en situaciones excepcionales, i) por estar ligado a la existencia de Colombia como un Estado Social de Derecho, en cuanto representa la protección misma de la nacionalidad colombiana –artículos 1º y 7º C.P.-, ii) en razón de que el derecho a la integridad física y moral integra el “núcleo duro” de los derechos humanos, y iii) dado que la protección contra el etnocidio constituye un mandato imperativo del derecho internacional de los derechos humanos.”¹²

Por las razones antes expuestas resulta imperioso que el análisis del marco legal y constitucional de la consulta previa en Colombia, tenga como referente obligatorio al convenio 169 de la OIT, en el entendido que el mismo es un parámetro de constitucionalidad y una norma prevalente en el ordenamiento jurídico.

¹² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU- 083 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño

2. LA REGULACIÓN DEL MECANISMO DE CONSULTA PREVIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO A PARTIR DEL CONVENIO 169 DE LA OIT

Uno de los objetivos planteados para el desarrollo de esta investigación es precisamente el de examinar la regulación del mecanismo de consulta previa en las normas jurídicas colombianas a partir del convenio 169 de la OIT y otras fuentes de derecho internacional, no sin antes realizar una breve aproximación al concepto, fundamento y alcance de la figura mencionada.

Con lo anterior se pretenden diversas finalidades, cada una de las cuales se justifica en sí misma en el marco de una investigación jurídica que se propone ser no sólo descriptiva sino crítica y propositiva. De esta manera, en el presente capítulo se presentarán las bases conceptuales de la consulta previa, y posteriormente se estudiarán las fuentes internacionales de este derecho, a fin de conocer de cerca cuales son las exigencias de los organismos internacionales sobre la materia.

Finalmente, se dará paso a un examen detallado de la normatividad nacional sobre el tema, la cual incluye las disposiciones constitucionales y legales, con el objetivo de examinar la medida en que estas corresponden a las exigencias internacionales que en virtud del concepto de bloque de constitucionalidad hacen parte de nuestro ordenamiento jurídico, y en consecuencia, determinar si estas normas satisfacen el requisito de la coherencia interna, entendida como la correspondencia de la norma inferior a las que le son jerárquicamente superiores dentro de un sistema jurídico¹³.

2.1. CONCEPTO, FUNDAMENTO Y ALCANCE DE LA CONSULTA PREVIA

En aras de realizar una conceptualización de la consulta previa, es de anotarse que la misma debe entenderse como una vía para garantizar la participación de las comunidades indígenas, pues éste es su fundamento. En este sentido, la consulta previa puede definirse como un instrumento o mecanismo que permite a los pueblos indígenas participar ante los poderes Estatales, en la toma de decisiones que les afecten en forma directa, y de esta manera, delimitar sus prioridades y tomar partido en la definición de sus políticas y directrices, lo cual asegura además, que sus otros derechos sean respetados, que sus intereses sean tenidos en cuenta como válidos y que se prenda por la preservación de su

¹³ A la luz de lo expuesto por Norberto Bobbio en su obra "Teoría General del Derecho", la coherencia del ordenamiento jurídico se justifica en cuanto el mismo debe ser una unidad sistemática, o una totalidad ordenada, lo cual se da cuando los entes constitutivos están en relación con el todo y en relación de coherencia entre sí. Bobbio manifiesta que "Se dice que un ordenamiento jurídico constituye un sistema porque en él no pueden coexistir normas incompatibles...sistema equivale a validez del principio que excluye la incompatibilidad de las normas"

integridad étnica, social, económica y cultural, pues esto asegura su subsistencia como grupo social.

Por su parte, el convenio 169 de la OIT no trae una definición de la consulta previa, pero la menciona como un derecho de los pueblos indígenas. De esto se puede concluir que la consulta previa tiene una doble connotación, pues por un lado se entiende como un derecho (al tenor del mencionado convenio), y por el otro, como un instrumento para garantizar un derecho (según la definición dada en el párrafo anterior y que se apoya en el fundamento de la figura), pero en los dos casos reviste gran importancia, como se pasa a explicar:

Respecto a la consulta previa como derecho de las comunidades indígenas, debe decirse que la Corte Constitucional lo ha reconocido como un derecho fundamental en algunas sentencias de tutela, lo cual implica que debe existir por parte del Estado y sus órganos un compromiso especial para asegurar su efectivo cumplimiento, y para entregar en manos de estas comunidades las herramientas jurídicas necesarias para su defensa y protección.

Si cabe precisar sobre este tema que, en los anteriores términos, la consulta previa a los pueblos indígenas se trata de un derecho fundamental innominado, por no encontrarse consagrado de forma expresa en el capítulo I del título II de la Constitución Política. Sin embargo, no obstante su falta de consagración normativa a manera de derecho fundamental, en el mismo confluyen condiciones indispensables para su declaración por vía jurisprudencial, tales como: i) En el marco de los Estados Democráticos la consulta previa representa un mínimo moral al que se le reconoce una pretensión de universalidad, esto es, que es tenido como válido en aquellos países en que tienen presencia las comunidades indígenas y tribales, por lo tanto, ii) este mínimo moral que es aceptado de forma universal exige cada vez más su positivización en los ordenamientos jurídicos internos, así como en los instrumentos de derecho internacional, con el propósito de limitar y vincular a los poderes públicos para la toma de decisiones y la adopción de políticas adecuadas para garantizar este derecho, comprendiendo que iii) al reconocerlo como fundamental debe impregnar el resto del ordenamiento jurídico, esto es, las disposiciones que se encuentran en un nivel más bajo, y que deben ser filtradas por el orden de valores que se subyace a la consulta previa, sin que ello conlleve a desconocer que iv) al igual que todos los derechos fundamentales, el de los pueblos indígenas a ser consultados tiene límites formales y materiales porque hacen parte de un grupo de principios, en el que los límites están dados por los otros principios reconocidos constitucionalmente y por su propia estructura.

De esta forma, puede concluirse que se trata de un derecho que ha sido reconocido en virtud de los cambios históricos, los cuales trajeron consigo otra forma de concebir la sociedad, y de reivindicar a las comunidades indígenas que habían sido maltratadas por tanto tiempo. En este sentido, este derecho a la

consulta previa, se orienta a satisfacer necesidades fundamentales de las colectividades indígenas, pues la existencia y permanencia de éstas depende en gran medida de la protección a su identidad, su cultura y su territorio. Además, tal como se ha venido diciendo, se trata de un derecho por el cual se garantiza el goce efectivo de otros derechos previamente reconocidos, cuyo desconocimiento implicaría la aceptación de un estado de cosas inconstitucional.

Lo dicho permite entender como los criterios formales para la identificación de los derechos fundamentales en Colombia, resultan insuficientes, pues se caracterizan por ser limitados y estáticos, desconociendo con ello las transformaciones sociales y las necesidades de la colectividad, que impone la exigencia de un sistema jurídico dinámico. De hecho, es por esta razón que el derecho a la consulta previa ha sido elevado al rango de fundamental por vía jurisprudencial, lo cual implica que se acepta como un derecho subjetivo e individual, es decir, que se atribuye a sujetos concretos, y que tiene al menos una pretensión de justiciabilidad, pues les entrega las acciones jurídicas que el ordenamiento consagra para la defensa de este tipo de derechos.

No puede sino concluirse que el derecho fundamental a la consulta previa, si bien no está consagrado expresamente en el texto constitucional, si se deriva del mismo, y refleja la forma del Estado Colombiano y el orden de valores que el mismo adopta y que vincula a toda la organización estatal, lo cual reclama adicionalmente una protección reforzada y lo excluye de cualquier posibilidad de negociación política, transacción mercantil o acto de enajenación, lo que implica, a su vez, que razones de tipo económico o presupuestal no son suficientes para su negación.

