

**LÍMITES Y ALCANCES DE LA CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA:
ESTUDIO DE CASO PROYECTO MANDÉ – NORTE
DEPARTAMENTOS DE ANTIOQUIA Y CHOCO**

Integrantes:

**ERNESTO ORLANDO BENAVIDES
NELSON JIMMY CÓRDOBA TORRES**



UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MONOGRAFÍA PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADO
Bogotá D. C. 2015

**LÍMITES Y ALCANCES DE LA CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA:
ESTUDIO DE CASO PROYECTO MANDÉ – NORTE
DEPARTAMENTOS DE ANTIOQUIA Y CHOCO**

Integrantes:

ERNESTO ORLANDO BENAVIDES Cód.: 6001212441

NELSON JIMMY CÓRDOBA TORRES Cód.: 6001212732

Monografía para obtener el título de Abogado

Director:

GIOVANNY FRANCISCO NIÑO CONTRERAS

Abogado

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA DE PROFESIONALES

Bogotá D. C. Agosto del 2015

Tabla de Contenido

LÍMITES Y ALCANCES DE LA CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA: ESTUDIO DE CASO PROYECTO MANDÉ – NORTE DEPARTAMENTOS DE ANTIOQUIA Y CHOCÓ	5
INTRODUCCIÓN	5
1. LA CONSULTA PREVIA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	8
1.1. Los Derechos Subjetivos sustentan el Derecho a la Consulta Previa.....	19
1.2. Análisis comparativo de los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales	25
1.3. Diferentes Concepciones sobre Derechos Fundamentales	27
1.4. Los Derechos Sociales Fundamentales y La Democracia.....	29
1.5. Concepto sobre Minorías y Democracia.....	31
1.5.1. Democracia Representativa y Crisis de Representación.....	31
1.5.2. Las Minorías y el Cumplimiento del Deber Constitucional.....	35
1.6. La Consulta Previa, el Control Judicial y la Opinión Pública como Ejercicio de un Derecho Fundamental.....	37
1.7. La Consulta Previa explicada como Derecho Universal y Derecho Social Fundamental.	43
2. LA CONSULTA PREVIA DERECHO HUMANO Y FUNDAMENTAL.....	44
2.1. Definición de la Consulta Previa	46
2.2. Marco Jurídico Consulta Previa.....	50
2.3. Aspectos Procedimentales del Proceso de Consulta Previa	57
2.4. Reglamentación de la Consulta Previa.	58
2.4.1. Como cumplir el fin de la Consulta Previa con Participación de las minorías en la Elaboración de los Estudios Ambientales.....	60
2.4.2. Procedimiento para Solicitudes de Licencia Ambiental o de Establecimiento del Plan de Manejo Ambiental.	61
2.4.3. Documento de Evaluación y Manejo Ambiental frente a la obligación de la consulta previa.62	
2.4.4. Consulta Previa cuando se trata de Permisos de Uso, Aprovechamiento o Afectación de Recursos Naturales Renovables.....	62
2.4.5. Reuniones, Agenda, Comunicación y Seguimiento.....	63
2.5. Campo de Aplicación del Convenio 169 Suscrito con la OIT a las Minorías étnicas y los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales -	65
2.6. Minorías étnicas, Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en el Marco del Convenio 169 suscrito con la OIT.	66
2.7. Identificación de Minorías Tribales Comunidades Indígenas y Negras.	67
2.8. Obligaciones del Estado Frente al Derecho de la Consulta Previa	68
2.9. El Derecho Fundamental a la Consulta Previa.	68

2.10.	<i>La Consulta Previa y el Bloque de Constitucionalidad.....</i>	69
2.11.	<i>Principios que Rigen la Consulta Previa.</i>	70
2.11.1.	La Buena Fe como principio en la Consulta Previa.	70
2.11.2.	Principio de Consulta Informada.....	72
2.11.3.	2.11.3. Principio de Consulta Culturalmente Adecuada.....	73
2.11.4.	Para lograr un Acuerdo y el Consentimiento.....	75
2.11.5.	La Consulta Previa y su Carácter Previo	76
2.11.6.	Ámbito de Aplicación de la Consulta Previa	77
2.11.7.	Casos en los que es Obligatoria la Consulta Previa.	77
2.11.8.	Consulta Previa en Medidas Legislativas.	79
2.11.9.	Consulta Previa en Medidas Administrativas.	80
2.11.10.	Implementación de la Consulta Previa.	80
3.	ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO MANDÉ NORTE Y LA HERMENÉUTICA DE LA SENTENCIA T-769 DE 2009.....	81
3.1.	<i>La Consulta Previa en el Proyecto Mandé Norte</i>	82
3.2.	<i>Hechos</i>	85
3.3.	<i>Sobre los Motivos y Consideraciones.....</i>	90
3.4.	<i>Razones que Sirvieron de Base a la Decisión como Afirmaciones, Negaciones o Argumentos Vinculantes.....</i>	91
3.4.1.	Las Razones que tuvo la corte Constitución para tomar la Decisión Proyecto Mandé Norte y las Comunidades de Curvaradó y Jiguamiandó.....	91
3.4.2.	La Consecuencia Jurídica de la Omisión Frente al Deber y al Derecho de Consulta previa.94	
3.5.	<i>Sobre las Decisiones Tomadas por la Honorable Corte Constitucional Sobre el Proyecto de Explotación Minera Mande Norte.....</i>	96
4.	CONCLUSIONES	98
5.	BIBLIOGRAFÍA.....	102
5.1.	ANEXO NORMAS RELACIONADAS CON CONSULTA PREVIA.....	104

LÍMITES Y ALCANCES DE LA CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA: ESTUDIO DE CASO PROYECTO MANDÉ – NORTE DEPARTAMENTOS DE ANTIOQUIA Y CHOCÓ

Introducción

El trabajo que se presenta a continuación es el resultado de una investigación basada en el caso de acción de tutela presentada por representantes de pueblos indígenas y negros que habitan el territorio Bachidubi, Resguardo Río Murindó, sobre el contrato de concesión para la explotación del proyecto denominado *Mandé - Norte*, desarrollado por la compañía Muriel Mining Corporation, el cual tiene por objeto desarrollar la exploración y explotación de una mina de yacimientos de cobre, oro, molibdeno y minerales concesibles, en los departamentos de Antioquia y Chocó. Recurso que fue resuelto con la Sentencia T-769 del 2009, mediante la cual se reconoció el derecho a la Consulta Previa, el fundamento de la decisión es la violación al debido proceso, reconoció el derecho para que esta se adelante la consulta previa en el territorio ocupado por las comunidades indígenas Embera y el territorio de comunidades negras que habitan el área de influencia del Proyecto).¹

Para adelantar el trabajo de investigación se empleó la metodología de estudio de caso, cuyo resultado permitió evidenciar “**el deber ser**” en un proceso de Consulta Previa, dejando como lecciones aprendidas aquello que no debe hacerse al desarrollar un proceso como el del caso que nos ocupa. Reconoce el ejercicio de un Derecho Fundamental que hoy hace parte del bloque de constitucionalidad, producto de la aplicación de la Ley 21 de 1991, “Por medio de la cual se aprueba el Convenio N°. 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”, aprobada por el

¹ “La Corte Constitucional de Colombia profirió el Auto 053 de 2012 dejando en firme la Sentencia T-769 de 2009 que versa sobre el consentimiento previo, libre e informado y la consulta previa para el proyecto minero Mandé Norte en territorio indígena Embera y territorio afro, en Jiguamiandó y Curvaradó, en la región Urabá, límites entre Antioquia y Chocó. Esta Sentencia de la Corte Constitucional reviste gran importancia porque reconoce el consentimiento previo, libre e informado” (Red por la Justicia Ambiental de Colombia, 2012)

Congreso de Colombia el 04 de Marzo de 1991, los cuales buscan establecer y definir el Marco Legal y principios en pro de garantizar los derechos de las minorías étnicas en el país².

Se analizó como la comunidad étnica afectada por el proyecto buscó protección del Estado, acudiendo a la acción de tutela como medio de control, invocando la aplicación del Convenio 169 del 1989 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), mediante el cual se reconoce el derecho fundamental que tienen las minorías (pueblos Indígenas, negros y comunidades Rom) a una Consulta Previa Libre e Informada, haciendo de este proceso algo más que un formalismo. En el caso estudiado se evidencia que este proceso se llevó a cabo desde el punto de vista formal, sin la intervención de los representantes idóneos la comunidad, lo cual se configuró en una falla al debido proceso.

Resultado de la presente investigación se entregan algunas herramientas conceptuales, jurídicas y técnicas, que pueden servir de guía para presentar los límites y alcances de la consulta previa en Colombia, documento que puede ser utilizado por las autoridades responsables, ofreciendo claridad en el tema, logrando este modo evitar estar al vaivén de lo que dicen los medios de comunicación o las multinacionales interesadas en la explotación de los recursos naturales en el país.

Para cumplir con los objetivos de la investigación acerca de la Consulta Previa, se utilizaron algunas herramientas cualitativas, así: se realizó un análisis jurisprudencial y de la doctrina existente en Colombia; a la par se adelantó una revisión de los tratados internacionales que abordan el tema, tarea que se afrontó con el realismo jurídico, se revisaron las sentencias y pronunciamientos que la Corte Constitucional ha proferido en materia, las sentencias fundadoras de línea jurisprudencial, sentencias hito, y las sentencias dominantes en donde se ha resuelto algún conflicto de interés como el que ocupa el tema de estudio.

² (Convenio169 , 1987)), Observó que en muchas partes del mundo los pueblos indígenas no gozan de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población sufriendo a menudo una erosión en sus leyes, valores, costumbres y perspectivas. Los pueblos indígenas y tribales en América Latina presentan, hoy en día, los peores indicadores socioeconómicos y laborales y la discriminación laboral por origen étnico o racial agrava las brechas de ingreso de manera radical. El Convenio representa un paso en pro de garantizar el respeto de los derechos fundamentales tendientes a la igualdad de oportunidades y de trato para grupos que se encuentran en situación de desventaja y exigen garantías mínimas de sus derechos para lograr un tratamiento equitativo en las sociedades en que viven. La labor de la OIT en el ámbito de los pueblos indígenas y tribales se divide principalmente en dos categorías: adopción y supervisión de normas, y asistencia técnica y capacitación a los pueblos indígenas y tribales y a los Estados, para la consecución del goce pleno de los derechos de tales pueblos. (p. 5-8)

El trabajo se abordó de la siguiente manera: una primera parte para introducir el trabajo y tres (3) capítulos organizados metodológicamente de la siguiente manera: un primer capítulo para presentar los conceptos de derechos fundamentales, partiendo de la definición de derechos subjetivos, abordando temas tales como los fundamentos filosóficos, el titular, el objeto de derecho, para pasar luego a exponer la interpretación desde el punto de vista normativo, centrando el análisis en la validez legal y constitucional, haciendo énfasis en el bloque de constitucionalidad, por cuanto está contenido el sustento de la consulta previa libre e informada como derecho humano, y que para el caso se expresa como el derecho que las minorías tienen a ser consultadas y el ejercicio de la democracia. Un segundo capítulo, el cual se centra en explicar el derecho fundamental que tienen de las minorías étnicas para participar en las decisiones, tomando esté como instrumento de protección y respeto a su libre desarrollo en el territorio nacional y que para el caso de las etnias indígenas y comunidades negras circunscrito al que ocupa aún antes de la llegada de los españoles. Como el elemento que sustenta y apoya el objeto de estudio del presente trabajo se incluyó una definición utilizada y aceptada en nuestro marco jurídico, se revisaron las normas concordantes con la consulta previa partiendo de definiciones tales como: políticas del Estado colombiano en la materia. Continuando con un tercer capítulo donde analizamos en detalle el caso en concreto del proyecto **Mandé - Norte** y su hermenéutica, aplicando estos conceptos en el análisis de la Sentencia T-769 de 2009, logrando a modo de conclusiones cuales fueron los posibles motivos, consideraciones y razones tales como afirmaciones, negaciones o argumentos vinculantes que sirvieron de base para toma de la decisión por parte de la Corte Constitucional de Colombia, para finalizar con algunas conclusiones producto del estudio de la acción de tutela.

En este escenario se revisaron normas, procesos y procedimientos a seguir para desarrollar una consulta previa libre e informada, evidenciándose que hay notables progresos para lo concerniente a los estudios, planes de manejo ambientales, uso y aprovechamiento de recursos naturales, destacándose los contenidos en la Ley 93 de 1993,³ y en cuanto se refiere a la protección de comunidades negras y raizales los contenidos en la Ley 70 de 1993⁴, proferida con objeto de

³ por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones.

⁴ Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política, cuyo objeto reconocer a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva. Así mismo tiene como

reconocer a las comunidades negras que de tiempo atrás vienen ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva; el Decreto 1320, 1998⁵, por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio.

