

# **La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia\*\***

## **Prior Consultation as a Mandatory Requirement within Administrative Content Can Directly Affect Indigenous and Tribal Communities in Colombia**

### SUMARIO

Introducción. I. El Convenio 169 de la OIT y la consulta previa como derecho fundamental. II. Sobre el derecho al veto en la consulta previa. III. El consentimiento previo, libre e informado. IV. Las sentencias SU-039-97, S-673-97 y T-769-09: “choque de trenes” y desconcierto. V. Los terceros intervinientes en el proceso administrativo de licenciamiento ambiental. VI. Las providencias ulteriores: la necesidad de una sentencia de unificación. Exhortación de regulación de la consulta previa por parte de la Corte Constitucional. VII. La administración pública y la Directiva Presidencial 01 del 2010

### RESUMEN

El presente artículo pone de presente las oscilaciones que la Corte Constitucional de Colombia ha tenido en torno del derecho de la consulta previa, dando cuenta de los alcances y vicisitudes de la manera como se ha interpretado el Convenio 169 de la OIT ratificado por Colombia en la Ley 21 de

\* Abogado por la Universidad Nacional de Colombia; becario de la misma universidad; especialista en derecho administrativo y penal, actualmente adelanta estudios de doctorado en derecho; ha sido consultor del Ministerio del Interior y de Justicia para la consulta previa a grupos étnicos [consultaprevia@colombia.com].

\*\* Recibido 15 de junio del 2011. Aprobado el 27 de septiembre del 2011.

El presente artículo constituye un apartado de una investigación académica de mayor alcance.

1991 y cómo este derecho, dada la omisión legislativa al respecto, ha sido de construcción pretoriana, que no obstante sus vaivenes ha contribuido a darle cuerpo a la consulta previa, por lo que, teniendo en cuenta la enorme variedad de medidas administrativas, susceptibles de ser consultadas, se hace énfasis en el otorgamiento de licencias ambientales, en el marco de la democracia participativa colombiana, constituyendo un tema poco pacífico de la antropología jurídica en Colombia y otros países de la región, pues hay una aparente pugna entre los derechos de las minorías y el derecho ambiental con el desarrollo industrial que concierne a la generalidad de los asociados.

#### PALABRAS CLAVE

Consulta previa, Convenio 169 de la OIT, pueblos étnicos, licencia ambiental

#### ABSTRACT

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

#### KEY WORDS

Previous consultation, Convention 169 ILO, ethnic people, environmental license

#### INTRODUCCIÓN

Este ensayo se produce para hacer una disquisición sobre las actuaciones de terceros en la expedición de actos administrativos particulares; para ello se adelanta un análisis de las sentencias de la Corte Constitucional y la S-673

de 1997 del Consejo de Estado –caso de la licencia ambiental concedida por el Ministerio del Medio Ambiente a Occidental de Colombia Inc. en los años noventa para adelantar la exploración sísmica del bloque petrolero Samoré y que generó posiciones opuestas por las salas plenas de la Corte y el Consejo de Estado, como se ve en las sentencias SU-039 y S-673 de 1997, respectivamente–, por lo que se analizan algunos casos sobre licencias ambientales en exploración petrolera y minera. Para ello es necesario explicar, en primer lugar, qué es la consulta previa a pueblos indígenas y tribales y el alcance que le ha dado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, teniendo en cuenta que la licencia ambiental otorgada por el Ministerio de Ambiente mediante la Resolución 110, del 3 de febrero de 1995, era necesaria para efectuar una exploración sísmica, mientras que en el caso del Bloque Minero Mandé Norte, tratado en la Sentencia T-769 del 2009, no se requería licencia ambiental para la exploración, sino solo en la fase de explotación, conforme a lo ordenado en el Decreto 1220 del 2005, vigente para este último caso; luego se hará referencia a dos casos más, tratando de poner en evidencia la falta de un criterio unificado dentro de la Corte Constitucional.

#### I. EL CONVENIO 169 DE LA OIT Y LA CONSULTA PREVIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Uno de los puntos vertebrales del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), aprobado y adoptado en la legislación interna mediante la Ley 21 de 1991, es la necesidad de realizar consulta previa a los grupos étnicos, cuando se fueren a realizar obras o actividades en sus territorios, con el fin de buscar una concertación que permita el desarrollo de la obra o actividad sin menoscabo de su integridad étnica y cultural. Este derecho tiene carácter de fundamental dado que el mencionado convenio hace parte del bloque de constitucionalidad, y así lo ha determinado la Corte Constitucional en sus diferentes pronunciamientos<sup>1</sup>.

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

1 Cfr. sentencias SU-039 del 1997, SU-383 del 2003, C-030 de 2008, C-461 del 2008 y C-615 del 2009, entre otras.

El derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas puede verse desde dos ámbitos: como un derecho procesal que presupone un requisito de procedibilidad previo a la realización de cualquier tipo de acto que pueda incidir en el territorio indígena o que los pueda afectar en su identidad cultural y étnica, o como un derecho sustantivo, por medio del cual los pueblos indígenas puedan tener acceso a la participación informada de su desarrollo y a las interferencias que podrían afectarles negativa o positivamente<sup>2</sup>, es decir, incluso en aquellos casos en los cuales se pudiese creer que la medida le resulta conveniente a los integrantes de la minoría étnica<sup>3</sup>.

En la actualidad no existe en el caso colombiano una ley de consulta previa, tan solo en 1998 se expide el Decreto 1320 que reglamenta la consulta previa en materia de explotación de recursos naturales en territorios étnicos; ante el Consejo de Estado se instauró una acción de nulidad en contra del decreto arguyendo que este fue expedido sin surtir el debido proceso de consulta previa con las comunidades étnicas afectadas por esta reglamentación; sin embargo, el Consejo de Estado lo encontró ajustado a la *norma normarum*<sup>4</sup>, anulando tan solo la expresión “y por el término máximo de 24 horas”, contenida en el artículo 13, literal d, del decreto, por encontrarlo violatorio del artículo 2.º superior. No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha ordenado su inaplicación<sup>5</sup> en algunas oportunidades por considerarlo abiertamente violatorio de la Constitución<sup>6</sup>; se puede decir que el Ministerio del Interior en cabeza del Grupo de Consulta Previa<sup>7</sup> venía desarrollado y ajustando su acción para poder garantizar este derecho fundamental a partir de la jurisprudencia actual<sup>8</sup>.