En cuanto a la consulta previa como instrumento de participación, es menester anotar que, tal como se ha venido diciendo, la participación es un derecho reconocido constitucionalmente a todos los Colombianos frente a diferentes aspectos de la vida política, económica, social y cultural, no obstante ello, en cuanto atañe a las comunidades indígenas, la participación adquiere una connotación especial en razón de las condiciones que les son propias, las cuales imponen una necesidad de mayor colaboración por parte del Estado y de más garantías para su cumplimiento.

Es por lo dicho que a fin de que se materialice tal propósito, es necesario que se cumplan ciertos requisitos mínimos, tales como la identificación del objetivo que se pretende alcanzar, la oportunidad en su realización, la buena fe en su desarrollo, la idoneidad de su procedimiento y sus alcances.

Por otra parte, en renglones anteriores se explicaron de forma sucinta algunos sucesos de especial importancia en la vida de los pueblos indígenas colombianos, específicamente las luchas que tuvieron que emprender en defensa de su condición natural, de su integridad como grupo y de su identidad. Por tanto, lo

primero que debe pensarse es que, si bien es cierto hace lustros atrás estas luchas tomaban la forma de la guerra, en la actualidad las mismas se siguen presentando cotidianamente pero encierran procesos políticos y jurídicos que se desenvuelven en el contexto de un Estado pluralista y que por tanto, encuentran diferentes formas de manifestación, pero que no por ello siguen siendo la expresión de motivaciones particulares en pugna.

Es en este climax que se justifica el derecho a la participación de las comunidades indígenas, pues éste se convierte en la herramienta con la cual defienden sus intereses y dan nuevas luchas por sus derechos, evitando que la sociedad en general, o los poderes públicos, atenten de una forma u otra, contra su esencia como pueblo y se den pasos de retroceso en medio de sus luchadas victorias.

De esta manera, es comprensible que se hayan creado procedimientos por los cuales se garantice la posibilidad de la participación de los pueblos indígenas, y que los mismos deban adaptarse a las especiales circunstancias que los rodean. Así, el fundamento principal de la consulta previa no es otro que el derecho a la participación como mecanismo para velar por el respeto de sus demás derechos. Y dicho sea de paso, ha de entenderse entonces que dicha participación adquiere rasgos especialísimos tratándose de estas comunidades y que adopta una connotación especial, a diferencia de la participación que debe garantizarse a los demás miembros de la sociedad que no integran un grupo étnico minoritario, pero que se reconoce en su condición de integrante de la sociedad.

Es por esto, que si bien es cierto en un Estado participativo como se pregona el colombiano, la participación en los procesos políticos es un derecho de la colectividad, y corresponde al Estado establecer las condiciones jurídicas y fácticas para que ello se cumpla, también es indiscutible que dicha participación se convierta en una cuestión sumamente especial en relación con las comunidades indígenas y exige por ello un tratamiento concreto y diferente, esto es, un tratamiento que se sustente en el reconocimiento y la aceptación de las diferencias, y en el reconocimiento de la importancia que las culturas de estos pueblos representan para una nación, y que constituya una alternativa para alcanzar la igualdad material de estas comunidades.

No podría ser de otra forma si la Carta Política colombiana incluye desde su primera disposición la aceptación del carácter pluralista del Estado, y a lo largo de su texto hace referencia al papel que juegan las comunidades indígenas en la conformación del mismo, y les entrega especiales derechos y facultades de rango constitucional.

Por lo anterior, y a manera de conclusión, vale reiterar que la consulta previa se fundamenta en el derecho a la participación de las comunidades indígenas, diferenciado del que se radica en cabeza del resto de la colectividad, y este derecho a su vez, se justifica en el reconocimiento de Colombia como un Estado

pluralista y multiétnico, en el que la historia de los grupos indígenas impregna la historia de la Nación misma, y su cultura hace parte de todo el patrimonio cultural.

De esta manera, bien podría decirse que la inclusión de la consulta previa en el ordenamiento jurídico colombiano se explica a partir del año 1991 porque responde a un cambio de perspectiva social acerca del entendimiento de las comunidades indígenas y de sus culturas, es decir, a una asimilación de sus valores como válidos y respetables en el contexto del país. Se trata pues, de un cambio de paradigma, en el que los grupos indígenas dejan de estar social y políticamente relegados, para ser aceptados e incluidos de forma especial en la sociedad, sin que ello repercuta en la pérdida de sus rasgos distintivos. Atiende a un cambio institucional que se concreta con el proceso constituyente de 1991 y que representa una transformación de la forma de entender la sociedad y sus valores.

En consecuencia, y desde el punto de vista jurídico, podría afirmarse que el derecho a la consulta previa en Colombia, se sustenta inicialmente en las disposiciones contenidas en los artículos 1º, 2º y 7º superiores, sin perjuicio de otros que aceptan la diversidad étnica y cultural, así como las demás leyes que de forma especial se refieren a estas poblaciones específicas, pero que son de obligatorio cumplimiento para toda la sociedad. Esto se explica porque si bien los pueblos indígenas son sujetos de los derechos y obligaciones de las demás personas que habitan en el país, igualmente son poseedores de derechos especiales, entre los que se cuentan los de participación social que de paso a una democracia efectiva.

En lo que atañe al alcance de la consulta previa no podría dejarse de lado que existen diversas situaciones en las que ésta debe llevarse a cabo, por ejemplo: cuando se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que les afecten en forma directa a las comunidades indígenas, cuando se vayan a adoptar decisiones relacionadas con la explotación de recursos naturales en sus territorios, cuando se vayan a otorgar licencias ambientales para obras o proyectos, cuando se vayan a realizar obras de exploración, explotación e inversión en territorios indígenas, o cuando se vaya a realizar la determinación de las áreas indígenas restringidas al interior de las zonas mineras, entre otros.

Los dos primeros eventos señalados corresponden a la mayoría de los casos en que se presenta la necesidad de realizar procedimientos de consulta previa, esto es, antes de la adopción de medidas legislativas o administrativas, y ante la posibilidad de explotación de los recursos naturales en territorios indígenas. No obstante, tal como se verá al realizar el análisis del marco legal colombiano, no existe reglamentación legal idónea sobre estos puntos, sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ofrece significativas pautas a tener en cuenta en estos casos.

De todas formas, la consulta frente a la adopción de medidas administrativas o legislativas, busca precisamente que las comunidades indígenas sean tenidas en cuenta cuando las decisiones puedan afectarles de forma directa. Con esto se protegen sus derechos a la autodeterminación como pueblos, a la subsistencia, y a la integridad, así como la facultad que tienen para decidir sobre sus propias formas de desarrollo integral.

Por su parte, la consulta previa ante la explotación de recursos naturales propende por la protección del derecho que sobre el territorio tienen las comunidades indígenas, lo cual se justifica por la especial relación que los une, en el entendido que el territorio ancestral representa para el pueblo una forma de vida y un elemento de subsistencia.

2.2 MARCO CONSTITUCIONAL DE LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDIGENAS EN COLOMBIA

Realizadas las anteriores precisiones acerca de las fuentes internacionales del derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, y de la pertenencia del Convenio 169 al bloque de constitucionalidad colombiano, es posible pasar al análisis de las normas expresamente consagradas en la Constitución y que sirven de sustento a la consulta previa, teniendo en cuenta que las mismas delimitan el desarrollo legislativo sobre la materia, por lo cual revisten mayúscula importancia.

Para tal propósito, se debe recordar que en Marzo de 1991, en medio del proyecto reformista de la Asamblea Nacional Constituyente, se llevaron a cabo las elección de los delegados de los partidos políticos y de los sectores independientes que participarían en ella, y se logró con ello contar con una gran diversidad de constituyentes, entre los cuales se encontraban también representantes de los pueblos indígenas, en busca de poder estructurar jurídica y políticamente instituciones y normas efectivas y que generaran mayor credibilidad.