Se acudió a la línea jurisprudencial, en tanto esta permite concluir como proceder en los casos en los cuales no se ha reglamentado la consulta previa. Se abordó los principios orientadores, los cuales aplican en todos los casos. El trabajo concluye con el examen al caso concreto proyecto **Mandé - Norte**, estudiando la Sentencia T-769 del 2009, mediante la cual se tuteló el Derecho Fundamental que tienen las comunidades ancestrales que habitan la región irrigada por los ríos Jiguamiandó en Urabá y Murindó en los departamentos de Antioquia y Chocó.

1. La Consulta Previa y los Derechos Fundamentales.

Para estudiar los alcances y los límites de la Consulta Previa, es necesario precisar conceptos tales como los derechos de los ciudadanos (derechos de los nacionales), de manera concreta los derechos de las etnias, confrontando para ello diferentes significados en el contexto de la evolución de conceptos sobre derechos humanos, que como se explica tienen connotación universal y los derechos fundamentales cuyo ámbito de aplicación es Colombia y en ella el derecho de las minorías étnicas del país, argumentos que se presentan y desarrollan en detalle a continuación para permitir una mejor comprensión del tema, tomando para ello como referencia diferentes autores de los cuales se tomaron elementos teóricos para sustentar el presente trabajo.

Para explicar las diferentes posiciones sobre los fundamentos de los derechos sociales se revisaron las opiniones de diferentes tratadistas recogidas por la publicación de Arango (2005), quien aborda en su libro las diferentes posturas que sobre el tema tomando concepciones de varios

propósito establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico, y el fomento de su desarrollo económico y social, con el fin de garantizar que estas comunidades obtengan condiciones reales de igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad colombiana.

⁵ Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio.

autores, quienes en esencia buscan clarificar a través de conceptos de justicia las Normas, Leyes y la Constitución Nacional.

Es necesario entender y diferenciar los conceptos de derechos subjetivos y derechos objetivos. Rodolfo Arango en su libro: “El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales” publicado por la editorial Legis en 2005, realiza un recorrido por la evolución del concepto de derecho subjetivo, estableciendo que:

“Los derechos subjetivos se definen como aquellos basados en el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, el permitir u omitir algo; según esta definición, es posible distinguirlo a través de tres características: una norma jurídica, una obligación jurídica de otro derivada de esta norma, y un poder jurídico para la consecución de intereses propios reconocidos al sujeto”. (Arango, 2005, p. 09).

Bajo esta perspectiva los derechos subjetivos deben estar reconocidos en una norma la cual sirve como instrumento para el reconocimiento de los mismos; de cierta manera esto define los medios de control que se deben utilizar para exigir el hacer o dejar de hacer como garantía de derechos.

En Colombia las minorías están reconocidas por la Ley 21 de 1991, que adoptó el derecho a la Consulta Previa. En este contexto y bajo estas premisas estamos ante un derecho subjetivo según lo expuesto por Arango en su definición, reconocido de manera taxativa como un derecho fundamental que por su naturaleza puede invocar la protección del Estado, usando como medio de control la Acción de Tutela.

Los derechos subjetivos son derechos fundamentales de gran importancia (Arango, 2005) Los derechos aplicables a las etnias son de gran importancia en la medida que de estos depende la supervivencia de estos pueblos, bien sea que se trate de las comunidades indígenas, afrocolombianos o minorías Rom que por su situación de indefensión corren peligro de desaparecer.

Los derechos sociales fundamentales en su “*genus proximum*”, son fundamentales, en tanto son: “*derechos de prestación en su sentido estrecho*”, es decir, derechos generales positivos que

protegen sobre acciones fácticas o de hecho de un Estado; dicho de otra manera, son derechos generales reconocidos por ley. Su carácter general se refleja de tres maneras así: el primero, el titular del derecho, el segundo su objeto y por ultimo su justificación.

En el plano del titular del derecho, todas las personas son portadoras de derechos sociales fundamentales (derechos de todos); los obligados son los Estados, los cuales se registran exclusivamente los Estados democráticos modernos”. (Arango, 2005, p. 31). Los conceptos permiten acercarse con precisión, esto es, pasar de los derechos humanos universales a los sociales fundamentales reconocidos por una nación, mediante la cual el Estado se obliga con los ciudadanos como titulares, y sobre quienes no hay ninguna duda por cuanto hacen parte de una norma, y que para el caso estos forman parte de la Constitución a través del bloque de constitucionalidad con lo cual se reconoce la categoría de derecho fundamental.

En el plano del objeto, son estos derechos constitucionales, que responden a una situación fáctica, que puede ser alcanzada mediante la creación de derechos especiales como es el caso de la Consulta Previa, derecho humano reconocido en el país con la suscripción de un convenio internacional y por tratarse de un derecho fundamental pasa automáticamente a hacer parte del bloque de constitucionalidad.

En el plano de la fundamentación filosófica, se habla de derechos sociales fundamentales para los derechos humanos cuyo carácter ideal es la “validez moral” donde se ha fortalecido mediante su positivización que significa “validez jurídica”. Una consecuencia directa de esto es la generalidad y la indeterminación de los derechos sociales fundamentales en contraste con la universalidad y la abstracción de los derechos sociales humanos”. (Arango, 2005, p. 37). Esta presentación es esencial para comprender el tema tratado, de modo que la preservación de las minorías es un derecho humano, que al ser reconocido en Colombia se convierte por éste hecho en un derecho fundamental.

A nivel Universal está el interés de la sociedad en preservar los derechos de las minorías, interés en que se materializa en la Declaración Universal de los Derechos Humanos legitimada en 1948. En Colombia los derechos sociales fundamentales por estar consagrados en el bloque de

Constitucionalidad que se adquieren en el momento que son reconocidos en la Carta Magna, tal como ocurre en las constituciones democráticas modernas.

En Colombia donde opera un Estado Social de Derecho, conviene hacer notar que además de los medios de control como la acción de tutela, existen otros medios reconocidos que según sea el caso pueden ser utilizados por los ciudadanos, los cuales están previstos en la Ley 1437 del 2011 y por tanto los resuelve la Jurisdicción Contenciosa. En el caso estudiado, por tratarse de un Derecho Fundamental de las minorías, los interesados acudieron a la acción de tutela como un medio expedito y rápido en su resolución.

En las diversas explicaciones y definiciones hay una que permite su identificación y reconocimiento, por ello se dice que “Los derechos sociales fundamentales están consagrados de manera explícita en las constituciones democráticas modernas”; en Colombia el derecho a la Consulta Previa existe como Derecho Fundamental, hace parte del bloque de constitucionalidad a partir de la firma del Convenio 169 ratificado por Ley 21 del 91. Sobre el particular (Arango, 2005) hace referencia a los derechos conexos, y manifiesta que en múltiples oportunidades se ha reconocido el derecho al mínimo social, esto es (derechos sociales fundamentales mínimos) mediante una interpretación constitucional sistemática. (p. 236). Para explicar esta afirmación viene bien utilizar el razonamiento de Alexy, quien lo sustenta con la siguiente afirmación.

“A la hora de analizar el razonamiento judicial hay que tener en cuenta que además de un razonamiento a partir de las normas de los jueces, en ocasiones tienen que dar razones acerca de las normas. En algunos casos los tribunales tienen que razonar acerca de la nueva norma o sobre nueva aplicación de la norma existente, puede aplicarse más de una norma y el juez debe decidir de entre las varias normas aplicables cual estará justificada. Esta forma de razonamiento acerca de normas indican que una adecuada teoría de la justificación no puede estar limitada solo a la aplicación de normas a los casos particulares”. (Alexy, 2008, p. 51)

Un recorrido teórico y conceptual inicia con Rawls, quien para explicar la legitimidad de la concepción política del concepto de justicia se remite a los contenidos esenciales de la Constitución, afirmando que estos deben cumplir con una serie de condiciones así: ser justificables frente a cualquiera, establece que estos se basan en realidades o hechos de fácil reconocimiento, sostiene que las condiciones deben ser aceptables por el sentido común, poder demostrarse

utilizando métodos científicos y lo más importante deben ser completos, lo cual quiere decir que pueden dar respuesta pública razonable en todos los casos, relacionados con los contenidos constitucionales esenciales.(Arango, 2005 pág. 248)

La consulta previa cumple con las tres condiciones, en la medida que el respeto a las minorías está en la mentes de todos los colombianos cualquiera sea su condición, la marginalidad y el peligro de extinción es una realidad irrefutable, y como está establecido en la constitución hay la posibilidad de una respuesta a todos los casos en los cuales exista o sea necesario una intervención del Estado para garantizar los derechos de estos pueblos (minorías).

Arango (2005) hace referencia a los aportes de Rawls para introducir el concepto de mínimo social, el cual establece que:

“En cuanto a contenido constitucional esencial incluye un nivel mínimo de bienestar material y social, definiendo como un límite inferior que no debe franquearse si se quiere que la participación de los ciudadanos en la vida social y política esté garantizada; llega a la una conclusión consecuente de la teoría política de la justicia sería el no atribuir el mínimo social a la justicia distributiva, sino a la justicia compensatoria, en donde los principios de justicia política que conforman los contenidos constitucionales esenciales incluyan derechos y libertades básicas como el mínimo social indispensable para la satisfacción de las necesidades de las personas, como un principio para el ejercicio de sus derechos constitucionales en un modelo de justicia que permita la participación de la población.” (Arango, 2005, p. 251).

Este concepto social sirve a las ciencias sociales para explicar concepto del mínimo de bienestar material como un elemento del bienestar social, esencial para asegura la participación en términos de justicia distributiva, en el marco del ejercicio de la libertad, en un contexto que busca satisfacer las necesidades de la población.

Es este un concepto válido y de actualidad, por cuanto al hablar de minorías étnicas, (como en el caso estudiado), al igual que de la población vulnerable, hablar de mínimo social contrasta con las realidades actuales del mínimo vital abordado por la Corte Constitucional en sus sentencias, con lo cual se ha fortalecido la protección de derechos fundamentales al tener en cuenta el mínimo necesario para la adecuada supervivencia de un individuo primando el respeto a la dignidad de la persona.

Arango al referirse a Rawls lo hace de la siguiente manera:

“el reto es permitir el reconocimiento y la garantía, a nivel local y global, de las libertades básicas, como de los derechos a la alimentación, a la vivienda, a la salud, a la educación, al trabajo o a la seguridad social, esto planteado como reto de la filosofía política y moral y la teoría constitucional del siglo XXI”. (Arango, 2005p. 254).

En el caso estudiado, el reto es el reconocimiento y la garantía a nivel de país de los derechos humanos reconocidos a nivel universal, como es el derecho que tienen las minorías a ser consultados en tanto a programas, proyectos o actividades que se desarrollen en su territorio y que puedan afectar los derechos básicos, esenciales y que puedan afectar su supervivencia.

Para explicar el concepto de derechos sociales fundamentales Arango se aproxima a Michelman, por cuanto este autor realizó estudios para desarrollar el concepto de derechos sociales fundamentales, los cuales expresó de la siguiente manera:

“Se basan en el valor fundamental del auto respeto, como un concepto de la teoría de la justicia como equidad en la cual los derechos sociales fundamentales son esenciales para el auto-respeto y rebasan el contenido del segundo principio de la justicia, entendido como un bien primario junto al ingreso y la riqueza, un fin de todos los principios de justicia”. (Arango, 2005, p. 257).

El auto respeto hace parte del concepto de justicia practicado antes que se formalizaran las constituciones. Aplica al caso de los pueblos indígenas que habitan el territorio desde tiempos inmemoriales antes de la llegada de los españoles, y es por ello que las decisiones sobre la forma como se debe asegurar su supervivencia, el camino que se debe elegir para su crecimiento, la percepción y concepción de desarrollo son ideas que deben y tienen que ser respetados.

De esta manera Arango (2005) le confiere gran importancia a los conceptos de Michelman con respecto a un bien que permite alcanzar la justicia, entendida ésta como un fin que conjuga todos los principios que permiten propiciar la equidad, de éste modo los derechos sociales fundamentales deben estar siempre sobre este nivel de justicia como un bien y fin de equidad. Es en este contexto, el concepto de justicia como insumo para asegurar la equidad hace parte del ejercicio del derecho fundamental a la consulta previa.

Según Arango (2005), Michelman se remonta a las primeras referencias sobre los derechos sociales fundamentales contenidos en las constituciones y toma como ejemplo en particular lo acontecido en la Constitución de los Estados Unidos, la cual defiende los derechos sociales así:

“ha reconocido derechos sociales fundamentales en sus decisiones, argumento empírico que es por el concepto de derechos subjetivos, lo cual le permite concluir que los jueces pueden reconocer derechos sociales fundamentales mínimos, sin que con ello usurpen necesariamente competencias legislativas o ejecutivas”. (Arango, 2005, p. 259).