A propósito del Decreto 1320 antes mencionado, aunque –como se acaba de ver– hay cosa juzgada respecto de su constitucionalidad, vale anotar que, por tratarse de un derecho fundamental, lo correcto era haber expedido una ley estatutaria al respecto y no un decreto reglamentario, conforme lo ordena

2 V. RODRÍGUEZ RESCIA, en *La consulta previa a pueblos indígenas y tribales*, Bogotá, Ministerio del Interior y de Justicia, 2008, p. 21.

3 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-615 del 2009.

4 CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN PRIMERA. Radicación número 5091, del 20 de mayo de 1999.

5 Huelga decir que la figura de la inaplicación por inconstitucionalidad, también denominada “excepción de inconstitucionalidad”, en virtud de la supremacía constitucional, no saca a la norma del ordenamiento jurídico, pues su efecto es *inter partes*, es decir, tan solo para el caso concreto que se discute, por lo que la norma sigue vigente. Cfr. Sentencia C-037 de 1996, entre otras.

6 Cfr. sentencias T-652 de 1998 y T-880 del 2006.

7 El Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia se crea el 4 de diciembre del 2008 con la Resolución 3598.

8 Decimos *venía*, porque actualmente se está anteponiendo una directiva presidencial a la doctrina constitucional. Cfr. nota al pie 48, de este escrito.

el artículo 152 constitucional, lo cual ha sido considerado un caso modélico de elusión del control constitucional<sup>9</sup>.

Una de las modalidades de consulta previa en actividades administrativas es la que se realiza en la erradicación de cultivos de uso ilícito. En ese tema, la sentencia de la Corte Constitucional SU-383 del 2003<sup>10</sup> protegió los derechos a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la participación y al libre desarrollo de la personalidad de los pueblos indígenas y tribales de la Amazonia colombiana, donde se ampararon dichos derechos fundamentales teniendo en cuenta sus singulares características<sup>11</sup> –toda vez que el artículo 7.º de la norma de normas establece que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana– y argumentos como los esgrimidos por el Instituto Indigenista Interamericano, organismo especializado del sistema interamericano –entre otros–, al expresar:

[...] podemos concluir que, aunque las sustancias activas de la coca (principalmente la cocaína) tienen ante todo una acción antifatigante y productiva de placer, el hábito de consumo en su forma tradicional no corresponde a la satisfacción de una necesidad biológica, sino que está enraizada en ancestrales y profundas consideraciones culturales, por lo que esta costumbre, como el consumo del tabaco y del alcohol en otras culturas, debe ser enfocada no como un problema biológico sino como un complejo cultural que forma parte del núcleo social indígena y que asume el carácter de un símbolo de identidad étnica<sup>12</sup>.

Por otra parte, la Corte, al expresar:

[...] debe la Corte nuevamente referirse a la necesidad de que las entidades accionadas adelanten la consulta, para poder establecer en qué medida los pueblos indígenas y tribales de la amazonía [sic] colombiana tienen derecho a mantener sus plantaciones, y con que alcance sus autoridades o las autoridades nacionales, según el caso, pueden reprimir el delito de plantaciones ilícitas, dentro de un ámbito territorial determinado [...]

9 Así por ejemplo, MANUEL FERNANDO QUINCHE RAMÍREZ en la segunda edición su libro *La elusión constitucional. Una política de evasión del control constitucional en Colombia* (Bogotá, Universidad del Rosario, Colección Textos de Jurisprudencia, 2009) (cfr. pp. 222-227).

10 Corte Constitucional.

11 Condiciones que distinguen a los pueblos de la Amazonia colombiana de otros sectores de la colectividad nacional, consideración 5.1 de la Sentencia SU-383 de 2003.

12 INSTITUTO INDIGENISTA INTERAMERICANO. *Informe sobre la coca y sus efectos en Bolivia*, México, mimeo, 1986, citado por ALEJANDRO CAMINO: “Coca: del uso tradicional al narcotráfico”, en DIEGO GARCÍA SAYÁN (ed). *Coca, cocaína y narcotráfico, laberinto en los Andes*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1989, p. 93, citado en la Sentencia SU-383 del 2003.

prescribe que en la consulta se debe establecer la modalidad de la erradicación (manual o por aspersión aérea), así como las zonas excluidas de la erradicación<sup>13</sup>.

Por ello, lo protegido en la precitada providencia es la costumbre ancestral e inveterada del consumo tradicional de la hoja de coca por razones religiosas y medicinales inherentes a su particular cosmovisión, que en Colombia se predica de los pueblos indígenas amazónicos y los de la Sierra Nevada de Santa Marta, mas no de todos los grupos minoritarios étnicos por el solo hecho de serlo, pues se estaría distorsionando lo amparado por el juez constitucional, dado que habría una disanalogía fáctica<sup>14</sup>, toda vez que el precedente constitucional es vinculante, siempre y cuando haya patrones fácticos replicables, a los cuales están atadas las subreglas constitucionales.

## II. SOBRE EL DERECHO AL VETO<sup>15</sup> EN LA CONSULTA PREVIA

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

[...] *Pregunta: ¿El artículo 7 implica que los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho a vetar las políticas de desarrollo?*

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

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

14 Para ilustrar el tema del análisis estático del precedente judicial y técnicas legítimas de interpretación jurisprudencial, véase "Argumentos legítimos: la disanalogía entre caso nuevo y precedente aparentemente aplicable". D. E. LÓPEZ MEDINA. *El derecho de los jueces. Obligatividad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, 2.<sup>a</sup> edición, Bogotá, Legis, 2006, p. 213.

15 Según el diccionario de la Real Academia Española, *veto* significa "1. m. Derecho que tiene una persona o corporación para vedar o impedir algo. U. principalmente para significar el atribuido según las Constituciones al jefe del Estado o a la segunda Cámara, respecto de las leyes votadas por la elección popular. 2. m. Acción y efecto de vedar". [[http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=veto](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=veto)], consultado el 4 de mayo del 2011.