Sin lugar a dudas, este es un aspecto que vale la pena destacar en el presente trabajo, pues pone de relieve el espíritu participativo de la Constitución de 1991, y la importancia que la misma le da a los sectores minoritarios, específicamente, a los pueblos indígenas colombianos, reconociendo con ello su derecho a decidir acerca de los asuntos que les incumben y a que tales decisiones se hagan a través de mecanismos realmente participativos.

Para los pueblos indígenas este proceso político representó la posibilidad de que sus derechos quedaran consignados en la nueva Carta Constitucional y estuvieran revestidos de la naturaleza de norma superior. Era la primera vez que las organizaciones indígenas adoptaban una posición participativa dejando atrás el abstencionismo político que las había caracterizado. En esta ocasión, los delegados para cumplir el propósito señalado fueron Francisco Rojas Birry –en

nombre de la Organización Nacional Indígena ONIC-, Lorenzo Muelas Hurtado en representación del movimiento de autoridades indígenas de Colombia (AICO), Y Floro Tunubalá, quien había sido el primer gobernador indígena en el Cauca, y posteriormente, participó en la Asamblea Constituyente un representante de este sector con voz pero sin voto, Alonso Peña, quien fue representante designado del desmovilizado grupo de autodefensas indígenas Quintín Lame. Estos delegados asumieron una gran labor: cambiar el panorama de la Constitución anterior, que los había considerado como menores de edad y sin el derecho de gobernarse a sí mismos, y además, lograr el reconocimiento de la sociedad colombiana como pluriétnica y multicultural, y luchar por su autonomía territorial.

Por tanto, para el propósito de analizar el marco constitucional de los derechos indígenas será indispensable comenzar por la disposición contenida en el artículo 1º de la Carta Política, según el cual Colombia es un Estado social de derecho, organizado como una república democrática, participativa y pluralista. En virtud de esto, se reconoce las diferencias étnicas y raciales en el territorio colombiano, y se concede la posibilidad de participar a quienes lo habitan. Con ello se asegura que cada persona pueda ser escuchada en defensa de sus derechos e intereses, lo cual se hace extensivo a las minorías étnicas y específicamente a los pueblos indígenas, frente a quienes adquiere mayor relevancia esta definición por sus condiciones naturales.

En armonía con el artículo 1º constitucional, el artículo 7º dispone que *“el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana”*¹⁴. Esta norma se erige como el pilar de diversas obligaciones positivas y negativas a cargo del Estado, encaminadas a garantizar y preservar la diversidad étnica, entendiendo que la misma hace parte del patrimonio cultural de la nación, y que debe contar con especiales sistemas de protección. En consonancia con esta exigencia constitucional, el artículo 8º superior reza que, es deber tanto del Estado como de los particulares, proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación, entre las cuales, como ya se anotó, se incluyen las culturas de los pueblos indígenas colombianos, con la especial connotación que les ha sido reconocida como patrimonio cultural.

No obstante, la norma que se analiza no ha dejado de presentar diversas dificultades en su aplicación, y específicamente cuando ha tenido que ponderarse frente a otros derechos y principios constitucionales, por ello es importante citar la jurisprudencia de la Corte Constitucional, organismo que en sentencia de tutela 1127 de 2001 manifestó:

(...) el desarrollo del principio de la diversidad cultural en las normas constitucionales citadas, y considerando que sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, puede concluirse como

¹⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Artículo 7º

*regla para el intérprete la de la **maximización de la autonomía de las comunidades indígenas**, y por lo tanto la de la **minimización de las restricciones** a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía.*

Esta regla supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la Nación, sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a) Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.gr., la seguridad interna),y*
- b) Que se trate de una medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.*

Ahora bien, para determinar la gravedad de la lesión, el intérprete tendrá que remitirse, de todas maneras, a las características específicas de la comunidad de la que se trata, puesto que no todas otorgarán la misma importancia a las posibilidades de determinar cada una sus asuntos.”¹⁵

Por su parte, el artículo 10º constitucional señala que las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son oficiales en sus territorios, sin perjuicio de que el castellano se reconoce como el idioma oficial del país. Esta disposición constituye la aceptación de la identidad de las minorías étnicas como pueblos, y así mismo, como sujetos de derechos especiales, individuales y colectivos, lo cual se complementa además con el derecho específico de los integrantes de los grupos étnicos a recibir una formación que respete y desarrolle su identidad cultural, tal como se consagra en el artículo 61 Superior.

Finalmente, y como una de las normas más importantes en relación con la participación y la consulta previa, ha de mencionarse el párrafo del artículo 330 de la Constitución, el cual exige que la explotación de los recursos naturales existentes en los territorios indígenas se lleve a cabo sin perjudicar la identidad cultural, social y económica de estos pueblos. Igualmente, impone al Gobierno el deber de propiciar la participación de las respectivas comunidades cuando se pretenda llevar a cabo dichas explotaciones. En relación con esta norma constitucional, la cual guarda estrechísima relación con el convenio 169 de la OIT, la Corte ha afirmado:

“En el plano del derecho internacional, el convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, ratificado por nuestro país mediante la Ley 21 de 1991, se refiere a la autonomía de las comunidades indígenas y al reconocimiento de los derechos fundamentales constitucionales en sus territorios, como límite al principio de la diversidad étnica, al reconocer la aspiración de esos

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-1127 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería

pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida, así como su desarrollo económico y social, manteniendo y fortaleciendo sus identidades, lenguas y religiones.”¹⁶

Por supuesto, existen otros artículos constitucionales que contienen un trato especial en relación con los pueblos indígenas colombianos, sin embargo, no han sido específicamente mencionados en razón a que los mismos no guardan relación estrecha con su derecho a la autodeterminación, a la participación, ni con el mecanismo de la consulta previa.

2.3 MARCO LEGAL DE LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDIGENAS EN COLOMBIA

A lo largo del presente trabajo se han presentado los parámetros internacionales y las normas constitucionales relacionadas con el mecanismo de la consulta previa a los pueblos indígenas. Ahora es necesario dar paso al análisis de las normas legales y decretos reglamentarios sobre la materia, en aras de verificar si las mismas se adecuan a los lineamientos superiores, por cuanto se trata de normas de inferior jerarquía que deben corresponder siempre a los postulados prevalentes.

En esta parte de la investigación se hará una presentación cronológica del régimen legal y se aportarán algunos criterios individuales en relación con el tema, teniendo en cuenta lo antes estudiado. De esta forma, las normas relacionadas con la consulta previa en el ordenamiento jurídico colombiano son las que se presentan a continuación:

2.3.1 Estudio de la Ley 21 de 1991: Esta es quizás la norma más importante en materia de consulta previa y protección de los derechos de los pueblos indígenas, pues por medio de ella, el 04 de Marzo de 1991, Colombia aprobó el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989, el cual, de conformidad al artículo 2º de la Ley, obliga al país a partir de la fecha en que se perfeccione el vínculo internacional.

Ahora bien, sobre las exigencias que este instrumento internacional impone en relación con el mecanismo de consulta previa a los pueblos indígenas ya se realizó un recuento en renglones anteriores, y a manera de colofón habrá que decirse que son los artículo 6 y 7 del convenio los que imponen la obligación al Estado de garantizar la participación de los pueblos indígenas cuando quiera que se vayan a adoptar decisiones administrativas o legislativas que les afecten, y la

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-379 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

posibilidad de participar para decidir sobre su desarrollo económico, social y cultural, en el marco del derecho a la autodeterminación.