De la cita se deduce coincidencias con las opiniones de (Alexy, 2008), quien para referirse al ejercicio y el reconocimiento de derechos sociales fundamentales manifiesta que ocurre cuando cumple la condición de estar reconocidos, en el caso de Colombia por la Corte Constitucional a través de la sentencias que ha reiterado el concepto al aplicar derechos que se consideren conexos al derecho fundamental de la consulta previa, con lo cual ya es extensa la jurisprudencia sobre el tema.

Con base a estos autores se justifica el hecho que sea la Corte Constitucional la que ha llevado a cabo la incorporación de los derechos sociales fundamentales cada vez más evolucionados, lo cual se ha evidenciado de una forma positiva con fuerte arraigo en la Constitución de Colombia, por cuanto su inclusión ha llevado al fortalecimiento evolutivo del bloque de constitucionalidad en procura de una mayor protección de los derechos fundamentales lo cual se evidencia a través de la historia expresados en fallos de esta corporación.

Arango, (2005) hace referencia a Habermas, en cuanto el autor defiende los derechos sociales fundamentales entendidos como “una parte de un sistema de derechos y que las desiguales condiciones de vida en la sociedad capitalista exigen ser compensadas mediante la distribución justa de los bienes colectivos, como una manera de garantizar los derechos individuales de prestación”. (p. 261). De igual manera destaca como el autor le confiere una importancia mayor al ciudadano y a la democracia en el papel de determinar la aplicación de los derechos sociales fundamentales cuando considera:

“que los derechos sociales fundamentales se deben precisar mediante la autodeterminación política de los ciudadanos en procesos democráticos, esto implicaría que solo se podría hablar

de derechos sociales legales, esto para no afectar la autonomía del individuo debido al paternalismo y a la burocracia del estado de beneficencia requerido para asegurar tales derechos”. (Arango, 2005, p. 261).

Sin duda los pueblos indígenas están en condiciones desiguales, por lo tanto la protección de los derechos de este grupo de ciudadanos debe ser en el marco de la autonomía, siendo el Estado es el responsable de asegurar que su ejercicio no se vea afectado por la burocracia.

Este es un tema que genera discusión, por cuanto Habermas estaría dejando en manos del ciudadano la determinación de los derechos sociales fundamentales, soportado en el proceso democrático del país. Dicho de otra manera son los ciudadanos en el marco del ejercicio democrático los llamados a la positivización y son los responsables de llevarlos al reconocimiento mediante normas que son las reglas para la adecuada convivencia de una sociedad en el marco de respeto de los pueblos.

Arango (2005) retoma el concepto de Habermas para explicar el significado del derecho subjetivo así:

“derechos fundamentales, en la medida que son derechos subjetivos reclamables que tienen precisamente el sentido de descargar a los sujetos jurídicos de los preceptos morales bien determinados concediendo a los actores espacios legales para las acciones guiadas por sus propias preferencias (...), que protege una esfera de libre arbitrio, posee para el derecho moderno en su conjunto una fuerza estructurante. Identifica así los derechos subjetivos con las libertades subjetivas de acción. “El concepto de derecho subjetivo lo asocia al concepto de libertad subjetiva de acción los cuales fijan los límites dentro de los que un sujeto está legitimado para afirmar libremente su voluntad”. (Arango, 2005, p. 262)

Esta dialéctica permite desarrollar los conceptos subjetivos en la medida que previamente hacen parte de los derechos universales que cumplen con preceptos morales, y se formalizan en la Constitución hacen parte de los derechos legales, que como se expresó antes, se ejercen en el marco del respeto, es el ejercicio supremo del bien de la libertad, legitimando la posibilidad de ejercer y en el caso de vulneración de reclamarlos.

Arango (2005), toma en cuenta como Habermas para referirse al concepto desarrollado sobre el sistema de derechos, precisa que debe contener aquellos derechos que se le deben otorgar al ciudadano, para regular su convivencia en términos legítimos con los medios de derechos positivos, que para explicarlos se refiere a cinco categorías discriminadas de la siguiente manera: 1) los derechos fundamentales a iguales libertades subjetivas de acción, 2) los individuos como miembros de la comunidad jurídica, 3) la protección jurídica, 4) la participación política y 5) las condiciones de vida necesarias para el disfrute en igualdad de oportunidades de estos derechos. Sin duda lo trascendente es asegurar la convivencia al amparo de la Ley. Para explicar el ejercicio de la autonomía privada de ciudadanos asociados libremente, como un ejercicio de auto legislación ciudadana para luego abordar los derechos políticos fundamentales los cuales se garantizan cuando son los propios ciudadanos quienes juzgan si el derecho es o no legítimo.

Arango, (2005) en cuanto se refiere los derechos sociales fundamentales, manifiesta que están relativamente fundados y sirven a la realización de las categorías enunciadas, como medios para la realización de los derechos civiles y políticos. El autor explica como Habermas concluye que ellos tienen más el carácter de bienes colectivos susceptibles de ser reparados, que el carácter de verdaderos derechos subjetivos. (p. 265). Destaca además la estrechez del concepto de derecho subjetivo, que conduce a que los derechos sociales fundamentales solo puedan ser fundados, en tanto sean determinados por la participación política, lo cual remite a uno de nuestros enunciados anteriores, entendiendo la importancia que este autor le da a la participación democrática y de los ciudadanos en la autodeterminación de sus derechos. (p. 269). En consecuencia los derechos sociales fundamentales se ejercen, y hacen parte de bienes colectivos y son susceptibles de ser reparados. En el caso de la consulta previa como en ningún otro las minorías participan y de este modo hacen uso de la premisa esencial la autodeterminación.

Arango centrándose en los derechos sociales fundamentales acude a los aportes de Alexy, en tanto presenta unas apreciaciones que considera importante en el plano de la fundamentación *ius-filosófica*, expresando como su principal argumento el de la libertad, entendida esta como el sustento de los derechos sociales fundamentales, expresa que libertad jurídica carece de valor sin una libertad fáctica, argumento que se sustenta con la siguiente afirmación:

“bajo las condiciones de la moderna sociedad industrial, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su substrato material en un ámbito vital dominado por ellos, sino que depende esencialmente de actividades estatales, los cuales son el punto de partida”. (Arango, 2005, p. 270).

Como se dijo antes, en las sociedades modernas, que para el caso podemos decir es la nación colombiana, es el Estado el garante del ejercicio de los derechos fundamentales, es la justicia la responsable de reconocer estos derechos cuando se han vulnerado y es la administración la responsable de asegurar su ejercicio en el marco del ese bien supremo que es la libertad.

Acudiendo a escritos de Alexy, manifiesta el autor para defender la tesis de que los derechos fundamentales tienen esencialmente el carácter de principios, por lo cual no presentan la estructura de reglas, es decir de mandatos definitivos o normas de todo o nada, tiene el carácter de mandatos de optimización y como principio exigen que se realice en el mayor grado posible según las posibilidades jurídicas y fácticas existentes, rescata el método de su aplicación el cual es esencial para una interpretación sistemática, holística y coherente del sistema jurídico. (Arango, 2005, p. 273).

Es un aporte fundamental y pareciera que este es el concepto usado por la Corte Constitucional colombiana, cuando profiere sus sentencias va más allá de lo literal, de lo expuesto en el Convenio suscrito con la OIT, en tanto ha fallado según nuestra apreciación siguiendo los principios como elementos que sustentan las decisiones orientadas a proteger los derechos fundamentales de las minorías, que para el caso son las etnias sean comunidades indígenas o negras, muchas de ellas en peligro de extinción.

Para explicar los derechos fundamentales desde una perspectiva moral, (Arango, 2005) acude a Tugendhat por los aportes realizados cuando defiende su tesis desde una perspectiva moral imparcial, donde deben haber derechos sociales fundamentales de gran importancia para los regímenes constitucionales y democráticos modernos, basado en la definición de derecho subjetivo, sustentado en las necesidades y el concepto de libertad (p. 275). En este contexto y con el ánimo de facilitar la comprensión, se puede afirmar que la validez moral se refrenda con el reconocimiento

universal y la validez legal con el reconocimiento de un Estado En las sociedades democráticas modernas su reconocimiento se materializa en la Constitución.

El trabajo citado va más allá del concepto de libertad y se conecta con el concepto de la dignidad humana, entendido como lo define la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 en su artículo primero, donde establece lo siguiente, “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Arango (2005) estudia los postulados de Tugenthat para explicar que se puede encausar el concepto de la dignidad humana, entendido como un derecho básico. Para desarrollar esta explicación cita a Henry Shue, quien define y entiende la dignidad humana como aquellos derechos que “tienen que ser cumplidos para que un ser humano pueda reclamar y ejercer en general cualquier derecho”. A estos derechos pertenecen la integridad física, un mínimo vital determinado y ciertos derechos de libertad. La derivación de derechos morales mínimos (derechos humanos) del concepto de la dignidad humana se enuncia en el pensamiento de “que las condiciones en las que vive una persona son dignas precisamente cuando cumplen la condición mínima de que puede ejercer sus derechos y que en este sentido puede llevar una existencia específicamente “humana” y “humanamente digna”,(p. 258).

Los conceptos de daño y necesidad, Arango, (2005) los explica apoyándose en los postulados de Wiggins, quien hace referencia al concepto de necesidad en sentido absoluto definido como los intereses vitales del individuo, estableciendo que: “el concepto de necesidad se debe conectar con el concepto de daño y que dicha necesidad solo pueda ser satisfecha en una situación particular”. (Esta apreciación en su sentido absoluto sirve así como criterio para la determinación de los derechos abstractos (p. 290).

En consecuencia, los derechos abstractos “no deben comprenderse como derechos que existen a priori, son el resultado de una argumentación racional y por lo mismo, pueden también ser derechos a posteriori”. En éste contexto los derechos a la participación política, a la educación, a la protección jurídica, y a la asistencia médica, y en este trabajo la consulta previa como parte del

respeto a la dignidad humana los cuales “forman parte de la clase de los derechos abstractos, son extensiones reconocibles de los principios de la moral social, como condiciones del aseguramiento autónomo de la existencia material de cada individuo” (Arango, 2005, p. 292).

De acuerdo al análisis realizado por Wiggins, Rawls y Michelman, se concluye que los tres autores están de acuerdo con las posiciones, en cuanto a que en sociedades bien ordenadas los derechos sociales fundamentales se confunden con el principio de igualdad y son inicialmente entendidos como derechos de participación derivados de la Ley. (Arango, 2005, p. 295). De la misma manera, se puede afirmar que el concepto de necesidad en sentido absoluto se puede explicar de asociado al daño de la siguiente manera:

“Daño individual inminente llamado a cumplir una función central en la fundamentación de los derechos subjetivos, incluidos los derechos sociales fundamentales, esto implica un concepto ampliado del derecho subjetivo que permita establecer los criterios para conocimiento de su vulneración, puede servir para que se tomen en serio los mandatos de igualdad o desigualdad de trato, según el caso, los cuales es son un reto para los reglamentos constitucionales modernos” (Arango, 2005, p. 297).

De este modo se introdujeron conceptos básicos de derechos: humanos, sociales y subjetivos, indispensables para abordar el tema que nos ocupa el derecho fundamental que tiene las etnias a la consulta previa, dejando de este modo sentado los elementos necesarios para abordar el tema, brindando así las herramientas teóricas necesarias para sustentar el presente trabajo.

1.1. Los Derechos Subjetivos Sustentan el Derecho a la Consulta Previa.

En los párrafos anteriores se hizo un recorrido por las diferentes concepciones planteadas por algunos autores citados por Arango, en las que se estudiaron y trabajaron los conceptos sobre los derechos sociales fundamentales, encontrando las primeras apreciaciones de cómo estos son tomados como un derecho subjetivo, por lo cual se hace necesario adentrarnos en este concepto.

Para una mayor comprensión del contexto y como la Consulta Previa adquiere gran importancia dentro de estas denominaciones; se hace necesario enfatizar sobre las concepciones expresadas para

identificar el derecho subjetivo, de manera específica la explicación del daño como elemento de particular importancia en cuanto afecta al individuo.

Entendiendo entonces que los derechos subjetivos se expresan como posiciones jurídicas cuyo no reconocimiento ocasiona a su titular un daño, es una vulneración inminente sin justificación que cuando ocurre existe la posibilidad de ser compensados. Su reconocimiento se establece en la norma que permite al ciudadano su ejercicio y al Estado la obligación de protegerlo. Estas son las posiciones en las cuales se fundamentan los derechos subjetivos, cuenta como una razón válida la argumentación. En suma se puede decir que en este momento se da la formalización de la construcción expresada en normas. Por esto es válido definir los derechos subjetivos como posiciones jurídicas, que en el caso de los derechos colectivos se presentan como derechos que tienen como titular a una colectividad (o grupo de individuos). (Arango, 2005, p. 72). Es aquí donde aparece el planteamiento de la construcción de los conceptos, para lo cual la argumentación permite expresar posiciones jurídicas, esto es, hay una realidad, hay unos hechos fácticos, los cuales en términos de derechos se construyen como conceptos, se expresan, se explican y dependiendo de sus argumentos da lugar a la existencia de posiciones jurídicas que sirven para expresar, reconocer, validar o reclamar en los casos que estos derechos se han vulnerado.