El artículo 7 exige a los gobiernos realizar verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones. Lo anterior significa que los gobiernos tienen la obligación de crear las condiciones que permitan a estos pueblos contribuir activa y eficazmente en el proceso de desarrollo. En algunos casos, esto puede traducirse en acciones dirigidas a ayudar a los referidos pueblos a adquirir el conocimiento y las capacidades necesarias para comprender y decidir sobre las opciones de desarrollo existentes...<sup>16</sup>

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

[...] Con todo, conviene observar que el ejercicio de la participación ciudadana goza de un margen de discrecionalidad que toca incluso con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo cual, *cuando quiera que por decisión propia, aún por imprudencia, desidia o conducta dilatoria de los interlocutores particulares se frustrate la posibilidad de algún grado de concentración pluralista, y siempre que las autoridades estatales hayan cumplido por su parte en la forma y tiempo debidos, no quedará otro remedio más viable que el de reconocer el fracaso de las oportunidades dadas por el Estado a las personas en un caso concreto*, siendo al efecto necesario admitir las consecuencias que se puedan derivar del vencimiento de los términos no aprovechados por los particulares pues, dado que las tareas y fines del Estado no pueden someterse a un *ad calendas graecas* natural o provocado las autoridades competentes deberán privilegiar el interés general adoptando las medidas conducentes a un genuino desarrollo de sus potestades políticas, legislativas, reglamentarias, ejecutivas y de control<sup>17</sup> [énfasis nuestro].

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

16 “Pueblos indígenas y tribales: guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT” disponible en [www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/conten.htm], consultado el 20 del julio de 2010.

17 Sentencia C-891 del 2002.

### III. EL CONSENTIMIENTO<sup>18</sup> PREVIO, LIBRE E INFORMADO

Consideramos importante distinguir la consulta previa, libre e informada del consentimiento previo, libre e informado; la primera institución fue establecida mediante el Convenio 169 de la OIT, aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, mientras que la segunda institución surge de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>19</sup>, en el marco de la 61.<sup>a</sup> sesión de la Asamblea de la Naciones Unidas<sup>20</sup>. Dicha manifestación, como declaración que es, no es un instrumento jurídicamente vinculante, por tanto no está sujeto a firmas ni posteriores ratificaciones por parte de los estados; hubo explicaciones por parte de Australia, Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda para votar en contra de la Declaración, principalmente en relación con el consentimiento previo, libre e informado, mientras que once países se abstuvieron de votar, entre los que se cuenta a Colombia<sup>21</sup>, ofreciendo varios motivos para ello, tales como consentimiento previo, libre e informado, la prevalencia del interés de todos los colombianos en materia de explotación de recursos naturales y propiedad del subsuelo, así como las operaciones de la Fuerza Pública en territorios indígenas, toda vez que ningún rincón del país puede estar vedado a la ella, para cumplir su misión constitucional de garantizar la vida, la honra y los bienes de los habitantes en todo el territorio nacional, amén de su extensa legislación a favor de los pueblos indígenas y tribales, insistiendo en que la Declaración no era jurídicamente vinculante para el Estado<sup>22</sup>.

Valga agregar que “La resolución finalmente adoptada se refiere a la promoción de la Declaración ‘*where applicable*’ (‘*s’il y a lieu*’ o ‘cuando sea aplicable’, en la traducción más geográficamente descafeinada de la versiones francesa y castellana). La lógica es la misma de las declaraciones que siguieron a la adopción de la Declaración en Nueva York: la Declaración sólo es válida, es más, sólo puede ser ‘implementada’, en aquellos estados que votaron a favor del texto en su momento de la adopción”<sup>23</sup>.

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

19 Disponible en [[www.un.org/esa/socdev/unpfii/es/drip.html](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/es/drip.html)], consultado el 3 de mayo del 2011.

20 Las resoluciones aprobadas por la Asamblea General durante el 61.<sup>er</sup> período de sesiones se pueden consultar en [[www.un.org/Depts/dhl/resguide/r61sp.htm](http://www.un.org/Depts/dhl/resguide/r61sp.htm)].

21 Cfr. [[www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-2664651](http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-2664651)].

22 Naciones Unidas, Asamblea general, documento A/61/PV.107, páginas 18 y ss.; disponible en [<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NO7/504/32/PDF/NO750432.pdf?OpenElement>].

23 L. RODRÍGUEZ-PIÑERO. “La ‘implementación’ de la Declaración: las implicaciones del artículo 42”, en *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Hacia un mundo intercultural y sostenible*, Madrid, Catarata, 2009, p. 67.

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

1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.
2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

#### IV. LAS SENTENCIAS SU-039-97, S-673-97 Y T-769-09: “CHOQUE DE TRENES” Y DESCONCIERTO

En las dos primeras sentencias hay una evidente discrepancia en torno del alcance de la consulta previa, pues en la sentencia de Sala Plena SU-039<sup>24</sup> se dijo:

[...]

4. La acción de tutela y las acciones contencioso administrativa [sic] y la suspensión provisional del acto administrativo.

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

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

24 Sentencia de unificación; individualismo posesivo.

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

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

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

La idea central que se debe tener presente es que las diferentes jurisdicciones, dentro de sus respectivas competencias, concurran a la realización del postulado constitucional de la efectivización, eficacia y vigencia de los derechos constitucionales fundamentales. Por lo tanto, la posibilidad de decretar la suspensión provisional de los actos administrativos por violación de los derechos constitucionales fundamentales, independientemente de que ésta sea manifiesta o no, indudablemente, puede contribuir a un reforzamiento en los mecanismos de protección de los referidos derechos.