Sobre esta Ley no se ahondará porque los apartes importantes del convenio fueron analizados anteriormente, no obstante, debe decirse que la misma es proferida en el contexto de la expedición de la Constitución de 1991, momento político en el cual se iniciaba un proceso democrático de reconocimiento por las diferencias, por la diversidad cultural y por dignidad de las etnias raciales. Así, la aprobación del convenio 169 de la OIT en el año de 1991 correspondió al nuevo movimiento y de cierta manera, algunos de sus fundamentos jurídicos y sociológicos fueron adoptados por la Asamblea Constituyente, gracias a la participación que en la misma tuvieron los pueblos indígenas a través de sus representantes.

2.3.2 Estudio de Ley 99 de 1993. El 22 de Diciembre de 1993 el Congreso de la República de Colombia profirió la Ley 99 de 1993, por la cual creó el Ministerio del Medio Ambiente, reordenó el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, organizó el sistema nacional ambiental -SINA- y dictó otras disposiciones.

La Ley en comento contiene diversos artículos en los que tiene en cuenta a las comunidades indígenas y negras, por ejemplo, el artículo 13 dispone que en el Consejo Nacional Ambiental tendrá participación un representante de los pueblos indígenas, para asegurar la coordinación intersectorial de las políticas, planes y programas en materia ambiental y recursos naturales renovables; por su parte, el artículo 26 establece que en el Consejo Directivo de las Corporaciones regionales autónomas tendrá participación también un representante de las comunidades indígenas o etnias.

El artículo 63 de la Ley contiene los principios normativos de la misma, e incluye específicamente el principio de la armonía regional según el cual las funciones constitucionales y legales relacionadas con el medio ambiente y los recursos naturales renovables deben desarrollarse de manera coordinada y armónica y con sujeción a las normas superiores para asegurar un manejo adecuado de los recursos naturales que hacen parte del medio ambiente físico y biótico del patrimonio cultural de la nación.

Finalmente, la Ley 99 de 1993, en avenencia con lo señalado en el párrafo del artículo 330 de la Constitución Nacional, exige el cumplimiento de la consulta previa para llevar a cabo la explotación de recursos naturales, lo cual además, guarda estrecha relación con el principio de armonía regional pues propende por la armonía en el manejo de los recursos naturales. El tenor literal del artículo en comento dispone:

Artículo 76º.-“De las Comunidades Indígenas y Negras. La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades”.¹⁷

Además, esta disposición está estrechamente ligada con el derecho de los pueblos indígenas a determinarse libremente y decidir sobre los asuntos que les afecten, pues somete la adopción de cualquier decisión que se adopte en materia de explotación de recursos naturales, a la consulta previa. Sin embargo, debe hacerse un llamado de atención sobre la necesidad de exigir el consentimiento de estas comunidades, además de su participación, pues a través de la manifestación de su aprobación o desaprobación sobre aspectos determinados es como se respeta su derecho a la autodeterminación.

2.4 MARCO REGLAMENTARIO DE LA CONSULTA PREVIA

2.4.1 Estudio del Decreto 1397 de 1996. Por medio de este decreto el Presidente de la República creó la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas. Dicha comisión está adscrita al Ministerio de Agricultura y Desarrollo rural, y en su conformación se incluye, entre otros, al presidente de la organización nacional indígena de Colombia –ONIC- , el presidente de la organización de pueblos indígenas de la Amazonía Colombiana –OPIAC-, y un delegado por cada macroregión Corpes o las regiones administrativas de planeación que se conformen según lo dispuesto en el artículo 306 de la Constitución Nacional, seleccionado por las organizaciones indígenas de la respectiva región. Además, serán invitados permanentes de esta comisión los senadores y los exconstituyentes indígenas.

La Mesa Permanente de Concertación que se crea a través de esta norma está llamada a cumplir el objetivo específico de concertar entre el Estado y las organizaciones indígenas todas las decisiones administrativas y legislativas que puedan afectarlos, así como evaluar el cumplimiento de la política indígena estatal, tal como se puede leer en su artículo 11.

De conformidad con el artículo 12 del Decreto en comento se establece entre las funciones de la Mesa Permanente, la de *“concertar el procedimiento transitorio y lo demás que se requiera para la participación, consulta y concertación con pueblos o comunidades indígenas específicos, mientras se expide el decreto reglamentario. La concertación se hará respetando los usos y costumbres de cada pueblo.”*

¹⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 99 DE 1993, Artículo 69

De forma complementaria a las dos disposiciones citadas, el artículo 16 aborda de forma específica el tema de la consulta y la concertación en los siguientes términos:

“Artículo 16. CONSULTA Y CONCERTACIÓN. En los procesos de consulta y concertación de cualquier medida legislativa o administrativa susceptible de afectar a las comunidades o pueblos indígenas determinados, podrán participar los indígenas integrantes de la Mesa Permanente de Concertación o sus delegados. Los procedimientos que se prevean realizar les serán informados con la suficiente antelación.”¹⁸

Como se puede notar, la norma en cuestión busca adaptarse a las exigencias del convenio 169 OIT, según el cual la consulta previa a los pueblos indígenas es obligatoria en todos los casos en que se vayan a adoptar medidas administrativas o legislativas que pueda afectarles. Sin embargo, la norma antes transcrita no exige que dicho mecanismo sea utilizado en todos los eventos en que se puedan afectar los derechos de las comunidades indígenas, sino que, cuando se lleven a cabo los procesos de consulta podrán participar los indígenas de la mesa permanente de concertación o sus delegados.

En este sentido, puede concluirse que en referencia con las ocasiones en que debe realizarse la consulta previa, es menester valerse del tenor literal del convenio 169 mentado, ampliando con ello el campo de aplicación de este mecanismo, y en cuanto a la participación de los grupos indígenas en dicho trámite, se tendrá en cuenta lo dispuesto por el artículo 16 del Decreto 1397 de 1996, esto es, se dará lugar a los integrantes de la mesa permanente que crea esta misma norma.

Igualmente, el numeral 8 del artículo 12 del Decreto que se comenta, impone a la Mesa Permanente de Concertación la obligación de preparar los procedimientos a utilizar para llegar a los acuerdos entre los pueblos y las organizaciones indígenas, es decir, la propuesta de reglamentación del derecho de participación y concertación de las decisiones que puedan afectarles, hasta llegar a la expedición del decreto respectivo.

2.4.2 Estudio del Decreto 1320 de 1998. Este Decreto fue proferido el 13 de Julio del año 1998, es decir, dos años después de la creación de la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de concertación. Esta norma es de gran importancia en el ordenamiento jurídico porque a partir de las exigencias de la Constitución Política, del Convenio 169 OIT, de las Leyes 70 y 99 de 1993, desarrolla la figura de la consulta previa, como mecanismo que tiene por objeto *“Analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede*

¹⁸ DECRETO 1397 DE 1996, Artículos 16.

ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio,..., y las medidas propuestas para proteger su identidad."¹⁹

Como se observa, este decreto ofrece un enfoque diferente sobre el concepto de la consulta previa, pues la define como un mecanismo que permite conocer los impactos que pueden sufrir las comunidades indígenas o negras con ocasión de la explotación de los recursos naturales que se encuentran en su territorio y generar propuestas de acciones encaminadas a proteger la identidad de estas comunidades.

Lo anterior significa que al tenor del artículo 1º del Decreto 1320 de 1998, la consulta previa ya no solo es un mecanismo para garantizar la participación de la comunidad indígena, sino para permitirle al propio Estado y a los interesados, conocer ampliamente las consecuencias de las decisiones en las que estén involucrados intereses de éstas comunidades. Así, podría concluirse que se trata de un mecanismo con una utilidad en doble vía: para la comunidad indígena porque le permite participar ampliamente y para el Estado porque le da las herramientas que le facilita tomar decisiones respetuosas de los derechos de éstas comunidades, y por tanto, ajustadas a su deber de protector que se desprende del preámbulo de la Constitución Nacional, como se advirtió anteriormente.