El derecho subjetivo el autor lo define como una posición normativa, sustentada con razones válidas, de la misma manera que cuando no se reconocen se ocasiona un daño, y que cuando ocurre es posible que el sujeto afectado tenga la posibilidad de reclamar para que de este modo el Estado pueda resarcir el daño que se le ha ocasionado.

Lo anterior aplica a los derechos de abstención (es el caso de la igualdad), y a los prestacionales, presentes en la misma estructura básica: titular, obligado, y objeto de derechos fundamentales compuesto por obligaciones correlativas. Para que se cumpla el derecho abstracto a la libertad, se exige que los obligados primarios cumplan con su obligación de no impedir su libre ejercicio, sino también exige que el Estado como obligado secundario cumpla, garantizando la protección asegurando el libre ejercicio de la libertad especialmente. Si el derecho es puesto en peligro por terceros. La novedad del discurso está en que para explicar los derechos subjetivos este se apoya en la igualdad, la libertad y la dignidad humana, que a nuestra manera de ver son los valores y

principios sobre los cuales se edifica y construye la explicación de los derechos subjetivos y que en el caso del presente trabajo se sustenta, desarrolla e interpreta en términos prácticos, la relación de la consulta previa que normalmente es vista como la obligación constitucional, en términos de principios, y de conceptos que sustenta y soporta este derecho fundamental de la consulta previa.

Sostiene el autor que “los derechos negativos también suponen obligaciones positivas, concepto desarrollado de derechos subjetivos aplicable a los derechos de libertad y de igualdad, que valdría poco si el individuo no pudiera dirigirse al Estado como instancia de protección, en caso de que su derecho fuera amenazado o vulnerado por la conducta de un tercero, para exigir del estado prestaciones positivas, por ejemplo, la movilización del aparato de justicia o de policía - dirigidas a asegurar la efectividad de su derecho”. (Arango, 2005, p. 298).

De lo expuesto anteriormente se concluye que para poder realizar y materializar las posiciones normativas (leyes), se exigen razones válidas (conocidas como derecho *prima facie*) y razones válidas suficientes (conocidas como el derecho abstracto definitivo); cuando no se reconocen y ello ocurre sin causa justificada se está frente a un derecho concreto y definitivo.

Arango (2005) profundizó en el concepto de derecho subjetivo, análisis que permite una interpretación de conjunto, logrando de esta manera diferenciar cada uno de los componentes; de una parte el concepto de derecho subjetivo que permite dilucidar, aclarar y explicar en términos de una posición normativa. Identificando estas posiciones, hace énfasis en aspectos sobre los derechos; haciendo referencia a la posición de un sujeto dentro de un sistema de normas, para significar que el sujeto del derecho se encuentra en una relación específica frente a otros sujetos; en este contexto se define como relaciones.

Más allá de la relación fáctica se trata de una relación normativa dentro de un sistema que vincula a una o varias personas, titulares de derechos y obligaciones, ordenando o permitiendo hacer, o abstenerse de hacer algo. Las posiciones normativas, son consideradas como el resultado de la imputación de un estatus deóntico a razones válidas (derecho *prima facie*), con lo cual se resuelve el problema de su estatus ontológico, si los derechos existen cómo hechos empíricos o como entidades metafísicas. En este contexto Arango aborda los derechos subjetivos y los define diciendo que:

“son el resultado de un proceso de argumentación moral o jurídica. Lo anterior para concluir que el tema fundamental no es por lo tanto, qué son los derechos sino cómo pueden y deben ser justificadas las posiciones normativas, esto se determina mediante el lleno de los criterios de validez de las razones para justificar la posición normativa” (Arango .2005 p. 299).

Frente a la necesidad de aclarar las posiciones normativas sobre los derechos fundamentales, se desarrollan y exponen razones que buscan reconocimiento que se explican simplemente como argumentos; es una posición teórica dentro de un sistema conformado por reglas constitutivas y posiciones normativas de un sistema. (Arango, 2005, p. 301). En este escenario es necesario verificar la validez de las razones de los derechos, como componente esencial para estas posiciones normativas; para lo cual el autor aporta que las razones tienen que ser válidas para poder servir de fundamento a los derechos. De lo anterior se puede afirmar que la validez de los argumentos está en los elementos que sirven para cualificar las razones que sustentan derechos, para ser o no considerados desde el punto de vista formal y material. Explica además la validez formal con razones morales, éticas, pragmáticas, las que valen como posiciones normativas que cumplen con determinadas condiciones formales, como por ejemplo las reglas y principios del discurso práctico general.

Para sustentar sus argumentos el autor tiene en cuenta un criterio de validez material y de contenido, el cual exige razones para posiciones normativas que respeten la autonomía del individuo. Entendiendo que la posibilidad del libre ejercicio de la voluntad es un concepto intrínseco al de derecho subjetivo, el cual es un criterio netamente formal que sustenta las razones y posiciones jurídicas que considera es más adecuado. Expone que es más sensible a la particularidad (la individualidad) de cada cual al evitar la interrupción del discurso libre mediante la exclusión temprana de ciertos contenidos cualificados de inválidos como razones para derechos. (Arango, 2005, p. 302).

La validez material analizada teniendo como referencia el autor, obliga a contrastar con la validez constitucional, lo cual lleva a diferenciar entre lo privado y lo público que explica de la siguiente manera: “En el ámbito del derecho privado vale primordialmente el principio de máxima libertad según el que todo lo que no está expresamente prohibido por la ley está permitido” (Arango, 2005, p. 306). Pero en el plano del derecho constitucional, que serían las reglas de lo

público, la argumentación práctica desempeña un papel determinante en el reconocimiento de los derechos fundamentales. El principio de máxima libertad no vale aquí porque el reconocimiento judicial de nuevos derechos fundamentales tiene como consecuencia una limitación indirecta de la libertad individual. Esta limitación acontece en el marco del aseguramiento de intereses individuales de un sujeto de derecho, no a favor de intereses colectivos. La limitación es indirecta porque en el plano constitucional pueden reconocerse jurisprudencialmente derechos, tales como: el Derecho Fundamental al mínimo vital, que no implica obligaciones individuales directas sino del Estado como un representante de la colectividad que, entre otras cosas, debe financiar su cumplimiento con dineros públicos. En la relación del ciudadano con el Estado se aplican por ello fundamentalmente otros principios, no el de máxima libertad, que sirven a la protección del individuo frente a las decisiones políticas de la mayoría. El principio de protección de las minorías es un ejemplo de la existencia de reglas específicas en el ámbito constitucional.

Al volver sobre derechos negativos el autor expone: que son estos los que tienen obligaciones correlativas de abstención, esto es, de no hacer algo. Esta característica de los derechos negativos ha conducido a algunos autores a afirmar que los derechos negativos son absolutos y universales porque cuentan para toda persona en toda circunstancia. Tal estructura de los derechos negativos facilita el reconocimiento ante una vulneración. La violación de un derecho parece surgir de una acción concreta que infringe el deber de abstención. En este sentido podría decirse que la vulneración es la consecuencia directa de esta acción. El acto mismo puede reconocerse fácilmente y establecerse su legalidad. (Arango, 2005, p. 309).

El reconocimiento de cualquier violación de los derechos, sean estos negativos o positivos, depende de posiciones objetivas que eliminan la indeterminación del contenido del derecho (de la obligación correlativa) de su titular. Estas condiciones consisten en: el daño individual inminente; el no reconocimiento injustificado de una posición normativa definitiva concreta basada en razones válidas y suficientes.

Frente a un daño individual inminente la clave para resolver el problema de la indeterminación del contenido del derecho positivo, en el marco de un concepto de derecho subjetivo encuentra en la relación necesaria con una teoría del riesgo o la responsabilidad, la cual muestra que no sólo las

acciones sino también las omisiones pueden entenderse como causas suficientes del daño. (Arango, 2005, p. 311).

Pasando al caso concreto de la Constitución Política de Colombia (1991), en su Artículo 1 señala que Colombia es un Estado social de derecho, una democracia, participativa y pluralista, en la cual prevalece el respeto de la dignidad humana, la solidaridad como valor esencial de las personas que la integran, prevalencia del interés general. Desde el punto de vista normativo, la Consulta Previa se encuentra reconocida como derecho subjetivo fundamental cuya aplicación y reconocimiento se acerca a los 25 años, después de haber sido promulgada y de aprobada mediante la Ley 21 de 1991 mediante la cual se adopta el convenio 069 suscrito con la OIT, que aún hoy encuentra dificultades para hacer efectivo este derecho, notándose estas diferencias mayoritariamente en los pueblos indígenas.

A nivel conceptual y teórico, el derecho moderno parte de considerar la autonomía de la persona como premisa basada en principios que implican el reconocimiento de la responsabilidad personal y el de la subsidiaridad. De acuerdo con el primero, el individuo es responsable de su propio destino, la responsabilidad personal protege o arroja el concepto de la necesidad fundamental de la autonomía. En cuanto al principio de subsidiariedad, una persona debe ser ayudada cuando no se puede valer por sí misma. La familia, la comunidad nacional o la comunidad humana son posibles obligados subsidiarios cuando el peso de las cargas es de tal dimensión (deberes supererogatorios) para el individuo o el grupo, que no sea razonable exigir su cumplimiento. (Arango, 2005, p. 315).

Es necesario explicar la responsabilidad del Estado, y para ello se afirma que la persistencia en la omisión por parte del subsidiariamente obligado, que para el caso es el Estado como representante de la comunidad nacional, pese a las posibilidades fácticas y jurídicas, es condición suficiente para declarar la violación de un derecho subjetivo de la persona amenazada por la inminencia del daño (derecho definitivo concreto).

En la práctica la unión de estas dos condiciones, la inminencia del daño y el no reconocimiento injustificado de una posición normativa basada en razones válidas y suficientes, resuelve el problema de la indeterminación del derecho subjetivo. La segunda parte del concepto puede

entenderse como un criterio consecuencialista de la violación. (Arango, 2005, p. 316). Esto quiere decir que si hay un daño y es reconocido, es el Estado el obligado a repararlo.

De lo anterior se puede afirmar que la protección de los derechos sociales fundamentales está en función de la urgencia de la situación para el individuo, que lo convierte en un criterio decisivo para el reconocimiento de una vulneración. Esto es así porque no es esta una acción que pueda analizarse en su proporcionalidad, si no hay una omisión como causa de la vulneración, lo que torna más difícil su verificación. Cuando una omisión absoluta constituye una afectación injustificada del derecho fundamental es difícil comprobarla con el principio de proporcionalidad, de tal forma que este principio debe ser complementado por el principio de urgencia en el caso de una omisión absoluta. Esta nos lleva al papel que desempeña la tesis de la urgencia de fundamentar y sustentar los derechos sociales fundamentales. (Arango, 2005, p. 328). Concluyendo que la proporcionalidad no se mide en el origen, no en la causa, sino en el daño como consecuencia de la vulneración.

Según (Grueso C., 2009) Los derechos humanos universales se caracterizan por ser indivisibles, interdependientes y relacionados entre sí. La consulta previa libre e informada es un derecho universal que contribuye a la protección de los derechos de los pueblos indígenas, que orienta sus contenidos y procedimientos. El conocimiento, promoción y protección como Derecho Universal sirve para calificar y graduar como derecho fundamental. (p. 16-17)

1.2. Análisis Comparativo de los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales

En este punto es necesario procurar dar una mayor claridad explicando las diferencias y/o semejanzas entre los conceptos de Derechos Humanos y Derechos Fundamentales, que en la práctica tienen una marcada delimitación así: de un lado están los derechos humanos que demandan validez universal, y de otro los derechos fundamentales que demandan validez general o particular; los derechos humanos como los derechos fundamentales tienen un sentido de importancia similar; la Constitución Política nacional institucionalizó y delimitó los derechos humanos plasmando en la Constitución conceptos que tienen validez universal y una validez general o particular.

Los derechos humanos son derechos universales que tienen aplicación a cualquier persona, en cualquier lugar del mundo, mientras que los derechos fundamentales tienen aplicación a cualquier tipo de ciudadanos, en cualquier lugar del país. Dicho de otro modo, los derechos humanos aplican a cualquier persona, en cualquier parte del mundo, en cualquier Estado, en cualquier Nación, en tanto que los derechos fundamentales son los del ciudadano de un Estado, o de un país, los cuales cuando están reconocidos en la Constitución son objeto de protección, y en nuestro caso el medio de control expedito es la Acción de Tutela.