*Contrario sensu*, el Consejo de Estado afirmó en la Sentencia S-673-97:

[...] Como no aparece que al momento de expedirse el acto acusado (3 de febrero de 1995) las normas legales mencionadas hubieran sido reglamentadas en los aspectos precisos indicados, los conceptos de “consulta previa”, “procedimientos adecuados”, “buena fe” y “finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”, deben entenderse en “su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras”, como lo ordena el artículo 28 del Código Civil. En este sentido, la Sala observa principalmente que la “finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” no puede entenderse, como lo pretende el actor, como la exigencia absoluta de ese acuerdo o consentimiento, pues como lo expresó la Sección Primera de esta Corporación en el auto admisorio de la demanda, en sustento de su decisión denegatoria de la solicitud de suspensión provisional del acto acusado y lo prohija [sic] la Sala en esta oportunidad, “... no sólo porque de la misma disposición (artículo 6o. de la Ley 21 de 1991) puede inferirse... que

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

En la Sentencia T-769 del 2009, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional profirió un amparo que causa incertidumbre, por cuanto establece un procedimiento *ad hoc* en la consulta previa, sin ordenar la inaplicación del Decreto 1320, como lo hiciera en ocasiones anteriores<sup>25</sup>, pues, como se ha dicho, se encuentra vigente, y de contera habla de un consentimiento previo, libre e informado, sin aclarar si esto consagra un derecho al veto; como se vio, el consentimiento previo, libre e informado en el Convenio 169 es restrictivo y excepcional (sólo cuando se necesite reubicar a la comunidad), y si dicho consentimiento no es posible, aún así ello no constituye un veto; al parecer, la Corte confunde la consulta previa con el consentimiento previo; por otra parte, establece la obtención de licencia ambiental como requisito para la fase de exploración minera, pues el artículo 8.º del Decreto 1220 del 2005<sup>26</sup> señala claramente que se requiere licencia ambiental para la etapa de explotación minera y no para la etapa de exploración; valga aclarar que la licencia ambiental se requiere en algunas actividades de exploración de hidrocarburos, mas no en la de minería.

Así mismo, el artículo 205 de la Ley 685 (Código de Minas) reza:

Licencia ambiental. Con base en el Estudio de Impacto Ambiental la autoridad competente otorgará o no la Licencia Ambiental para la construcción, el montaje, *la explotación objeto del contrato* y el beneficio y para las labores adicionales de exploración durante la etapa de explotación. Dicha autoridad podrá fundamentar su decisión en el concepto que al Estudio de Impacto Ambiental hubiere dado un auditor externo en la forma prevista en el artículo 216 de este Código [énfasis nuestro].

25 Cfr. sentencias T-652 de 1998 y T-880 de 2006, precitadas.

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

Por lo anterior, se estarían inaplicando de facto los decretos 1320 de 1998, 1220 del 2005 y la Ley 685, al cambiar la reglamentación de la expedición de licencias ambientales, violando de paso el artículo 84 de la Constitución. Hay que agregar que en esta decisión se acogieron criterios del caso “Saramaka vs. Surinam”<sup>27</sup>, lo cual resulta extraño, ya que la situación tanto fáctica como jurídica de Surinam no es equiparable a la de Colombia, pues Surinam no había brindado el derecho a la propiedad de dominio colectivo, violando el artículo 21 de la Convención Americana; *contrario sensu*, Colombia sí consagra tal derecho, y ha tenido entidades tales como el Incora<sup>28</sup>, cuyas funciones asumió el Incoder<sup>29</sup>. Por otra parte, el Estado de Surinam votó a favor de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>30</sup>, hecho que fue determinante en la decisión<sup>31</sup>.

#### V. LOS TERCEROS INTERVINIENTES EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO DE LICENCIAMIENTO AMBIENTAL

En el procedimiento administrativo establecido en el Decreto 01 de 1984 –actual Código Contencioso Administrativo– se indica la figura de los sujetos intervinientes en dicho procedimiento, clasificándolos así: activo, pasivo, terceros determinados e indeterminados, agente oficioso y el ministerio público; los terceros, además de poder ser determinados o indeterminados, se clasifican en necesarios y obligatorios; siendo imperativo convocar a éstos últimos, por mandato constitucional y legal<sup>32</sup>, se convierten en indispensables, pues sin ellos la actuación no se puede adelantar, y de haberse adelantado sin ellos, estaría viciada en su constitucionalidad y legalidad, tal es el caso de las comunidades indígenas y negras tribales<sup>33</sup>.

Sobre el particular de consulta previa en proyectos que afecten la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en los territorios de los pueblos indígenas y tribales, la Comisión de Expertos en la

27 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del 28 de noviembre del 2007.

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

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

30 NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL. Documento A/61/PV.107, pp. 21 y ss.

31 Cfr. acápite 131 de la sentencia, disponible en [[www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf)].

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

33 Para ilustrar el tema de los sujetos del procedimiento administrativo, véase “El procedimiento administrativo previo”. J. O. SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo*, 4.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 223 y 224.

Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) se ha pronunciado en varias observaciones individuales sobre el Convenio 169 respecto de México en 1999; Ecuador en el 2003; Bolivia en el 2003, el 2005 y el 2006; Guatemala en el 2006, el 2007 y el 2008; y Colombia en el 2007, principalmente en actividades de exploración y explotación petrolera, concesiones madereras, mineras y cultivos extensivos de palma aceitera y ganadería<sup>34</sup>.

#### VI. LAS PROVIDENCIAS ULTERIORES: LA NECESIDAD DE UNA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

Luego de la polémica Sentencia T-769 antes mencionada, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional profirió la reciente Sentencia T-547 del 2010<sup>35</sup>, amparando los derechos a la consulta previa y al debido proceso; atempera esta tendencia, en una posición mucho más morigerada, pues sobre la licencia ambiental expresó:

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

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

Como consecuencia de lo anterior, ordena suspender las obras y realizar una consulta previa en un término de noventa días hábiles, lo que contrasta con sentencias anteriores como la T-880, antes mencionada, donde, en forma bastante laxa e indeterminada en cuanto al tiempo, resolvió

34 Así lo señalan RODRÍGUEZ GARAVITO, MORRIS, ORDUZ y BURITICÁ en *La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*, Bogotá, Colección Justicia Global-Documentos-Universidad de los Andes, pp. 60 y 61.

35 Caso puerto multipropósito de Brisa.

[...] consultar a las autoridades indígenas los procedimientos y límites de espacio y tiempo que serán utilizados para adelantar las consultas definitivas, de buena fe, utilizando para el efecto métodos apropiados y con el fin de llegar a un acuerdo [...]