No obstante, debe advertirse que se trata de una norma que carece de legalidad, pues su expedición se hizo sin haber consultado previamente a las comunidades indígenas, y sin atenderse las disposiciones del Decreto 1397 de 1996, pues tampoco fue concertado con la Comisión Nacional y la Mesa Permanente antes mentadas. Sin embargo, por ser la norma vigente sobre el tema, es necesario pasar a su análisis.

Este decreto establece la obligatoriedad de realizar la consulta previa en tres eventos. El primero de ellos es en materia de licencias ambientales o establecimiento de planes de manejo ambiental, caso en el cual el responsable del proyecto debe realizar la consulta previa con la participación de los representantes legales de la comunidad indígena involucrada con el mismo, para lo cual deberá enviarles citación escrita, con el fin de proceder a la elaboración del estudio ambiental del proyecto. De verificarse la falta de interés de la comunidad para participar en la consulta previa – según lo establecido por la norma-, el responsable del proyecto procederá a hacer los estudios ambientales sin su participación, tal como lo dispone el artículo 5º del Decreto que se comenta.

¹⁹ DECRETO 1320 de 1998, Artículo 1º

El segundo evento en que se exige la consulta previa a los pueblos indígenas es frente al documento de evaluación y manejo ambiental, de conformidad con el artículo 14 del Decreto 1320 de 1998. Así, será necesaria la consulta previa cuando existan proyectos, obras o actividades a desarrollar, y que se rijan por lo contenido en el Decreto 883 de 1997²⁰.

El tercer caso en el que el Decreto 1320 de 1998 exige que se lleve a cabo el procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas es en materia de permisos de uso, aprovechamiento o afectación de los recursos naturales renovables, lo cual atiende a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 330 de la Constitución Nacional. Así, en el artículo 15 del Decreto que se estudia, se establece tal exigencia cuando el proyecto, obra o actividad a desarrollarse para el uso, aprovechamiento o afectación de los recursos naturales no esté implícito en una licencia ambiental.

Además de lo anterior, el Decreto 1320 de 1998 establece los términos y el procedimiento a seguir para el desarrollo de la reunión de consulta previa, al igual que la comunicación de la decisión a las comunidades indígenas, y el seguimiento a su ejecución.

Como se puede notar, el Decreto 1320 que se analiza regula el mecanismo de la consulta previa en relación específica con el derecho al territorio de los pueblos indígenas y al uso y aprovechamiento de los recursos naturales que hagan parte de él. En este sentido, podría afirmarse que les permite a las comunidades involucradas participar en un tema restringido, y dando cumplimiento con ello a lo ordenado por el Constituyente en el parágrafo del Artículo 330 de la Carta Política.

Sin embargo, es necesario realizar una crítica a la norma que se comenta, pues de su lectura se desprende que si bien la misma pretende garantizar el derecho a la participación, no ocurre lo propio con el derecho a la libre determinación, ya que se exige la participación de los pueblos indígenas, pero no es obligatorio contar con su aprobación o consentimiento y, en caso de desacuerdo, será la autoridad ambiental competente la que resuelva de fondo el asunto en el acto administrativo que debe expedirse negando o autorizando el proyecto, obra o actividad que se pretende desarrollar. En palabras de la Dra. Gloria Amparo Bustos se puede leer: *“No obstante el valor que tiene para las comunidades la consulta previa, lo que en ella se decida no obliga a la autoridad ambiental en la decisión final, lo cual resta*

²⁰ Por medio de este decreto se regularon de manera general algunas actividades y se definió un instrumento administrativo para la prevención o el control de los factores de deterioro ambiental, sin embargo, el mismo fue declarado nulo mediante sentencia del 26 de febrero de 1998 proferida por la Sección primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Consejo de Estado.

fuerza e importancia a este mecanismo de protección de la identidad étnica y cultural de la nación colombiana.²¹”

Sobre esto puede decirse que lo anterior se opone abiertamente al criterio sentado por el Centro Internacional para los Derechos Humanos y el Desarrollo Democrático de la OIT, según el cual sólo puede considerarse consulta previa a aquel procedimiento que permita a los consultados manifestar sus puntos de vista e influir en la toma de decisiones porque de esta forma se les permite realmente decidir acerca de los asuntos que incidan en su desarrollo.

Por tanto, a juicio personal, es forzoso concluir que en esto también erró el legislador del Decreto 1320 de 1998, pues dejó de lado esa doble naturaleza de la consulta previa como mecanismo, por cuanto la participación de las comunidades indígenas no garantiza decisiones que les sean favorables, y además, no vincula al Estado a resolver cada asunto según las obligaciones que le son inherentes y los postulados del Estado Social de Derecho, el cual se distingue por su carácter participativo y pluralista.

Por otra parte, entre las críticas formuladas al Decreto 1320 de 1998, también reviste vital importancia la relacionada con el ámbito de aplicación de la norma, tema sobre el cual es pertinente transcribir las palabras de la Dra. Ana Cecilia Betancur, quien al referirse al respecto manifestó:

“Está claro por la sola lectura que este Decreto es contrario a las disposiciones constitucionales y del Convenio 169 de la OIT, sobre consulta y derechos territoriales. La determinación del territorio está ligada exclusivamente al concepto jurídico civil de propiedad y no toma en cuenta las definiciones en materia indígena que traen el convenio 169 y la legislación nacional en general (especialmente el Decreto 2164), que comprenden dos elementos esenciales: el hábitat y la identidad e integridad cultural de los pueblos y comunidades, que es lo que en el fondo se trata de proteger. La definición que trae el decreto, está dirigida a reducir al máximo la obligación de realizar consultas, por la vía de reducir a su mínima expresión la causa que da origen a la obligación, cual es la afectación a los pueblos y comunidades. La consulta debe realizarse no solo cuando se afecten las tierras de la comunidad, sino cuando se afecte su hábitat en general y cuando se afecte la integridad económica, social y cultural, aunque el proyecto no se realice en su territorio.

En cuanto a la definición misma de territorio, por supuesto que es contraria al concepto jurídico contemplado en la legislación indígena.

²¹ RODRIGUEZ, Gloria Amparo. Artículo “La consulta previa a pueblos indígenas”. EN: Comunidades étnicas en Colombia. Cultura y jurisprudencia. Universidad del Rosario. Bogotá. 2005.

En síntesis, la consulta que dice reglamentar el Decreto 1320 de 1998 no es la del convenio 169. El 1320 está dirigido exclusivamente a reducir su ámbito de aplicación, es decir, que sea sólo obligatorio realizarla cuando afecte las tierras, y, en estos casos, a salvar el requisito formal a favor de los interesados en proyectos de infraestructura o de explotación de recursos naturales en tierras indígenas, permitiendo por esta vía la expropiación de las mismas y la violación de todos sus derechos. Este decreto es la mejor expresión de los que piensan que los indígenas son un obstáculo para el desarrollo.²²”

Adicionalmente, puede pensarse también que el Decreto 1320 no desarrolla el convenio 169 OIT y las demás fuentes internacionales que imponen a los gobiernos el deber de garantizar la participación de las comunidades indígenas, porque únicamente regula el mecanismo de consulta previa en relación con la explotación de los recursos naturales, desconociendo que la figura busca proteger otros derechos de estas colectividades relacionados con su situación social, económica, cultural, y que por ello debe realizarse antes de la adopción de cualquier medida administrativa o legislativa que les pueda afectar, y tratándose de la única reglamentación vigente sobre la consulta previa, debería abarcar estos eventos.