Los derechos en sentido fuerte, como lo plantea Arango (2005), retomando a Tugendhat, nos dice que el carácter de estos derechos es universal que se limita con la institucionalización en la carta magna de estos y que adquieren carácter general o particular según sea el caso. Se podría decir que se sacrifica la validez universal de los derechos para que estos se tornen en derechos fundamentales, con lo cual los derechos humanos obtienen una mayor fuerza jurídica. Puesto que los derechos humanos y los derechos fundamentales se entienden como derechos que nos otorgamos nosotros mismos, es claro para el contractualismo que los derechos humanos deben verse como el resultado del acuerdo de una comunidad moral mundial.

Es necesario recordar que los derechos fundamentales son reconocidos por una población nacional soberana que opta por garantizar los derechos morales otorgando fuerza jurídica adicional; no se deben confundir los derechos sociales fundamentales con derechos sociales humanos. Los derechos sociales fundamentales exigen validez general al estar institucionalizados constitucionalmente, mientras que los derechos humanos como su nombre lo dice son de todos los seres humanos. Lo anterior significa que los derechos sociales humanos son una exigencia moral para las comunidades nacionales, como lo demuestra la práctica del derecho internacional de los derechos humanos. (Arango, 2005, p. 331).

La diferencia entre los derechos fundamentales de todos los seres humanos y los derechos fundamentales de los ciudadanos de un determinado país para lo cual se hace necesario explicar que: el concepto de derechos fundamentales de todos valen para todas las personas, es un grupo abierto de personas que residen en un territorio nacional, quiere decir que aplican en Colombia a todos los seres humanos independiente de su nacionalidad, cualquier persona que pase o

permanezca en el nuestro territorio del país donde rigen estos derechos es titular de los derechos fundamentales. Para comprender mejor la explicación tenemos como ejemplos el derecho a la vida, a la libertad de expresión o a la intimidad. Por el contrario, los derechos sociales fundamentales son reservados a nacionales o a ciudadanos, los cuales a pesar de su importancia sólo valen para los nacionales de un Estado, siendo de esta manera importantes solo para los miembros de un grupo determinado relativamente cerrado, ya que se encuentra circunscrito para un país o un Estado, de manera que aunque los derechos fundamentales ciudadanos valen para todos los miembros del grupo nacional, estos derechos son particulares y sólo valen para un grupo relativamente cerrado de personas de dicho Estado.

Citando a Rawls, (Arango, 2005) habla a favor del otorgamiento, del reconocimiento de derechos fundamentales particulares a miembros de comunidades determinadas dentro de un mismo país, a minorías como las etnias que habitan un territorio, tal es el caso de las comunidades indígenas, de los negros a la comunidad Rom a quienes el Estado reconoció el derecho a la Consulta Previa y como derecho positivo hace parte del bloque de Constitucionalidad. p. 332).

1.3. Diferentes Concepciones sobre Derechos Fundamentales

Para abordar el concepto de derechos fundamentales, es necesario analizar el alcance de los mismos, lo cual ayuda a hacer claridad y los explica afirmando que existen dos grupos de derechos, los negativos y los positivos: En los derechos fundamentales negativos tales como (derechos de libertad) y derechos fundamentales positivos tales como (derechos sociales fundamentales) se debe tener en cuenta que la protección de los derechos fundamentales por parte de los tribunales constitucionales a lo largo de la historia enseña que la primera probabilidad después de la institucionalización efectiva en un Estado de Derecho están expuestos a no cumplirse en la debida forma, convirtiéndose en un simple escrito plasmado en papel sin repercusiones en los fines buscados. Por lo tanto, la consolidación por vía de protección judicial demuestra que, bajo circunstancias concretas, la necesidad de reconocimiento judicial de un derecho positivo general puede justificarse racionalmente. Por ello también se puede decir que los derechos sociales fundamentales son de pleno sentido. (Arango, 2005, p. 333).

La Consulta Previa es reconocida en Colombia como derecho fundamental, hace parte del bloque de constitucionalidad, la cual expresamente define su alcance y urgencia de protección con medios de control expeditos. Es posible confrontar los derechos sociales fundamentales con los derechos de prestación. Para explicar estos dos conceptos Arango afirma que:

“los derechos sociales fundamentales generan obligaciones fácticas positivas del Estado como correlación, esto significa que una actividad normativa general no es absolutamente necesaria para garantizarlos cuando están amenazados o vulnerados, contrario a la realización de otros derechos de prestación en sentido amplio, como los derechos de protección, organización y procedimiento, sí exigen la expedición de una normatividad de desarrollo del derecho” (Arango, 2005 p 334).

Desde una perspectiva filosófica general de los derechos, Arango, afirma que:

“los derechos sociales fundamentales son derechos generales a acciones fácticas frente al Estado, donde prima lo fáctico como manifestación en el derecho social fundamental general. En consecuencia son derechos positivos generales, es decir, derechos a un estado fáctico de cosas que ha de ser garantizado”. (Arango, 2005 p 334)

Esta afirmación es concordante con lo analizado anteriormente cuando hace referencia a la necesidad de la institucionalización jurídica de los derechos por su carácter universal y abstracto, entrando a jugar un papel fundamental la vía constitucional, la vía legislativa, requiriendo una adecuada división del trabajo en estas esferas de lo constitucional y de lo legislativo, en donde las normas son entendidas como medios para un fin, siendo necesario que el legislador concrete los derechos abstractos y generales consagrados en la Constitución o derivados de ella mediante la consagración de derechos sociales legales.

Un actor esencial para la adecuada observancia de estos derechos es el ejecutivo, el cual debe garantizar el cumplimiento de los derechos sociales fundamentales mediante actos administrativos, y de manera congruente la Rama Judicial, que es quien ejerce el poder público, encargada de llevar el debido control de todo el proceso, logrando de esta manera un ciclo de cumplimiento de derechos que parten con la expedición de leyes por parte del Congreso de la Republica en el actuar en su función legislativa, y luego el debido actuar de las otras autoridades para su cumplimiento.(Arango, 2005, p. 335). Estas condiciones se cumplen en la Consulta Previa

reconocida como Derecho Fundamental en el bloque de constitucionalidad, ya que es el Estado como garante del ejercicio de este derecho quien delega en los ministerios del interior y de ambiente, los que se encargan de que el derecho se cumpla. Para el caso estudiado, cuando se vulnera un derecho, en este caso el Derecho Fundamental a la consulta previa, existe la posibilidad de acudir a la justicia, como ha ocurrido hasta ahora por la vía de un medio de control constitucional como es la acción de tutela para garantizar el derecho y resarcir el daño si a ello hubiere lugar.

De esta manera (Arango, 2005) lleva a comprender como se garantiza el ejercicio de los derechos sociales fundamentales mediante la aplicación del principio de desigualdad de trato. (ó lo que algunos autores denominan discriminación positiva por la vía judicial). Esto se justifica bajo un criterio de diferenciación que nos lleva a observar una asimetría legal que justifica el trato desigual más favorable, el cual no se requiere para su reconocimiento, puesto que, estos se derivan directamente de la Constitución por interpretación, hace referencia a minorías que necesitan tratamiento diferencial para de esta manera lograr la protección adecuada de sus derechos, más aún cuando se puede estar ante situaciones de urgencia, lo cual se traduce en una situación del individuo, en este caso una misma decisión legislativa debe retroceder ante el cumplimiento de la función del Juez en procura de la protección de los derechos, de tal forma que se evite un resultado fáctico que vaya en contra del ordenamiento jurídico por la eventual vulneración de los derechos fundamentales. Por ello en lo concerniente a los derechos de protección, organización y procedimiento se hace necesario la adopción de medidas legales para realizarlos. (p. 336). La mayor parte de las decisiones hoy por hoy son tomadas por la vía de la Acción de Tutela, procedimiento ágil que se estableció en Colombia con la Constitución de 1991 para proteger los derechos fundamentales.

1.4. Los Derechos Sociales Fundamentales y La Democracia.

Hablar de derechos sociales fundamentales y de minorías es adentrarse también en el concepto de democracia, relevante en los estados modernos, como antesala al concepto de justicia compensatoria, esto por cuanto los derechos sociales fundamentales en el Estado constitucional y democrático moderno cumplen la función de etapa previa de cualquier distribución justa, que de

otra manera no es posible garantizar iguales derechos a todos, en donde prima el criterio correctivo de forma objetiva para una situación defectiva, mediante una argumentación persuasiva y convincente. Es diferente el trato para la justicia distributiva, cuando el criterio correctivo no está a disposición de la voluntad política, caso en el cual no depende de elecciones subjetivas o preferencias de peso relativo que requieran de deliberación para su institucionalización, sino que se trata de un criterio que puede justificarse, dada la situación de urgencia del individuo, sustentando el caso con razones válidas y suficientes.

Arango para clarificar este argumento, hace referencia a la aplicación adecuada por parte de las democracias modernas, cuando afirma que:

“Para concebir los derechos sociales fundamentales como un caso de aplicación de la justicia compensatoria consiste en que éstos son derechos a acciones positivas fácticas del Estado de gran importancia, los cuales derivan directamente de las constituciones democráticas modernas si es que el individuo ha de ser tomado en serio. Los derechos fundamentales – incluido el derecho al mínimo vital- deben ser garantizados previamente a la distribución democrática de bienes y cargas por parte del legislador ordinario. En este sentido, la justicia correctiva tiene una especie de primacía sobre la justicia distributiva en los estados constitucionales modernos”. (Arango, 2005, p. 342).

Dicho de otro modo, la vulneración de un derecho fundamental como la Consulta Previa debe ser compensado, y para ello se está en la posibilidad de acudir a los jueces en busca de protección.

Lo anterior significa que los jueces deben reconocer los derechos sociales fundamentales mínimos por vía de la aplicación de los criterios de justicia compensatoria. Arango (2005) llega a esta conclusión a través de los razonamientos de Rawls y Habermas, quienes sustentaron sus argumentos apoyándose en la tesis de Michelman, según la cual los jueces, a la luz de los principios constitucionales, están obligados a su reconocimiento al admitir que las necesidades antropológicas arraigadas, como la integridad física, la salud, la libertad de movimiento y demás, ponen límite a la deliberación y valoración y decisión de intereses concurrentes. (p. 345). Vale la pena complementar la explicación con la afirmación de Habermas, quien concibe el derecho objetivo como:

“el conjunto de normas positivas que tienen por función estabilizar la sociedad, es decir, que poseen un carácter social integrador. Las normas deben llenar dos condiciones que son

contradictorias: se presentan como imponiendo ciertas conductas fácticamente: el autor de una acción estratégica debe ajustar su conducta a ellas; y al mismo tiempo las normas deben ser válidas, lo cual quiere decir que estas deben estar legitimadas. De allí la tensión entre facticidad y validez que es característica del Derecho”.

1.5. Concepto sobre Minorías y Democracia.

(Habermas, 2001), en su libro *Facticidad y Validez sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho*, sostiene que el concepto de minorías está ligado al ejercicio de la democracia, por lo tanto según él, es necesario realizar un análisis de la participación de las minorías, manifiesta además que son los estados modernos los que han incorporado los derechos sociales fundamentales en la Constitución: Para el Estado colombiano, este lo reconoce, y por lo tanto pasa a hacer parte de los estados modernos, temas sobre los cuales se trabaja y desarrollan a continuación.

1.5.1. Democracia Representativa y Crisis de Representación

(Rodríguez Peñaranda, 2005) en su libro “Minorías, Acción Pública de Inconstitucionalidad y Democracia Deliberativa”, explica el concepto partiendo de los inicios de las democracias, en especial de las democracias anglosajonas y europeas, analiza la evolución del concepto de minoría, que en sus inicios se tenía para ese conglomerado poblacional de las élites económicas y políticas que buscaban como subsistir en sus postulados ante unas mayorías sociales, carentes según ellas de capacidad para dirigir sus naciones.

Siguiendo la evolución en el tema la autora manifiesta que para definir y entender lo que hoy son las minorías manifiesta que estas están conformadas por los grupos de población más vulnerables de la sociedad. Para desarrollar el concepto de minorías en el marco del concepto de la democracia, el cual a lo largo del tiempo ha venido mutando y ahora es diferente de los imaginarios en los siglos XVIII y XIX, define las minorías relacionadas con aquellos colectivos que se encuentran en desventaja respecto al resto de la sociedad por factores permanentes, y que la escasa capacidad adquisitiva se ha ensanchado injustamente con ellas. (Rodríguez Peñaranda, 2005, p. 61). Es en este contexto que en el trabajo se abordaran los conceptos de minorías étnicas, sean estas de indígenas, negros o de comunidades Rom o Gitanos.