Igualmente indeterminada en cuanto al tiempo es la posterior Sentencia T-745 del 2010<sup>36</sup>; la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, amparando el derecho a la consulta previa, ordenó

[...] consultar a las comunidades afrocolombianas, a través de sus representantes, los procedimientos y límites de espacio y tiempo que serán utilizados para adelantar las consultas definitivas [...].

En el escenario de la consulta a medidas legislativas, en la Sentencia C-702 del 2010, en nuestra opinión, la Corte Constitucional amplió el alcance de la consulta previa, al considerarla procedente para el caso de las reformas constitucionales –pues las consideraciones vertidas por la Corte en anteriores fallos se refirieron a la actividad propiamente legislativa desplegada por el Congreso, mas no a la actividad constituyente de la que también es titular– al declarar inexecutable el inciso 8.º del artículo 2.º del Acto Legislativo 01 del 2009, “Por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia”, que decía:

Los Partidos y Movimientos Políticos [sic] que habiendo obtenido su Personería Jurídica [sic] como producto de la circunscripción especial de minorías étnicas podrán avalar candidatos sin más requisitos que su afiliación a dicho partido, con una antelación no inferior a un año respecto a la fecha de la inscripción.

Para ello, la Corte efectuó una interpretación *pro homine* de la expresión “medidas legislativas” utilizada en el artículo 6.º del Convenio, argumentando que los principios constitucionales implican un mandato de optimización, y concluye que

[...] la noción de “medidas legislativas” a que alude el artículo 6º del Convenio 169 es un concepto que incluye no solo las leyes en sentido formal, sino otras medidas normativas de carácter general, impersonal y abstracto de carácter no administrativo<sup>37</sup>, entre las cuales se incluye el concepto de Acto Legislativo a que se refiere la Constitución Política de Colombia.

36 Caso vía transversal de Barú.

37 El Convenio distingue entre medidas legislativas y medidas administrativas.

Por otra parte, la Corte agrega:

[...] si para la expedición de normas como las leyes, cuyo rango jerárquico en la escala normativa es menor que el de las disposiciones constitucionales, la jurisprudencia ha definido que se exige la realización de la consulta a las comunidades étnicas concernidas, *a fortiori ratione* dicha exigencia se aplica también para la expedición por el Congreso de los actos legislativos. La superioridad normativa jerárquica de estas disposiciones, su carácter condicionante de la validez jurídica de aquellas que las desarrollan y su mayor grado de abstracción y generalidad, hacen que tengan mayor potencialidad de afectar a las comunidades étnicas de todo el país, por lo cual su aprobación reclama con mayor urgencia la consulta previa.

Así las cosas, la Corte consideró la omisión de consulta previa un vicio procedimental del acto legislativo, por lo que dicho acto era enjuiciable en virtud del numeral 3 del artículo 242 superior; no obstante, ello es interesante y polémico, pues el Convenio ordena consultar medidas administrativas y legislativas, pero lo que se denomina *acto legislativo* en Colombia materialmente es un acto de tipo constitucional, y lo dicho en el último párrafo transcrito, que si se requiere consultar la expedición de una ley, con mayor razón habría que consultar un acto legislativo teniendo en cuenta su mayor grado de abstracción y generalidad, es algo que se podría condensar en la fórmula “el que puede lo menos puede lo más”, que contradice principios de la lógica.

Después, la Sala Sexta de revisión de la Corte Constitucional profirió la Sentencia T-1045A del 2010, en la que ordena a la Corporación Autónoma Regional del Cauca (CRC), por conducto de su representante legal o de quien haga sus veces, no dar efectividad a la licencia ambiental que se haya concedido o llegare a expedirse, en los términos de su Resolución 198 del 17 de junio del 2010<sup>38</sup>, hasta tanto se realice la consulta previa ordenada en dicho fallo. Como antecedentes fácticos, podemos decir que el titular de la licencia minera expedida por Ingeominas, luego de una visita de verificación efectuada por un delegado del Ministerio del Interior –distinto del autor de estas líneas–, solicitó a dicho servidor copia del informe de verificación, cuya redacción no era muy afortunada y se prestaba para muchas interpretaciones,

38 Mediante este acto administrativo, la CRC había efectuado un “requerimiento en el marco del procedimiento para la suspensión definitiva y/o revocatoria de una licencia ambiental”, donde ordenó: (1) requerir al señor Héctor Jesús Sarria “para que corrija el incumplimiento en el cual ha incurrido y en consecuencia se convoque y se lleve a cabo la obligatoria, constitucional y legal, *consulta previa* a que obliga el Decreto 1320 de 1998”; (2) suspender la licencia ambiental otorgada al señor Sarria, indicándose además que en caso de incumplimiento de la consulta previa se “proceda a revocar la licencia ambiental”.

y logró adjuntar copia de ella y obtener que los mineros, miembros de una comunidad afrodescendiente, fueran desalojados del área del título minero a él concedido por una presunta minería ilegal<sup>39</sup>, situación que tras el desalojo fue desvirtuada por los mineros, quienes solicitaron el derecho de prelación, consagrado en el artículo 133 del Código de Minas, alegando que ejercen la minería incluso desde antes de la vigencia de la Ley 685.

Mientras se terminaba el presente escrito, la Sala Quinta de revisión de la Corte Constitucional profirió un amparo: la Sentencia T-129 del 2011, donde se vuelve a hablar de consentimiento previo, libre e informado; no aclara si ello constituye un veto, al afirmar:

[...] En este punto, la Corte resalta la necesidad de que la discusión no sea plantada en términos de quién veta a quién, sino ante todo se trata de un espacio de disertación entre iguales en medio de las diferencias [...]