Igualmente, es posible criticar el procedimiento que establece el Decreto 1320 de 1998 porque se pretende que el mismo se desarrolle en una audiencia o reunión, lo cual se dificulta por las diferencias culturales que existen entre quienes participan en la reunión, y por el uso de tecnicismos propios de los proyectos o actividades a desarrollar, lo cual impide una comprensión absoluta por parte de los pueblos indígenas. Incluso, la misma Corte Constitucional ha reconocido que el procedimiento es inflexible y que por tanto, vulnera los usos y costumbres de los pueblos consultados.

No sobra advertir además que a este respecto, la Organización Nacional Indígena de Colombia, ha manifestado su completo desacuerdo con el Decreto que se comenta, tal como se puede leer en la intervención realizada el día 26 de Julio de 2007, dentro del expediente D-6837 correspondiente al análisis constitucional de la Ley 1021 de 2006 por parte de la Corte Constitucional. En dicha intervención, esta organización manifestó.

“Dejando en claro que el Decreto 1320 de 1998 ni fue expedido ni se aplica para la consulta de medidas legislativas sí es importante recordar que la expedición de ese decreto violó el Convenio 169 de la OIT, pues no fue previamente consultado a los pueblos indígenas y

²² Respuesta de la Doctora Ana Cecilia Betancur a un cuestionario enviado por la Doctora Gloria Amparo Rodríguez, vía correo electrónico. Abril 10 de 2001.

aunque el Consejo de Estado, sorprendentemente lo declaró exequible, aceptando así la disposición del decreto mismo en cuanto a que fuera consultado después de su expedición, lo cual tampoco ha ocurrido, la Central Unitaria de Trabajadores, por solicitud de nuestra Organización Nacional Indígena de Colombia y en virtud del artículo 24 de la Constitución presentó ante el Consejo de Administración de la OIT, una Reclamación (Doc. GB.276/17/1;GB.282/14/3), en la que se alegó el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). El Consejo de Administración de la OIT admitió la reclamación y designó el respectivo Comité Especial para estudiar la reclamación”.

El gobierno colombiano respondió declarando que el Decreto 1320 intentó implementar el artículo 15(2) del Convenio y usó un lenguaje idéntico al de dicho artículo. También sostuvo que, de acuerdo con la decisión de la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera del Consejo de Estado, que como el Decreto fijaba los procedimientos para las consultas previas, no era necesario someter el Decreto en sí mismo a consulta previa. En otras palabras, que no había necesidad de consultar con respecto a los procedimientos de consulta.

Observando que el mismo gobierno admitió que la comunidad Indígena no fue consultada sobre el desarrollo y adopción del Decreto 1320, el Comité hizo referencia al artículo 6 (1) (a) del Convenio 169 y declaró que:

“...el decreto núm. 1320 de 1998, cuyo objetivo explícito es de reglamentar la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación dentro de su territorio, constituye una medida susceptible de afectar directamente a dichas comunidades. Por lo tanto, del artículo 6, inciso 1, apartado a) claramente se desprende la obligación de consultar con los pueblos indígenas del país antes de la adopción y promulgación de dicho decreto”.

Además declaró el Comité que para que la consulta sea efectiva:

“...se deben prever los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales. Aunque el Comité no pretende sugerir que dichos modelos sean los únicos que pueden servir de base para un proceso de consulta en conformidad con el Convenio, considera que si éstos no se tienen en cuenta, será

imposible cumplir con los requisitos fundamentales de la consulta previa y la participación”.

*Debido a la ausencia de la Consulta Previa y al contenido mismo del Decreto, el Comité consideró indispensable pedir al Gobierno colombiano que **“modifique el decreto número 1320 de 1998 para ponerlo de conformidad con el Convenio, en consultación y con la participación activa de los representantes de los pueblos indígenas de Colombia, en conformidad con lo dispuesto en el Convenio”***²³

Por las anteriores razones, agotada la revisión del mecanismo de consulta previa en los instrumentos internacionales, en la Constitución Nacional y en las Leyes y decretos sobre la materia, es posible realizar algunas anotaciones acerca del mismo. Así, lo primero que habrá de decirse es que este mecanismo de participación debe entenderse como un derecho colectivo²⁴ de los pueblos indígenas, y en sentido material, se configura como un procedimiento público especial y obligatorio cuando se prevea una posible afectación de la forma de vida de las comunidades indígenas en sus aspectos ambiental, territorial, social, espiritual, económico, cultural, de salud, y en general, cualquier otro aspecto que incida en su integridad étnica²⁵.

Por esto, la consulta previa debe desarrollarse cumpliendo unos requisitos mínimos, como el de informar previamente a las comunidades, y garantizar las condiciones de diálogo y análisis, y emplear un método apropiado para cumplir con los objetivos que se propone, pues sólo de esa forma se podría obtener resultados positivos. En relación con esto la Corte Constitucional ha manifestado que *“La participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental, sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades.”*²⁶

En todo caso, y como se anotó antes, la consulta debe realizarse antes de la toma de medidas legislativas o administrativas, o del inicio de los proyectos o actividades, y realizarse con el criterio de buena fe, con la finalidad de llegar a un

²³ Organización Nacional Indígena de Colombia –ONIC-. Intervención indígena dentro del proceso de constitucionalidad Exp. D-6837, Julio 26 de 2007. Bogotá D.C.

²⁴ Se entiende por derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas aquellos atributos esenciales para asegurar su existencia como sociedades culturalmente diferenciadas, con patrimonio físico y cultural, y con la posibilidad de definir y alcanzar opciones propias de mejoramiento y desarrollo, y las de sus integrantes como personas.

²⁵ LONDOÑO TORO, Beatriz. *Nuevos instrumentos de participación ambiental*. Consultoría Ambiental y Colectiva. Editorial Biblioteca Ambiental y Jurídica. 1998. p. 91

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU- 039 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell

acuerdo o a obtener el consentimiento para las medidas propuestas, lo cual impone la obligación de que la consulta no sea manipulada por ninguna de las partes intervinientes, y que debe propenderse por un ambiente de confianza que legitime realmente el proceso. De esta manera, el Gobierno deberá fijar garantías para la realización de este procedimiento, y adoptar medidas que aseguren el cumplimiento de sus verdaderos objetivos, lo cual debería comenzar con la modificación del Decreto 1320 de 1998 y la inclusión de una normatividad legal, legítima y efectiva.

Teniendo en cuenta que los pueblos indígenas colombianos han manifestado su inconformidad con la reglamentación existente en materia de consulta previa y con los mecanismos establecidos para exigir su cumplimiento, vale la ocasión para mencionar la Directriz Presidencial No. 1 emitida el día 26 de Marzo de 2010²⁷ sobre la garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales, la cual se profiere en el marco de la Constitución Política y los compromisos internacionales adquiridos en la materia.

Este documento consagra a cargo de las entidades y organismos del sector central y descentralizado del orden nacional, la obligación de dar cumplimiento a los elementos que en el mismo se describen, sin embargo, por su contenido, bien debería ser aplicado, en su momento, por todas las entidades y organismos territoriales.

Debe destacarse de su contenido que parte del reconocimiento de la naturaleza de fundamental del derecho a la consulta previa, y recuerda que la Corte Constitucional ha manifestado que el convenio 169 de la OIT debe aplicarse en el contexto de la protección de la identidad de los pueblos tribales en los países independientes.

Además, la directiva presidencial que se estudia, menciona los mecanismos para la aplicación de la Ley 21 de 1991, y al respecto dispone que será el Ministerio del Interior y de Justicia el organismo competente para coordinar la realización de las consultas previas, hasta el momento en que se establezca la competencia de los entes territoriales. La Directiva establece una responsabilidad compartida entre el Ministerio mencionado y los representantes de cada proyecto, a quienes les corresponde participar activamente en la consulta y proporcionar los recursos que se requieran para su desarrollo, pues llevando a cabo este procedimiento no sólo se respeta un derecho fundamental sino que se da mayor viabilidad a los proyectos.