Estas minorías hacen parte de la mezcla cultural de nuestro país y de la misma memoria histórica, que guarda el patrimonio que ha permanecido como arraigo conservando la cultura tradicional del país. Por esto Rodríguez menciona que para un país multiétnico y pluricultural como Colombia, el concepto se puede construir desde “la experiencia del multiculturalismo puede así caracterizarse como el resultado de un reequilibrio constante entre las demandas de reconocimiento que plantean las minorías y la capacidad integradora del sistema político y en última instancia, del sistema constitucional” (Rodríguez Peñaranda, 2005 p. 62).

En sus aporte la autora cita la Constitución Política de Colombia, (1991), en especial el Artículo 330⁶ que de manera taxativa reconoce y regula un tratamiento especial y diferenciado para las minorías, lo cual no resuelve el problema de la representación insuficiente, no atañe únicamente a las minorías étnicas, raciales y nacionales, sino también a ciertos colectivos considerados sensibles de la sociedad.

Resalta además que no solo es el hecho de la protección de las minorías como un derecho constitucional, sino la crisis de representatividad que las afecta, por cuanto no tienen el poder y los mecanismos adecuados para acceder a las decisiones de poder que las afecten, estando circunscritas a las decisiones que se tomen por parte de las mayorías representadas en los diferentes órganos de poder. De aquí que estos colectivos poblacionales hayan buscado corregir esta falta de representación, estableciendo ésta como una falla constitucional que necesita mejorarse, frente a reclamos permanentes por parte de estos grupos étnicos. Sobre la necesidad de corregir carencias en términos de representación que no fueron asumidos, ni resueltos por la Constitución Política del 1991.

⁶“.....los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones: 1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios. 2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el plan nacional de desarrollo. 3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución. 4. Percibir y distribuir sus recursos. 5. Velar por la preservación de los recursos naturales. 6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio. 7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional. 8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren. 9. Las que les señalen la Constitución y la ley, para la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

Afirma que es el silencio el que obligó a los afrocolombianos a insistir en el tratamiento desigual que estaban recibiendo frente al brindado a los indígenas, lo cual llevo a expedir la Ley 70 del 1993. Esta respuesta legislativa resolvió dos problemas específicos: el derecho de propiedad colectiva de las tierras de asentamiento de afrocolombianos; y la protección cultural, incluso derechos para el fomento de su desarrollo económico y social. (Rodríguez Peñaranda, 2005 p. 86). La protección cultural es uno de los ejes centrales en los cuales se basa la Consulta Previa el cual se puede definir como sustento al ejercicio del Derecho Fundamental a ser consultados.

La defensa de los derechos fundamentales y colectivos recae en el Estado, siendo coherentes con el modelo dispuesto; este facilita el proceso de apropiación del lenguaje de los derechos y la implementación de las vías legítimas para protegerlos de las posibles vulneraciones, incluyendo las provenientes del legislador, los cuales son cada vez más explícitos en las sentencias de la Corte Constitucional sobre la Consulta Previa. En otras palabras, el reconocimiento de la pluralidad cultural y la aceptación de las dificultades para conseguir la representación de todos los ciudadanos, cuando la fragmentación se impone, hacen que otras vías por fuera del parlamento, sean favorecidas para conseguir un equilibrio en la participación ciudadana y en la toma de decisiones públicas. Estas otras vías dan por sentada la implementación de cláusulas de positive action o discriminación positiva, como medida necesaria pero insuficiente. (Rodríguez Peñaranda, 2005, p. 112).

Son varias las sentencias que se pueden traer al tema referente a la protección del derecho fundamental a la consulta previa, una de las cuales se citan en los siguientes apartes de la Sentencia T – 006 de 1992 en la cual se manifiesta que:

“El ejercicio de la jurisdicción constitucional es indispensable en un Estado de derecho, es hoy además crucial, a fin de mantener un adecuado equilibrio de poderes y salvaguardar la esfera de la libertad y los derechos de grupos y minorías carentes de influencia real en el proceso de toma de decisiones. La intervención creciente del Estado en sectores de la vida económica y social, antes alejados de su interferencia, ha multiplicado el tamaño y poder de la administración y modificado el papel de la ley y la función del Congreso; sumado al grado de incidencia de los grupos privados organizados sobre las dos ramas que concentran los más importantes recursos de poder de la sociedad como son la Rama Judicial, llamada a contrapesar inteligente y responsablemente el crecimiento del ejecutivo y el legislativo modernos”.

Según Rodríguez Peñaranda, (2005), estos antecedentes han permitido un fortalecimiento de la justicia constitucional marcado por sus decisiones de protección de los derechos fundamentales, además afirma que:

“la necesidad de depositar en alguna institución no militar el poder moderador de su sistema político presidencial y unitario, en un país que tiene que lidiar con una crisis de representatividad permanente en razón a su diversidad étnica y cultural, en donde una de las maneras de paliar estas deficiencias de representatividad en la democracia procesal es dar participación a sectores excluidos, de manera definitiva o permanente, en la defensa constitucional de sus derechos y el cumplimiento de la Constitución” (p. 116).

Asimismo añade que las falencias en cuanto a falta de representación y de protección de estos colectivos vulnerables se favorecen en su protección por las sentencias de la Corte Constitucional, de manera que desde el punto de vista teórico podemos afirmar que con actuaciones la Corte Constitucional se puede intentar salvar el acuerdo mayoritario eliminando aquellas partes que agreden a otros colectivos, haciéndolos partícipes de aquellas leyes que no los cubren, en otros casos las sentencias administrativas, con todas las precauciones que requieren, permiten que el juez corrija la omisión legislativa relativa, incorporando un nuevo contenido normativo a la disposición legal insuficiente o defectuosa. (Rodríguez Peñaranda, 2005)

En el caso de las minorías, en la medida que se integra de todos y cada uno de los ciudadanos que podrían ubicarse dentro de la mayoría, pero que en razón de ciertos matices propios de la historia personal y condiciones físicas, económicas, sociales, se diferencian puntualmente, o tal vez solo coyunturalmente de los demás. Llevando de esta manera a que las minorías desprotegidas puedan integrarse al conjunto de la sociedad, constituyéndose hacia futuro como un todo, pero con respeto y guardando a la vez esas características propias de su identidad social, física, económica y cultural. De esta manera, como lo menciona Rodríguez Peñaranda, (2005) donde aserva que:

“resulta transformada la dinámica del proceso de permitir la participación abierta, el cual favorece colectivos que comparten una misma visión sobre la ley se asocien y se organicen a nivel social, que busca soporte por parte de los ciudadanos haciendo publicidad y difusión a sus ideales; y en lo jurídico-político, que implementa las herramientas legales y constitucionales en la defensa de sus intereses”. (p. 121)

De esta manera, los diferentes colectivos y minorías que sufren discriminación o vulneración en la protección de sus derechos fundamentales tienen la posibilidad de coadyuvar en dicha protección cuando sean miembros de sus comunidades quienes sean los vulnerados en sus derechos, sobre lo cual ya se han dado varios precedentes de cómo estos grupos organizados actúan en contra de las leyes o normas que los afecten de forma negativa, como es el mismo caso de la consulta previa, permitiendo a su vez sentar precedentes constitucionales de la protección de derechos fundamentales, para los colectivos que con frecuencia sufren diversos tipos de discriminación y que se encuentran organizados, como: la Organización Nacional Indígena ONIC, las organizaciones en defensa de los desplazados, que a su vez tienen la posibilidad de coadyuvar en demanda que involucren miembros de su comunidad, o de actuar contra leyes que los excluyan o perjudiquen. (Rodríguez Peñaranda, 2005, p. 189).

1.5.2. Las Minorías y el Cumplimiento del Deber Constitucional

Con el objeto de presentar como el Estado colombiano cumple con el deber constitucional con las minorías étnicas, se parte de la Constitución Política Nacional, donde se encuentran las bases suficientes para la protección de los derechos de las minorías, lo propio en el bloque de constitucionalidad, es por ello que se afirma que una adecuada interpretación conlleva a la debida protección de derechos humanos.

Un derecho de gran importancia es el de la igualdad, esencial cuando se trata de la protección de derechos fundamentales, y es en la Constitución política donde están las bases para su adecuada interpretación. (Rodríguez P., 2005), hace un análisis de cómo la Constitución misma brinda herramientas interpretativas, haciendo referencia al artículo 13 refiriéndose al derecho a la igualdad, explicando la doble dimensión en la ley y ante la ley. Concretamente en su primer inciso consagra la igualdad como derecho fundamental a la no discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, establece un compromiso del Estado para la promoción de condiciones que aseguren que la igualdad sea real y efectiva, y una segunda perspectiva cuando adopta medidas en pro de los grupos discriminados o marginados, en lo que podría constituir una cláusula de igual protección. De acuerdo a lo anterior Rodríguez resalta que:

“Esto es un mandato que prohíbe la expedición de leyes o la continuación de prácticas que agraven (o perpetúen) la posición subordinada de un grupo especialmente desaventajado, esta cláusula, está orientada a brindar una especial protección a los grupos que por sus condiciones físicas, mentales, culturales, étnicas o de historia de opresión, requieran una preferencia en la atención por parte del estado”. (p. 340).

Este concepto de igualdad es de gran importancia al hablar de minorías, las cuales requieren de una adecuada y especial protección de sus derechos fundamentales, existiendo un gran compromiso de protección de derechos consagrado en la Constitución Política, en especial el de la igualdad social. El Estado adquirió un compromiso que va más allá de la cláusula de igual protección, pues en ella expresamente se introdujo un nuevo concepto, diferenciador y de grandes repercusiones en la interpretación de la Constitución y las leyes, como es el de “sujetos de especial protección”. Con este precedente las minorías se ven rodeadas por una esfera protectora cuando el constituyente llamó la atención del Estado para la protección en forma especial de ciertos grupos que por sus condiciones económicas, físicas, mentales, o de debilidad manifiesta o mera vulnerabilidad requieren de una excepcional consideración por parte del mismo. Es así, como la Constitución emana como sujetos de especial protección a las mujeres (arts. 43 y 53), las minorías étnicas y afrocolombianas (arts. 7 y 55 transitorio), los niños (44, 45 y 50), los mayores (art. 46), los trabajadores (art. 45) y los discapacitados (art. 13). (Rodríguez Peñaranda, 2005) 2005, p. 341).

Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta las conclusiones de (Rodríguez Peñaranda, 2005), es posible afirmar que los derechos de las minorías se encuentran reconocidos constitucionalmente sustentado en el bloque de constitucionalidad y los precedentes constitucionales que van fortaleciendo la debida interpretación. Por lo tanto, no se trata solamente de confianza en la buena voluntad de los jueces, sino el deber constitucional, en donde la función de la Corte Constitucional es la de salvaguardar la Constitución dando cumplimiento a sus mandatos. (p. 342).

Tomando como base el trabajo investigativo realizado por (Rodríguez Peñaranda, 2005)se concluye que ha existido una adecuada protección de derechos de las minorías y en este sentido afirma que:

“revisadas las sentencias de la Corte Constitucional se nota que es protectora de las minorías, muestra un compromiso superior con las minorías étnicas, encontrado un sitio despejado en la

sociedad y el Estado, simplemente porque el espacio de las mayorías ya goza de su propio ámbito de existencia y protección, legitimado por las decisiones protectoras de los derechos de las minorías, huellas dejadas en un camino construido por decisiones que dan legitimidad de la justicia constitucional”. (Rodríguez P., 2005, p. 356 - 357).

1.6. La Consulta Previa, el Control Judicial y la Opinión Pública como Ejercicio de un Derecho Fundamental

La Consulta Previa entendida como el ejercicio propio de la democracia, es un derecho fundamental que en las leyes cuenta con mecanismos de control judicial encargados de asegurar la participación de las minorías étnicas, de los pueblos indígenas y tribales, de los negros, de la comunidad Rom y de los demás sectores de la sociedad, que hoy por hoy es seguido e influido por la opinión pública.

En este aparte, el presente trabajo hace referencia al control judicial de la Consulta Previa como ejercicio del derecho fundamental, que vincula posiciones teóricas referidas a temas culturales, sociales y económicos. Estudios de autores como Habermas, Santiago Nino y Oscar Mejía, ofrecen definiciones y conceptos que serán de aplicación a la Consulta Previa, los cuales se desarrollan en este capítulo, y cuyos principios pretenden asegurar los derechos de las minorías étnicas; estudiando como su implementación ha generado inconformidades en las comunidades involucradas y en amplios sectores de la sociedad, así como controversias sobre la manera como se adelantan los procedimientos, discrepancias en la interpretación del concepto, alcance y sus implicaciones socio - económicas y culturales en la democracia del país.