Respetuosamente discrepamos de la anterior afirmación, pues es necesario e ineludible dilucidar el asunto y realizar un acotamiento de este diálogo intercultural, no soslayar el punto, como se hizo, dejando la cuestión irresoluta<sup>40</sup>, pues la Sala cita nuevamente el caso “Saramaka vs. Surinam” y algunos artículos del Convenio 169 en los que se utiliza el vocablo *consentimiento*, pero su teleología y alcance son muy diferentes de los instaurados en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, lo que además deviene en una incoherencia semántica y hermenéutica, por lo que es pertinente traer a colación lo proferido por la Sala Plena de ese alto tribunal cuando en una ocasión anterior expresó:

[...] *la búsqueda de integridad y coherencia tiene una enorme importancia en el razonamiento jurídico*, tal y como lo han destacado numerosos sectores de la doctrina jurídica contemporánea, pues favorecen la seguridad jurídica y fortalecen la legitimidad de la actividad judicial, en la medida en que aseguran una mayor

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

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

imparcialidad en las decisiones de los jueces. En tales condiciones, es razonable suponer que en general *es preferible aquella interpretación que logra satisfacer todos los criterios hermenéuticos* suscitados en un debate jurídico, de tal manera que esos distintos puntos de vista se refuercen mutuamente y en cierta medida comprueben recíprocamente su validez, por medio de una suerte de “equilibrio reflexivo” o “coherencia dinámica”. Por el contrario, las argumentaciones jurídicas que mantienen las tensiones y contradicciones entre esos criterios hermenéuticos son más cuestionables.<sup>41</sup>

Por otra parte, la Sentencia T-129 además ordena *–inter alia–* al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y a Codechocó abstenerse de otorgar o revocar, si fuere del caso, la licencia ambiental que hubiere, hasta que se elabore previamente un programa de arqueología preventiva, que debe presentarse al Instituto Colombiano de Antropología e Historia, en los términos del artículo 7.1 de la Ley 1185.

En el escenario constitucional de la consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales se observa una bipolaridad en las decisiones de la Corte Constitucional –que, en nuestra opinión, exceden una sombra decisional<sup>42</sup> aceptable–, pues aunque ha habido sentencias de unificación como la 039 de 1997 y la 383 del 2003, se advierte la necesidad de una sentencia de Sala Plena que unifique criterios en cuanto a si se debe limitar temporalmente la consulta y si el acto administrativo es una decisión unilateral, como lo señala la teoría clásica del acto administrativo, o si serían actos administrativos bilaterales<sup>43</sup>, teniendo en cuenta lo dicho en la Sentencia T-769 del 2009 y ahora en la T-129 del 2011 en cuanto al consentimiento previo, libre e informado de las comunidades étnicas, por cuanto en ese punto actualmente hay incertidumbre jurídica, máxime cuando se avecina la vigencia de la Ley 1437<sup>44</sup>, que en sus artículos 10 y 102 establece el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia; si bien es cierto que se refiere a la jurisprudencia del Consejo de Estado, actualmente cursan en la Corte Constitucional demandas<sup>45</sup> que buscan subsidiariamente la exequibilidad condicionada, por lo que próximamente una sentencia interpretativa

41 Sentencia C-1260 de 2001.

42 Sobre el tema del análisis dinámico de precedentes judiciales, véase LÓPEZ MEDINA. *La línea jurisprudencial: análisis dinámico de precedentes* (s. d.), pp. 139-156.

43 Para ilustrar el tema de los actos administrativos bilaterales, véase CARLOS A. SÁNCHEZ TORRES. *Acto administrativo. Teoría general*, 2.<sup>a</sup> ed., Bogotá, Legis, 2004, p. 241.

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

45 Expedientes D-8413 y D-8473.

de Sala Plena podría ordenar la aplicación uniforme de la jurisprudencia de las altas cortes, teniendo en cuenta dicha omisión legislativa relativa.

Las decisiones judiciales deben ser estables, pues los ciudadanos deben saber a qué atenerse, máxime cuando no hay una ley estatutaria de consulta previa y la doctrina constitucional es la única que ha tratado de dilucidar la naturaleza y el alcance de la consulta previa en los distintos escenarios constitucionales, por lo que transcribimos *in extenso* a GABRIEL MORA RESTREPO cuando –citando a ROBERT ALEXY y a JÜRGEN HABERMAS– afirma:

[...] En el fondo, la exigencia de justificación tiene hondas raíces antropológicas, ligadas no solo a las ideas de consideración y respeto por el otro, sino además a la propia naturaleza dialógica de las relaciones humanas, esto quiere decir, con otros términos, que si alguien plantea, sugiere, persuade, u ordena a otro u otros una regla obligatoria de conducta, esto es, que algo debe ser hecho o realizado, o prohibido, está al mismo tiempo haciéndolo desde una perspectiva en la que entiende puede confiar en que el destinatario estaría dispuesto a seguirla porque puede captar o entender su pertinencia, necesidad o incluso su propia bondad, así la regla no le represente un beneficio inmediato, desde el punto de vista de quien emite la regla como ha sostenido ALEXY, la cuestión se traduce en la denominada pretensión de corrección [...]. La teoría de la justificación ha adquirido una especial relevancia al entenderse que el principal soporte del Estado contemporáneo, está constituido por la idea de legitimidad a través de reglas previamente establecidas. En este tipo de Estado se plantean exigencias o requisitos a los fallos judiciales, todos los cuales apuntan a que sus destinatarios y la sociedad en general vean que los mismos no son producto de un ejercicio de arbitrariedad, sino el resultado de un ejercicio racional y cuidadoso de motivaciones “aceptables”, “correctas” o “previsibles”. Como ejemplo de tales requisitos se alude a que los jueces no deben contradecirse, elegir premisas falsas e incorrectas, distinguir aspectos juzgados sin una razón suficiente, imponer exigencias no contempladas en algún estatuto normativo sin ofrecer un respaldo para ello, modificar su jurisprudencia sin una razón de “peso”, invadir competencias de otros órganos, basar sus decisiones sin un respaldo normativo, y así sucesivamente.

En línea con lo anterior, y refiriéndose al Estado Constitucional, Habermas ha sostenido que a los jueces se les exige cumplir al menos dos requisitos: el primero, que sus decisiones sean consistentes, valga decir que sean respetuosas de la seguridad jurídica y que observen una semejanza de trato a los casos análogos; el segundo, que sus decisiones sean racionalmente aceptables, esto es, que estén soportadas en algo más que el simple poder que ostentan. Así las cosas, y para expresarlo de otro modo, la dimensión racional de la actividad judicial (la exigencia de justificación), es una cuestión que no puede ser planteada desde las coordenadas

de los Estados despóticos o totalitarios: en éstos, por contraste, las decisiones de los jueces pueden ser tomadas “dando un golpe sobre la mesa” [...].<sup>46</sup>

Por si lo anterior fuera poco, el artículo 46 del próximo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece:

Quando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar.