De igual manera, la Directiva Presidencial 01 de 2010 enumera las acciones que requieren consulta previa y las que no. Entre las primeras, se encuentran los programas de prospección o explotación de los recursos naturales en los

²⁷ Esta directiva puede ser consultada en Internet en:
<http://web.presidencia.gov.co/direc/2010/direc0126032010.pdf>

territorios indígenas, decisiones sobre enajenación de tierras o transferencia de derechos sobre las mismas, proyectos de desarrollo, incrementación y transformación de la malla vial en los territorios étnicos, y cuando se adopten decisiones legislativas o administrativas que puedan afectar a los grupos étnicos, entre otras que no se citan por no estar directamente relacionadas con los derechos al territorio de los pueblos indígenas.

Respecto a los mecanismos para el desarrollo de la consulta previa, la directiva presidencial pretende ofrecer pautas que lo faciliten, comprendiendo que, si bien se trata de un derecho fundamental de los pueblos indígenas, no por ello puede convertirse en su instrumento para trabar o entorpecer el desarrollo de los proyectos. Sobre el procedimiento, la directiva dispone:

“El proceso de consulta siempre deberá contener las siguientes fases: a) Preconsulta²⁸, b) Apertura del proceso, c) Talleres de identificación de impactos y definición de medidas de manejo, d) Pre- Acuerdos, e) Reunión de Protocolización, f) Sistematización y seguimiento al cumplimiento de los acuerdos, g) Cierre del proceso de consulta previa. Estas fases se entenderán como un protocolo sugerido por el Grupo de Consulta Previa, y su aplicación estará supeditada a los acuerdos establecidos por la comunidad en consulta y el interesado”.

Por último, la Directiva Presidencial aborda el tema del manejo de los impactos, y al efecto señala reglas dirigidas a todos los actores del proceso de consulta previa. Estas reglas se relacionan con la contratación de personal, la destinación de los recursos económicos para el fortalecimiento de los grupos étnicos, sus territorios y sus formas de vida, el apoyo a los procesos colectivos para la adquisición de bienes o servicios, y, la identificación de las medidas que serán objeto de seguimiento.

Ante lo anterior, cabe decir que el Gobierno Nacional manifiesta su compromiso con el respeto del derecho de las comunidades indígenas a ser consultados, y con la necesidad de dar aplicación estricta a las disposiciones internacionales sobre la materia. Como se puede ver con una revisión detallada de la directiva, gran parte de su contenido no está consagrado en forma normativa, es decir, se pretende imponer obligaciones adicionales a las establecidas por las normas vigentes que rigen la materia, y exigir que dichos parámetros sean de carácter obligatorio.

28 Esta figura de la preconsulta se define en la sentencia de la Corte Constitucional C-461 DE 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, y busca esencialmente que el procedimiento de consulta no se reduzca a un acto informativo o de notificación de la medida a adoptar, y que se reconozcan las prácticas tradicionales de los pueblos indígenas, las cuales podrían desconocerse si se implementan mecanismos de consulta determinado sin haberse consensuado con las comunidades, lo cual es contrario al mandato constitucional de la preservación de la diversidad étnica y cultural.

3. LA LICENCIA AMBIENTAL EN EL MARCO DE LA LEY 99 DE 1993 Y SU DECRETO REGLAMENTARIO 2820 DE 2010.

3.1 CONCEPTO Y ALCANCE DE LA LICENCIA AMBIENTAL

La Licencia ambiental, es la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de un proyecto, obra o actividad, que de acuerdo con la ley y los reglamentos pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente, o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje; la cual sujeta al beneficiario de esta, al cumplimiento de los requisitos, términos, condiciones y obligaciones que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación, y manejo de los efectos ambientales del proyecto, obra o actividad autorizada, las cuales ser otorgadas por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Las Corporaciones Autónomas Regionales

3.1.1 De la solicitud de Licencia Ambiental y sus requisitos: El interesado en obtener licencia ambiental deberá radicar ante la Autoridad Ambiental Competente el estudio de impacto ambiental, y anexar la siguiente documentación:

- Formulario único de licencia ambiental.
- Plano de localización del proyecto, obra o actividad, con base en la cartografía del IGAC – Instituto Geográfico Agustín Codazzi.
- Costo estimado de inversión y operación del proyecto.
- Poder debidamente otorgado cuando se actué por medio de apoderado.
- Constancia de pago para la prestación del servicio de evaluación de licencia ambiental.
- Documento de identificación, o certificado de existencia y representación legal, en caso de personas jurídicas.
- Certificado del Ministerio del Interior, o Justicia, sobre presencia de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto.
- Certificado del INCODER sobre la existencia o no de territorios legalmente titulados a resguardos indígenas o títulos colectivos pertenecientes a comunidades afro colombianas, en el área de influencia del proyecto.
- Copia de la radicación ante el Instituto Colombiano de Arqueología e Historia – ICANH en los casos en que sea exija.

Parágrafo Uno. Los interesados en la ejecución de proyectos mineros deberán allegar copia del título minero y/o el contrato de concesión minera debidamente otorgado e inscrito en el registro minero nacional.

3.1.2 Evaluación del Estudio de Impacto Ambiental: Una vez realizada la solicitud de licencia ambiental se surtirá el siguiente procedimiento:

- A partir de la fecha de radicación del estudio del impacto ambiental, con el lleno de los requisitos establecidos, la autoridad ambiental contará con cinco días hábiles para expedir el auto de inicio del trámite de licencia ambiental, el cual deberá publicarse en los términos del artículo 71 de la Ley 99 de 1993.
- Ejecutoriado el acto de inicio, dentro de los quince días hábiles siguientes la Autoridad Ambiental, solicitará a otras autoridades o entidades los conceptos técnicos o informaciones pertinentes.
- Recibida la información en un plazo no superior a veinte días hábiles o vencido el término, la autoridad ambiental podrá solicitar al interesado dentro de los veinte días hábiles siguientes, la información adicional que estime pertinente.
- Allegada la información por parte del interesado la autoridad ambiental en un término de cinco días hábiles expedirá el auto que declara reunida toda la información requerida para decidir.
- La autoridad ambiental competente decidirá la viabilidad del proyecto, obra o actividad en un término no mayor a veinticinco días hábiles, la que será publicada conforme al artículo 71 de la Ley 99 de 1993.
- Contra la resolución por la cual se otorga o se niega la licencia ambiental, procede el recurso de reposición ante la misma autoridad ambiental que profirió el auto.

3.1.3 Contenido de la Licencia Ambiental: El acto administrativo en virtud del cual se otorga una licencia ambiental, contendrá:

- La identificación de la persona natural o jurídica, pública o privada, a quien se autoriza la ejecución o desarrollo de un proyecto, obra o actividad, indicando el nombre o razón social, documento de identidad o domicilio.
- El objeto general y localización del proyecto, obra o actividad.
- Un resumen de las consideraciones y motivaciones de orden ambiental que han sido tenidas en cuenta para el otorgamiento de la licencia ambiental.
- Lista de las diferentes actividades u obras que se autorizan con la licencia ambiental.
- Los recursos naturales renovables que se autoriza utilizar, aprovechar y/o afectar, así mismo las condiciones, prohibiciones, y requisitos de su uso.
- Los requisitos, condiciones, y obligaciones adicionales al Plan de Manejo Ambiental presentado que debe cumplir el beneficiario de la licencia ambiental durante la construcción, operación, mantenimiento, desmantelamiento, y abandono y/o terminación de proyecto, obra o actividad.
- La obligatoriedad de publicar el acto administrativo conforme al artículo 71 de la Ley 99 de 1993.
- Las demás que estime la Autoridad Ambiental Competente.