La Consulta Previa bajo los parámetros anteriores, se entiende como ejercicio de la democracia, es un procedimiento, es una herramienta por medio de la cual se hace efectivo un derecho fundamental que tienen las comunidades étnicas, de ser consultadas cuando se pretende realizar una intervención o desarrollar una obra o actividad. Como se explicó anteriormente, constituyen la base de la democracia, en un núcleo normativo del bien común en las sociedades modernas, es el reconocimiento que sociedades y grupos minoritarios pueden decir nosotros somos el pueblo soberano popular entendido como el conjunto de sujetos de derechos.

Para soportar la explicación anterior nos apoyamos en una concepción particular de democracia entendida como la comunicación entre individuos y la sociedad, donde no hay orientaciones valorativas o identidades culturales ajenas a la revisión y la crítica, no se excluye del consenso liberal y democrático en donde lo esencial son los derechos fundamentales. Las identidades colectivas de carácter nacional, cultural o religioso examinadas con una moral política, son pensables sin vulneraciones de tipo moral, si se da el tránsito a un estado jurídico de tipo cosmopolita, en cuyo caso se reproducirá a escala mundial lo ético, la relativización de las tradiciones culturales particulares y su transformación.

Acudiendo a los conceptos de Niño, (1997), se puede explicar que la Consulta Previa reconoce la importancia del control judicial de constitucionalidad, dotando de una jerarquía a los órganos judiciales en la vigilancia de los derechos individuales, para garantizar la democracia y libertad, lo cual implica limitaciones y procedimientos para asegurar que ciertos derechos no sean violados, incluso por decisiones mayoritarias, dicha protección se puede dar a través de mecanismos que se encuentren fuera del proceso político.

En este sentido, el control de constitucionalidad es compatible con el concepto de democracia, puesto que al poner en vigor la carta fundamental, los jueces rinden honor a la soberanía popular, por lo tanto el control judicial de constitucionalidad da legitimidad democrática (Niño, 1997). Para establecer la conexión entre el valor de la democracia y el control judicial de constitucionalidad, se hace necesario sustentar el argumento que dice que los prerequisites ideales del proceso democrático gozan de valor epistémico, de igual forma, debería haber una subclase de situaciones en las que los jueces puedan establecer las condiciones que le provean al proceso democrático un valor epistémico.

Por otro lado, (Mejía Quintana, 2002) hace referencia al papel de los tribunales constitucionales, que hoy en día son de vital importancia para mantener la estabilidad de la sociedad, la cual es compleja o que está diariamente en conflicto y de alguna manera está dividida en sociedades minoritarias y mayoritarias en los temas étnicos, políticos y sociales. Por dichos temas se retoma una discusión que existe entre Kelsen y Schmitt, que en este sentido hacen referencia a una

pregunta, ¿quién debe ser quien administre la constitución?, teniendo en cuenta la necesidad de favorecer a las minorías frente a las mayorías que siempre tienen el poder.

Por otra parte, (Mejia Quintana , 2002) refiriéndose a Habermas propone que los tribunales constitucionales deben amparar casos difíciles en un modelo de democracia, defiende sus postulados en el sentido que hoy día se debe llevar un modelo de democracia deliberativa, para superar las limitaciones estructurales de la democracia liberal, esto supone que el papel de los tribunales constitucionales es el de facilitar y permitir la defensa de las minorías excluidas, teniendo en cuenta decisiones justas para todos, propiciando un modelo alternativo de democracia deliberativa, en el cual el papel de la democracia formal o directa, debe ser el soporte del modelo de democracia deliberativa que garantice que es posible hacer justicia constitucional, concepto que se aplica en la Consulta Previa.

Niño, (1997), propone que el procedimiento democrático debe incluir una amplia participación en la discusión entre: aquellos potencialmente afectados por la decisión que se tome, libertad de los participantes de poder expresarse por sí mismos en una deliberación, la igualdad de condiciones bajo las cuales la participación se lleva a cabo, la satisfacción del requerimiento de que las propuestas sean apropiadamente justificadas, y el grado en el cual el debate es fundado en principios, en lugar de consistir en una presentación de intereses. El autor parte del postulado de John Hart Ely, quien asegura que el poder judicial es el árbitro del proceso democrático, anota que el papel de los jueces es garantizar el respeto de los derechos a priori tales como la libertad de expresión, protección contra agresiones y restricciones políticas, y aquellos relacionados con el bienestar, por tanto, el control judicial de constitucionalidad debe ser lo suficientemente amplio, dado que las condiciones socioeconómicas son prerrequisito para la participación en igualdad de condiciones.

Al hacer el análisis y aplicarlo al caso de estudio en el proyecto **Mande - Norte**, se evidencia que el control judicial utilizado es la acción de tutela, que el fallo de la Corte Constitucional mediante fallo proferido en la Sentencia T-769 del año 2009, hace referencia a la aplicación del derecho fundamental a la consulta previa como instrumento de protección para algunas comunidades indígenas y negras que habitan territorios del área de influencia del Proyecto en los

Departamentos de Antioquia y del Chocó, de manera particular su respuesta a las demandas concretas sobre los hechos del proceso, que en este caso le ponen límites al gobierno para proteger a las minorías y sus derechos fundamentales.

Según (Mejía Quintana , 2002), La influencia de la opinión pública en la Consulta Previa surge de un proceso circular, del poder comunicacional en el modelo expuesto por (Habermas, 2001), donde se garantiza el poder comunicacional social y se permite también la participación de la ciudadanía en temas político - administrativos. La finalidad de este modelo es una competencia dual sobre los vinculados al sistema social y el poder administrativo de la burocracia. En este contexto, se le apuesta a un tribunal constitucional, en procura de garantizar decisiones justas para todos y no decisiones buenas para algunos, asegurando al nivel más alto la justicia social, frente a modelos convencionales de democracia formal y directa; adopta un modelo alternativo de democracia deliberativa que el autor sustenta en un modelo sociológico de política deliberativa de doble vía para obviar las objeciones de que la suya es una propuesta prescriptiva y no empírica. Le sugiere al juez constitucional comenzar a pensar la democracia en tales términos y concebirla en una dinámica donde la opinión pública se constituye en unos elementos insuperables del mismo proceso de adjudicación constitucional.

La opinión pública es un espacio de comunicación que se genera a través de una red de contenidos, que sirve a la creación de opinión y ayuda a la toma de posiciones; es un flujo de comunicación, con la cual se construye la opinión pública en torno a temas específicos, es además un espacio que se reproduce a través del lenguaje hablado o escrito como acción comunicativa cotidiana (Mejía Quintana, 2002).

Mejía Quintana (2002), retomando a Habermas, afirma que la opinión pública se distingue por la estructura de comunicación, es una acción orientada al entendimiento, se refiere al espacio social generado en la acción comunicativa en donde las estructuras de comunicación de la opinión pública llevan al público a la necesidad de tomar decisiones, por tanto no se ocupa de las funciones, tampoco de los contenidos, se ocupa de la influencia que pueda tener en las decisiones reservadas a las instituciones encargadas de tomarlas.

La opinión pública en cuanto genera influencia, los generadores o creadores de opinión luchan por ejercerla, entendiendo que puede manipularse, pero no puede comprarse públicamente, ni tampoco sacarlas con el ejercicio de presión pública. Esta circunstancia se explica porque un espacio de opinión pública no puede fabricarse a voluntad, sino que dicho espacio junto con su público, tiene que haberse formado como una estructura autónoma y reproducirse a través de sí mismo. En el contexto de la sociedad civil es posible que se generen organizaciones y movimientos surgidos de forma más o menos espontánea, que recogen y hacen eco a los problemas que la sociedad encuentra en los ámbitos de la vida privada, la condensan, le elevan el tono y lo transmiten a la comunidad creando de este modo espacio de opinión, sean estos públicos o políticos.

Es de anotar que para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales no basta con evitar las deformaciones de la opinión pública, se requiere una sociedad civil que mantenga las estructuras de comunicación con la comunidad para asegurar que existen espacios de opinión pública. En este sentido, se diferencia claramente que para los movimientos sociales es una cuestión de supervivencia el encontrar formas de organización que creen solidaridades y espacios públicos para los medios de comunicación que se surten de apoyos y contribuciones ya producidos que representan, convirtiéndose en una vulnerabilidad para la misma sociedad civil al someter los mensajes seleccionados a diferentes estrategias de elaboración de la información, que casi solo puede ser contrarrestada con el profesionalismo de quienes ostenten ese poder en los medios de comunicación, junto al cumplimiento de principios en procura del bienestar de los ciudadanos y el de mantener una prensa libre e independiente.

La opinión pública marca la tendencia de una sociedad ó de un individuo hacia hechos sociales de relevancia para sí mismo o para su comunidad, que le reporten algún tipo de interés, ha sido también el concepto dominante en lo que ahora parece referirse a la comunicación política como un modelo sociológico, donde la forma de superar los problemas pos convencionales de la opinión pública se logra adoptando un modelo de democracia, el cual supera aquellos paradigmas liberales (Mejía Quintana , 2002).

Acudiendo a conceptos de Habermas, (Mejía Quintana, 2002) fundamenta este modelo sociológico de política deliberativa de doble vía, como un modelo prescriptivo, que no es empírico y que será la regulación imparcial de la vida común que respeta las diferencias individuales y colectivas, donde la opinión pública surge de un proceso circular de poder comunicacional, que garantiza y permite la participación de la ciudadanía en temas políticos - administrativos. Se hace necesario considerar que la opinión pública tiene una amplia tradición como campo de estudio,

Cuando se relaciona estrechamente la democracia con el predominio de los medios de comunicación modernos, en una sociedad masificada el territorio de la opinión parece retomar un nuevo enfoque, tema que está ligado con la Consulta Previa, ya que se toma como base la participación de los ciudadanos y la democracia para que las minorías puedan ser consultadas y así efectuar un cambio u obra en la comunidad, por ello la opinión pública influye y está ligada a la participación ciudadana.

La legitimidad política, frente a la globalización de los procesos políticos, económicos, tecnológicos en el mundo actual, significa de entrada que las decisiones económicas y políticas que podíamos llamar locales (aun cuando se tomen democráticamente), afectan a cada vez más hombres y sociedades que no han participado en absoluto en la toma de esas decisiones. En este caso la lógica del discurso democrático en las sociedades liberales se debe orientar a hacer valer la voz de aquellos que se ven afectados por las decisiones políticas fundamentales, las decisiones democráticas han de estar representadas en el discurso democrático teniendo en cuenta la globalización de la política y de la economía en donde el círculo de afectados por estas decisiones ha experimentado una vertiginosa ampliación.

Las identidades colectivas de carácter nacional, cultural o religioso examinadas con una moral política no son pensables sin vulneraciones, si se da el tránsito a un Estado jurídico de tipo cosmopolita se reproducirá a escala mundial la tragedia de lo ético, ya que la relativización de las tradiciones culturales particulares significa su transformación en un mundo globalizado.

La encrucijada del mundo de hoy lleva a una discusión que concluye que la discusión entre derechos del hombre y los del ciudadano, que debe estar regida por los principios de asociación

voluntaria, universal, en donde temas como el cambio de ciudadanía debe ser tan fácil o como lo es hoy un cambio de residencia, de profesión, de universidad o una separación matrimonial. En este caso democracias locales aisladas tienen sus días contados como consecuencia de la influencia universal tales como las migraciones, el medio ambiente puesto que decisiones tomadas en cualquier parte de la geografía afectan el resto de la humanidad.

1.7. La Consulta Previa Explicada como Derecho Universal y Derecho Social Fundamental.

Los derechos subjetivos son reconocidos por el poder legal, lo anterior significa que el derecho a la Consulta Previa es un derecho positivo que hace parte del ordenamiento jurídico, y que para el caso estudiado está debidamente legitimado en el bloque de constitucionalidad el cual se orienta en el sentido de proteger las minorías o comunidades en riesgo de desaparecer.

Estos derechos exigen un mínimo social, el cual se garantiza con la participación, y se explica con la teoría de justicia, que predica la necesidad de garantizar la participación de la población. La Consulta Previa cumple con los postulados enunciados, se fundamenta en el auto respeto, y una manera de hacerlo notar es que está en la Constitución, por cuanto dadas las desigualdades de la sociedad, es necesario que los derechos sociales sean compensados a través de procesos democráticos que se recogen y se ven reflejados en la ley; como derecho subjetivo se fijan límites, legitimando al sujeto para afirmar su voluntad, sin que esto quiera decir que vaya más allá de la libertad de los demás, así el otro esté en condiciones de inferioridad.