#### A. EXHORTACIÓN DE REGULACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

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

#### VII. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA DIRECTIVA PRESIDENCIAL 01 DEL 2010

En marzo del 2010 se profirió la Directiva Presidencial 01 sobre consulta previa. Este cuestionado documento relaciona *algunos casos* en que debe consultarse a las comunidades, listado que no es taxativo sino enunciativo, esto es, menciona *ciertas* circunstancias –no todas– en que tal proceso de consulta debe llevarse a cabo. Se escaparon varios temas explícitamente señalados en la legislación; consciente de eso, la directiva en mención prevé la posibilidad de que escapen algunos temas; tan es así, que en su literal I del numeral 2 se dice “Demás casos en que la legislación así lo disponga expresamente”<sup>47</sup> –esto es, la directiva presidencial no tiene pretensiones de exhaustividad ni omnisciencia; a pesar de ello, recientemente el Ministerio del Interior y de Justicia le está atribuyendo estas cualidades, amén de un

46 G. MORA RESTREPO. *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, pp. 357 y 358.

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

estatus de acto administrativo<sup>48</sup>—, por lo que es pertinente recordar que las directivas presidenciales cumplen una de dos finalidades:

1. Dictar recomendaciones y orientaciones a las entidades que pertenecen al ejecutivo.

2. Crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas<sup>49</sup>.

La Directiva Presidencial 01 del 2010 cumple la primera finalidad, es decir, es una recomendación u orientación que realiza el presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, a las diferentes entidades en materia de consulta previa. Frente al alcance jurídico de las directivas presidenciales, el Consejo de Estado ha dicho:

En el escrito demandatorio, la parte actora invoca como infringidos con la resolución impugnada, la Directiva Presidencial No. 13 de noviembre 10 de 1983 [...]

Sobre el particular, ha manifestado la Sala en numerosas sentencias que una Directiva Presidencial no puede enervar la facultad que a la administración otorga la ley respecto a la estabilidad del personal oficial.<sup>50</sup>

Las directivas presidenciales deben acatarse como normas de conducta, pero que en ningún caso tienen el alcance y firmeza de una disposición legal, pues se trata de recomendaciones y orientaciones sobre determinados aspectos de manejo de personal que los gobiernos de los distintos órdenes consideran oportuno formular, pero que no pueden tener efecto para enervar la facultad discrecional

48 Verbigracia, el documento OF11-23817-GCP-0201, que después de muchas dilaciones y vacilaciones contempla la viabilidad de una consulta previa pero *a posteriori* (lo que, de suyo, constituye un sinsentido) y sólo con una parte de la comunidad, para la construcción, adecuación y dotación del centro especializado del Menor Infractor en el departamento archipiélago de San Andrés por parte de la gobernación departamental, mientras la obra ya se había iniciado y proseguía mientras se adelantaba dicha consulta “previa”, con lo que es palmario que lo que se pretendía era legalizar decisiones ya tomadas y en proceso de ejecución, desvirtuando el objetivo de la consulta previa y repitiendo hechos como los que llevaron a la decisión de amparar la supuesta consulta previa realizada en el caso u’wa en la sentencia de Sala Plena SU-039 de 1997, trayendo el aparte pertinente: “[...] 5.6. Para la Corte resulta claro que en la reunión de enero 10 y 11 de 1995, no se estructuró o configuró la consulta requerida para autorizar la mencionada licencia ambiental. Dicha consulta debe ser previa a la expedición de ésta y, por consiguiente, *actuaciones posteriores a su otorgamiento, destinadas a suplir la carencia de la misma, carecen de valor y significación [...]*” (énfasis nuestro).

49 Sobre el tema de las directivas presidenciales, su naturaleza y alcance, véase L. E. BERROCAL GUERRERO. *Manual del acto administrativo*, 5.<sup>a</sup> ed., Bogotá, Librería del Profesional, 2009, pp. 320 y ss.

50 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, 2 de marzo de 1992, radicación número 3699.

de las autoridades administrativas, si como en el presente caso, ésta cuenta con el respaldo legal<sup>51</sup>.

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

Reiteradamente esta corporación ha manifestado que tales pronunciamientos sobre congelación de plantas de personal de las entidades territoriales y de las descentralizadas, deben acogerse y acatarse como normas de conducta, pero que no tienen el alcance y firmeza de una disposición con fuerza legal, puesto que se trata de *recomendaciones y orientaciones* sobre determinados aspectos de manejo de personal que los gobiernos de los distintos órdenes consideran oportuno formular, carentes de virtualidad de enervar la facultad discrecional de remoción que el legislador ha otorgado a las autoridades nominadoras<sup>52</sup>.

En el mismo sentido, el profesor BERROCAL GUERRERO señala:

En resumen, cabe decir que las directivas presidenciales son *instrucciones y orientaciones de carácter interno que imparte el presidente de la República a los funcionarios de la rama ejecutiva*, en su condición de suprema autoridad administrativa, sobre aspectos determinados de la administración pública, las cuales si deben acatarse por sus destinatarios, no enervan las facultades y competencias que la ley o el reglamento les asignan, y por tanto no tienen la virtud de causar la nulidad de los actos que expidan conforme tales facultades. En estas condiciones se parecen más a las *circulares internas de la administración y, por ende, a meros actos de la misma*, según la calificación que la doctrina le da a tales manifestaciones de la autoridad administrativa<sup>53</sup> [énfasis nuestro].

En consecuencia, de lo anterior podemos decir que la Directiva Presidencial 01 del 2010 contiene sólo *recomendaciones u orientaciones*, en este caso para el vicepresidente de la República, ministros del despacho, directores de departamentos administrativos, superintendentes, directores, gerentes y organismos del nivel central y descentralizados del orden nacional; en consecuencia, no va dirigido a autoridades del orden departamental ni municipal ni a organizaciones privadas<sup>54</sup>; una directiva presidencial no tiene entidad suficiente para variar los alcances de una verdadera norma como lo es el Decreto 1320, es lo que se podría denominar *soft law* (“derecho suave”) interno.

51 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, 5 de agosto de 1993, radicación número 5991.