3.2 COMPETENCIA DE LAS CORPORACIONES AUTONOMAS REGIONALES

3.2.1 Naturaleza Jurídica: Las Corporaciones Autónomas Regionales son entes corporativos de carácter público, creados por la ley, integrados por las entidades territoriales que por sus características constituyen geográficamente un mismo ecosistema o conformación una unidad geopolítica, biogeográfica, o hidrogeográfica, dotados de autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio y personería jurídica, encargados por la ley de administrar dentro del área de su jurisdicción el medio ambiente y los recursos naturales renovables y propender por su desarrollo sostenible, de conformidad con las disposiciones legales y las políticas del Ministerio del Medio Ambiente.

3.2.2 Funciones de las Corporaciones Autónomas Regionales:

- Ejecutar las políticas, planes, y programas nacionales en materia ambiental definidos por el Plan Nacional de Desarrollo o por el Ministerio del Medio Ambiente.
- Ejercer la función de máxima autoridad ambiental en el área de su jurisdicción, de acuerdo con las normas de carácter superior y conforme a los criterios y directrices trazadas por el Ministerio del Medio Ambiente.
- Promover y desarrollar la participación comunitaria en actividades y programas de protección ambiental, de desarrollo sostenible y de manejo adecuado de los recursos naturales renovables.
- Participar con los demás organismos y entes competentes en el ámbito de su jurisdicción en los procesos de planificación y ordenamiento territorial a fin de que el factor ambiental sea tenido en cuenta con las decisiones que se adopten.
- Otorgar concesiones, permisos, autorizaciones, y licencias ambientales requeridas por la ley para el uso, aprovechamiento, o movilización de recursos naturales renovables o para el desarrollo de actividades que afecten o que puedan afectar el medio ambiente.
- Ejercer las funciones de evaluación, control, y seguimiento ambiental de las actividades de exploración, explotación, beneficio, transporte, uso, y depósito de los recursos naturales. Esta función comprende la expedición de la licencia ambiental.
- Recaudar, conforme a la ley, las contribuciones, tasas, derechos, tarifas y multas por concepto del uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables.
- Ejercer el control de la movilización, procesamiento, y comercialización de los recursos naturales renovables.

4. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 15 del Convenio 169 OIT, en el que se establece que los gobiernos deberán establecer procedimientos con miras a consultar a los pueblos indígenas antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras, sobre los proyectos a emprenderse, con el fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, de manera que los pueblos interesados puedan participar siempre de los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como consecuencia de las mismas.

Uno de los factores más importantes para la explotación de recursos naturales es precisamente el respeto de los valores y derechos de los pueblos indígenas, esencialmente su participación en lo relacionado con esta materia, al menos este es el propósito de la Constitución de 1991, cuando estableció entre los mecanismos de la participación de las comunidades indígenas a la consulta previa, determinando que La explotación de recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas.

La interpretación que se realiza al interior del presente estudio del marco legal que regula el tema de la consulta previa, compromete enormemente al Estado Colombiano, pues no sólo demuestra una negligencia en materia legislativa, por los vacíos, alcances y limitaciones de las normas que regulan el tema, sino adicionalmente, una falta de compromiso por parte de las autoridades administrativas competentes, que además de evadir los compromisos internacionales que por vía de convenio ha adquirido Colombia respecto de los derechos indígenas, ni siquiera cumplen con las escasas y limitadas existentes en el ordenamiento Jurídico Colombiano.

Evidentemente, la jurisprudencia ha constituido un criterio amplificador del derecho a la consulta previa como garantía de los pueblos indígenas, porque en este campo se ha considerado con acierto la integración que el Derecho Internacional, debe tener con nuestro Ordenamiento Jurídico, de manera que se considere el deber de consulta del Convenio 169 de la OIT como una expresión de un derecho fundamental de participación, vinculado en este caso específico al también fundamental derecho a la integridad cultural, social y económica de los pueblos indígenas.

De este modo, y como si no fuera suficiente la escasa, ambigua y limitada regulación sobre el tema de la consulta previa, la ineficacia en la aplicación de las mismas resulta una realidad demostrada en este país, al punto que ha dejado de importar a las autoridades competentes, que la omisión de la consulta previa en aquellos casos en los que la misma resulte imperativa a la luz del convenio, tenga

consecuencias inmediatas en el ordenamiento interno, toda vez que este derecho como lo ha reiterado la jurisprudencia, es susceptible del amparo constitucional, vía a través de la cual las comunidades indígenas pueden obtener que no se hagan efectivas las medidas sin haber sido previa y debidamente consultadas, a fin de que disponga en el respectivo fallo la adecuada realización de las consultas que sean necesarias.

No obstante a lo anterior, debe aclararse que la dificultad más grande no la constituye la normatividad existente sobre el tema, pues de qué sirve que la Carta Política propugne por un modelo de Estado que se reconoce como culturalmente heterogéneo y que, por ende, está interesado en la preservación de esas comunidades diferenciadas, a través de la implementación de las herramientas jurídicas que garanticen su identidad como minoría étnica y cultural, organizadas y reguladas mediante sus prácticas tradicionales, si el manejo de dichas herramientas por parte de las autoridades de los resguardos es absolutamente nulo debido a la falta de conocimiento al respecto, a lo anterior, para concluir que la mayor labor que deberá emprender el Estado colombiano no sólo corresponde en avanzar en un proyecto de Ley que responda a las expectativas de esta población en el tema de la consulta previa, sino en la comunicación, interrelación y retroalimentación que las comunidades indígenas exijan en el proceso de implementación de las políticas de Estado que les afecte.

Se puede afirmar que hay una gran responsabilidad por parte de la Autoridad Ambiental para que esa ley se cumpla en beneficio de los pueblos indígenas.

BIBLIOGRAFÍA

BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Editorial Temis, Bogotá. 1994. 269 p.

CASTILLO DAUDÍ, Mireya. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ed: Tirant Lo Blanch. 2ª Edición. Valencia 2006. 422 p.

COLOMBIA, MINISTERIO DEL INTERIOR, Decreto 1397 de 1996

_____, Decreto 1320 de 1998

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 21 de 1991

_____, Ley 99 De 1993

COLOMBIA, MINISTERIO DE AMBIENTE , VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL, Decreto 2820 de 2010.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-188 de 1993. M P Eduardo Cifuentes Muñoz

_____, Sentencia SU- 039 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell

_____, Sentencia C- 191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

_____, Sentencia C-454 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz

_____, Sentencia C- 568 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz

_____, Sentencia T-1127 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería

_____, Sentencia SU- 083 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño

_____, Sentencia T-379 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

_____, Sentencia T- 382 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Reporte Mensual N° 67 Conflictos Sociales - Setiembre 2009*. Disponible en www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales-reportes.php, consultada el 23 de octubre de 2009.

GARCIA BECERRA, José Antonio. Teoría de los Derechos Humanos, Ed. Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 1991. Disponible en: www.bibliojuridica.org/libros/

LONDOÑO TORO, Beatriz. *Nuevos instrumentos de participación ambiental*. Consultoría Ambiental y Colectiva. Editorial Biblioteca Ambiental y Jurídica. 1998. p. 172

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Convenio 169

PACTO DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

RODRIGUEZ, Gloria Amparo. Artículo “*La consulta previa a pueblos indígenas*”. EN: Comunidades étnicas en Colombia. Cultura y jurisprudencia. Universidad del Rosario. Bogotá. 2005. Disponible en <http://www.semillas.org.co/sitio.shtml?apc=e1b-20156068-20156068&x=20156105>