52 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, 9 de febrero 9 de 1995, radicación número 8019.

53 BERROCAL GUERRERO. *Manual del acto administrativo*, cit., p. 323.

54 Cfr. [www.mij.gov.co/normas/2010/di012010.htm], consultado el 13 de mayo del 2011.

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

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

Por otra parte, cabe señalar que el Decreto 1320 de 1998, norma verdaderamente tal, que, como ya se estableció, se encuentra vigente, a falta de ley estatutaria de consulta previa, sería la norma que habría de aplicarse mediante el mecanismo de integración de la *analogia legis*, consagrado en el artículo 8.º de la Ley 153 de 1887 y la Sentencia C-083 de 1995, sin tener en cuenta la polémica directiva reseñada, que, reiteramos, no es una norma y que –en gracia de discusión que lo fuera–, obviamente, estaría subordinada al Decreto presidencial 1320, al cual contraviene, así como a la Ley 21 de 1991, que, como se dijo, hace parte del bloque de constitucionalidad, y la Ley 1098<sup>55</sup>, toda vez que la Directiva 01 hizo un listado taxativo de casos en que procede y no procede este mecanismo, haciendo distinciones que la ley no hizo, recordemos el antiguo axioma hermenéutico romano: “*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”<sup>56</sup>.

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

La obligatoriedad del precedente es, usualmente, una problemática estrictamente judicial, en razón a la garantía institucional de la autonomía (C.P. art. 228), lo que justifica que existan mecanismos para que el juez pueda apartarse, como se recordó en el fundamento jurídico 4., del precedente. Este principio no se aplica frente a las autoridades administrativas, pues ellas están obligadas a aplicar el derecho vigente (y las reglas judiciales lo son), y únicamente están autorizadas –más que ello, obligadas– a apartarse de las normas, frente a disposiciones clara y abiertamente inconstitucionales (C.P. art. 4). De ahí que, su sometimiento a las líneas doctrinales de la Corte Constitucional sea estricto.<sup>57</sup>

#### A MANERA DE CONCLUSIÓN

En las primeras implementaciones del mecanismo, la autoridad ambiental le dio más relevancia al requisito procedimental implícito en la consulta que al objetivo sustancial planteado desde el orden constitucional; es decir, dimensionó su realización sólo como elemento de legalidad para no viciar de nulidad el acto administrativo donde se decidía de fondo el otorgamiento

55 Como se mencionó en la nota 38.

56 Que no por ser antiguo sea obsoleto; cfr. Sentencia C-087 del 2000, que basándose en dicho principio declaró inexecutable el artículo 205 del Decreto 1355 de 1970.

57 Sentencia T-569-01.

de una licencia ambiental o el establecimiento de un plan de manejo; las comunidades indígenas y tribales devienen indispensables, pues sin ellos la actuación administrativa no se puede adelantar, y de haberse adelantado sin ellos, estaría viciada en su constitucionalidad y legalidad.

En el escenario constitucional de la consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales se observa un comportamiento errático en las decisiones de la Corte Constitucional –que, en nuestra opinión, exceden una sombra decisional aceptable–, pues, aunque ha habido sentencias de unificación como la 039 de 1997 y la 383 del 2003, se advierte la necesidad de una sentencia de Sala Plena que unifique criterios en cuanto a si se debe limitar temporalmente la consulta y si el acto administrativo es una decisión unilateral, como lo señala la teoría clásica del acto administrativo, o si serían actos administrativos bilaterales, teniendo en cuenta lo dicho en la Sentencia T-769 del 2009 y ahora en la T-129 del 2011 en cuanto al consentimiento previo, libre e informado de las comunidades étnicas, por cuanto se genera una inseguridad jurídica, teniendo en cuenta la pluricitada omisión legislativa relativa.

#### BIBLIOGRAFÍA

- BERROCAL GUERRERO, LUIS EDUARDO. *Manual del acto administrativo*, 5.<sup>a</sup> ed., Bogotá, Librería del Profesional, 2009.
- JEROME, FRANK. *Derecho e incertidumbre*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1968.
- LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO. *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, 2.<sup>a</sup> edición, Bogotá, Legis, 2006.
- MORA RESTREPO, GABRIEL. 2009. *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009.
- QUINCHE RAMÍREZ, MANUEL FERNANDO. 2009. *La elusión constitucional. Una política de evasión del control constitucional en Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, Colección Textos de Jurisprudencia, 2009.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR et ál. (dirs.). *La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*, Bogotá, Colección Justicia Global-Documentos-Universidad de los Andes.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, LUIS. “La ‘implementación’ de la Declaración: las implicaciones del artículo 42”, en *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Hacia un mundo intercultural y sostenible*, Madrid, Catarata, 2009.

RODRÍGUEZ RESCIA, VÍCTOR. *La consulta previa a pueblos indígenas y tribales*, Bogotá, Ministerio del Interior y de Justicia, 2008.

SÁNCHEZ TORRES, CARLOS ARIEL. *Acto administrativo. Teoría general*, 2.<sup>a</sup> ed., Bogotá, Legis, 2004.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo*, 4.<sup>a</sup> ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

EN INTERNET

[[www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU039-97.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU039-97.htm)]

[[www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-652-98.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-652-98.htm)]

[[www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-891-02.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-891-02.htm)]

[[www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/SU383-03.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/SU383-03.htm)]

[[www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-880-06.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-880-06.htm)]

[[www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-769-09.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-769-09.htm)]

[[www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-547-10.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-547-10.htm)]

[[www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-702-10.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-702-10.htm)]

[[www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-745-10.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-745-10.htm)]

[[www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-1045A-10.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-1045A-10.htm)]

[[www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-129-11.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-129-11.htm)]

[[www.ramajudicial.gov.co/cs/j/downloads/UserFiles/File/ALTAS%20CORTES/CONSEJO%20SUPERIOR/CENDOJ/Series%20documentales/Contenido%20Compilacion%20Indigena.pdf](http://www.ramajudicial.gov.co/cs/j/downloads/UserFiles/File/ALTAS%20CORTES/CONSEJO%20SUPERIOR/CENDOJ/Series%20documentales/Contenido%20Compilacion%20Indigena.pdf)]