Como derecho positivo legitima los derechos sobre la igual la libertad, la protección jurídica y participación política para proteger las condiciones de vida, garantizar la supervivencia en medio de la desigualdad, como derechos son bienes colectivos susceptibles de ser recuperados, están basados en la necesidad de supervivencia con respeto a la libertad, pero más allá como bien superior esta la dignidad, la integridad física y el mínimo vital. Como concepto abstracto, son el resultado de la argumentación racional, la participación política y la educación, y la protección jurídica.

Como derecho subjetivo, en la medida que es reconocido por la ley, en caso que se ocasione un daño, el Estado está en la obligación de garantizar el ejercicio del derecho y la protección, en tanto vincula personas titulares de derecho y obligaciones, y existen hechos empíricos susceptibles de la argumentación jurídica.

2. La Consulta Previa Derecho Humano y Fundamental.

Se aborda a continuación la Consulta Previa como derecho humano, convertido en derecho fundamental desde el momento que hace parte del Bloque de Constitucionalidad, lo cual no es otra cosa que el derecho debidamente reconocido por el Estado que tienen las minorías étnicas (Comunidades indígenas, negras y Rom) a ser consultados, reconocido además como un derecho de minorías a través de la historia el cual ha evolucionado; en principio fue reconocido por la carta de la Naciones Unidas para aplicarla en procesos de descolonización, luego evolucionó para la independencia de los países y hoy es reconocido como derecho humano que en Colombia hace parte de la Constitución por lo mismo hace parte de los derechos fundamentales.

“Como derecho de los pueblos indígenas a ser consultados se encuentra el derecho a la libre autodeterminación, este derecho fue reconocido por primera vez en la carta de las naciones unidas el 26 de junio de 1945 en sus artículos 23, 27 y 61 desde una perspectiva que atendía solo el contexto de la descolonización, posteriormente fue recogida en el artículo 2 para la independencia de los países y pueblos coloniales y hoy es reconocido como un derecho humano y un derecho fundamental por ser parte del bloque de constitucionalidad.”. (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos, 2007)

La consulta previa, libre e informada es un derecho fundamental de la etnias ,por lo tanto lo es de los pueblos indígenas, de los negros y de la comunidad Rom, lo cual significa que las etnias tienen derecho a la autonomía y al autogobierno, reconoce y respeta la cultura propia, y el derecho que tienen estas comunidades para definir sus prioridades en el proceso de desarrollo (Grueso C., 2009, p. 17) Su ejercicio requiere de instrumentos y medios de participación en las decisiones sobre todos los asuntos que le conciernen a los pueblos indígenas.

Colombia aprobó (Convenio Internacional 169, de 1987) ratificado por la Ley 21 del 1991. A partir de ese momento es obligatorio adelantar la Consulta Previa para todos los programas o

proyectos que se vayan a desarrollar en una zona habitada por una comunidad indígena, afro descendiente o minoría étnica cuando se afecte ese territorio. Las comunidades cobijadas por la protección de este derecho fundamental reconocido en el bloque de constitucionalidad están en el derecho de aceptar o no el programa, el proyecto, la norma, o la medida administrativa; aceptación que se materializa en un acuerdo, el cual debe ser resultado de una consulta oportuna, informada, de tal forma que el resultado sean decisiones libres en el marco del respeto al ejercicio de sus derechos y de la autonomía que estos pueblos tienen de elegir su propio desarrollo.

En Colombia se han presentado casos en los cuales empresas nacionales y extranjeras abusan de la situación en que se encuentran las etnias, abusan de las condiciones de indefensión de los indígenas y de los negros y que en muchos caso el Estado omitió el deber constitucional de consultar medidas o normas que los afectan, lo cual ha obligado a estas las minorías a acudir a la justicia en busca de protección de un derecho humano, un derecho fundamental. La literatura refleja casos en los cuales las comunidades fueron manipuladas por algunos líderes de su comunidad, buscando beneficios económicos, casos en los cuales no ha sido posible adelantar la Consulta Previa y obtener su consentimiento para que el gobierno o los empresarios puedan ejecutar proyectos de inversión. Esta afirmación se prueba en el caso mande Norte, como algunos directivos sin la debida autorización o representación intentaron obtener beneficios personales a nombre de la consulta previa.

Revisando la normatividad vigente se encontró que sobre la Consulta Previa se registran desarrollos legislativos, los cuales inician con la Ley 21 de 1991 que aprobó el Convenio 169 suscrito con la OIT. El ejercicio de este derecho fue reglamentado parcialmente por parte del Ministerio del Interior mediante Decreto 1320 del 1998. Esta quizá es la razón para que haya un enorme desconocimiento sobre el significado de la Consulta Previa lo cual ha ocasionado que los medios de comunicación algunas veces la defiendan por la claridad de los proyectos, en otros casos se opongan por desconocimiento del alcance de este derecho fundamental, esto motivó a estudiar los límites y los alcances con el objeto de contribuir a facilitar la construcción de un país que respeta y protege los derechos. Estudiando el caso **Mandé – Norte**, se evidenció vacíos procedimentales en su aplicación, ya que se adelantaron las acciones sin contar con los líderes de la

comunidad, con los interesados, razón por la cual la Corte Constitucional tuteló este derecho fundamental en favor de estos.

La Consulta Previa como derecho fundamental es una herramienta que permite a las minorías étnicas participar en decisiones, contribuye a la protección de derechos para cuando entran en riesgo frente a demandas de requerimientos de sociedades numéricamente mayoritarias, con mayor poder de decisión en esferas de lo público y de lo privado. En estos casos el Estado debe consultar cuando se trate de medidas legislativas o administrativas que los afecte, cuando se trate de prospección y explotación de recursos naturales existentes en sus tierras, cuando se discuta la capacidad de enajenar o de transmitir de otra forma sus derechos sobre éstas, cuando programas de formación profesional no correspondan a sus necesidades de organización y funcionamiento, educación de niños en su propio idioma, entre otros. Hay reiterados fallos que permiten establecer que hay la jurisprudencia en el sentido que la Consulta Previa se debe adelantar cada vez que sea necesario trasladar de sus tierras tradicionales, erradicación de cultivos ilícitos, desarrollar proyectos, obra o actividades que se proyecten en zonas no tituladas que se ocupen de manera regular y permanente o sea parte de un resguardo (Rodríguez Peñaranda, 2005).

2.1. Definición de la Consulta Previa

En esta sección se recoge la definición de la Consulta Previa adoptada en virtud de las normas y sentencias de la Corte Constitucional; se inicia con la enunciada por el Decreto 1320 del 1998, que define la Consulta Previa como los procedimientos, las herramientas, por medio de las cuales las comunidades étnicas hacen efectivo un derecho fundamental de ser consultadas cuando se pretende desarrollar una obra o actividad en las comunidades étnicas; es un mecanismo de protección del derecho fundamental de la consulta previa, cuyo objetivo es permitir analizar con anterioridad los efectos económicos o impactos que se puedan presentar, evaluar y decidir sobre los cambios ambientales que pueda llegar a tener un determinado proyecto, decidir si está o no de acuerdo con los cambios o efectos sociales y culturales que se le puede ocasionar a una comunidad indígena o negra con la explotación de recursos naturales dentro de su territorio; es tener la posibilidad de decidir sobre las medidas de mitigación y propuestas para proteger su integridad. La consulta previa es obligatoria realizarla cuando un proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en

zonas de resguardo o reservas indígenas, o en zonas adjudicadas, o en territorio que sea propiedad colectiva de comunidades negras, o cuando se pretenda desarrollar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por comunidades indígenas o negras desde tiempos inmemoriales.

Como se puede apreciar, la norma hace referencia únicamente a analizar el tema de impacto ambiental, social y cultural de la explotación de recursos naturales, por lo tanto después de realizar el presente trabajo queda claro que hace falta ordenar y reglamentar los procesos y procedimientos que se deben seguir al momento de tomar medidas administrativas, al momento de tramitar un proyecto de ley; el camino se está construyendo con sentencias de la Corte Constitucional, en algunos casos fallos a situaciones concretas en otros con sentencias de unificación que recogen los casos que pueden ser aplicados de una manera más general.

La Corte Constitucional en Sentencia C- 891, 2002 definió que:

“La consulta previa es un procedimiento mediante el cual el Estado garantiza a las autoridades representativas de los grupos étnicos y a las comunidades implicadas directamente en la participación y el acceso a la información sobre un programa o proyecto que se pretende realizar en su territorio, buscando que participativamente sean identificados los impactos positivos o negativos del proyecto o programa respectivo”.

Del anterior concepto se desprende que con las decisiones de la Corte Constitucional busca garantizar a las minorías el derecho a la información sobre todo aquello que afecte sus intereses, bien sea en el caso de proyectos que ocasionen efectos, sean estos positivos o negativos.

Cuando se creó el Ministerio del Medio Ambiente se reglamentó parcialmente la Consulta Previa, específicamente con el análisis de los proyectos que tienen que ver con el medio ambiente, y se definió dos tipos así: primero para poner en consideración proyectos que no conlleven un licenciamiento lideradas por el ministerio del interior; segundo las que por las especificaciones y

dimensiones requieren licencia para operar. En los procesos de consulta interviene el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Territorial⁷ . (Ley 99, 1993).

En suma se puede afirmar que la reglamentación de la consulta es parcial y está dispersa, se encuentra en el marco de la Constitución la cual establece la participación de la comunidad, de las autoridades indígenas, y de sus miembros de comunidades indígenas y/o negras en los territorios ocupados sean estos tituladas o no, siempre y cuando estén habitadas en forma regular y permanente, susceptibles de ser afectadas con el proyecto; por parte de las empresas interesadas y delegados de las minorías con capacidad decisoria, está a nivel del decreto el cual establece que los interesados están en la obligación de informar a instituciones y comunidades todo lo concerniente al proyecto (Decreto 1320 de 1998). A nivel institucional las responsabilidades se asignan al Ministerio del Interior el cual creó un Grupo de Consulta Previa encargado de coordinar los procesos y procedimientos y garantizar la participación de los indígenas y negros de grupos étnicos que potencialmente se puedan ver afectados por el desarrollo de un proyecto, obra o actividad (Decreto 2893, 2011) labor que es apoyada por el Ministerio del Interior a través de la Dirección de Asuntos Indígenas y/o la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palanqueras⁸ .

La oficina del alto comisionado define la Consulta previa como “aquella que tiene por objeto establecer medidas de mitigación de impactos, mecanismo que busca salvaguardar la integridad étnica, cultural, social y económica de los pueblos indígenas y tribales que habitan nuestro país”⁹, en la que el objetivo se cumple con la participación de las minorías (comunidad), y es responsabilidad del Estado garantizar la participación propiciando espacios para el dialogo, el entendimiento y la concertación

La Corte Constitucional (Sentencia SU - 039, 1997) se pronunció sobre la Consulta Previa en los siguientes términos:

⁷ Ley 99 de 1993. por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones.

⁸ Decreto 4530 de 2008. Artículos 13 y 14

⁹ Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. El Derecho de las Comunidades Afrocolombianas a la Consulta Previa, Libre e Informada. Una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos. Bogotá, ONU.

“Para el caso de las comunidades indígenas que puedan resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, de mutuo respeto, buena fe entre las comunidades aquellas y las autoridades públicas, para lograr que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución; que la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares; que la comunidad tenga la oportunidad para que libremente y sin interferencias pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y pronunciarse sobre la viabilidad del mismo”

En resumen, la consulta previa cuando se trata de la explotación de recursos naturales deben caracterizarse por una buena comunicación y entendimientos entre la comunidad y las autoridades, se debe asegurar buena información con procedimientos y actividades necesarios para la ejecución, debe asegurar que se mantiene la cohesión social, cultural y económica y política, debe garantizar que las comunidades tienen la oportunidad de valorar las ventajas y desventajas del proyecto para la comunidad.

Mediante Sentencia (Sentencia T - 955, 2003) la Corte Constitucional reconoce a las comunidades negras cuando dice:

“En cuanto a sus disposiciones permiten reivindicar con claridad el derecho de las comunidades afrocolombianas a ser tenidas como “pueblos”, atendiendo las condiciones sociales, culturales y económicas que las distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, aunado a que se rigen por sus costumbres y tradiciones, y cuentan con una legislación propia”

Lo anterior para evidenciar una decisión que sirve para construir la línea jurisprudencial en tanto se refiere a la protección de los derechos de las minorías negras de Colombia.

Por su parte, es la (Ley 70, 1993) que en su artículo 2 numeral 5 aclara el concepto de comunidades negras como:

“el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo poblado, que revelan y conservan y son conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos”

En suma con el presente trabajo se pudo comprobar que la definición de la consulta previa no está sistematizada por cuanto la legislación es dispersa, y esta es la razón para que haya confusión en la ciudadanía sobre los alcances y límites.

Este trabajo contribuye a la compilación de conceptos de una jurisprudencia aun dispersa y donde se nota que los mayores desarrollos están para los tema medioambientales que tienen que ver con la explotación minera, no así cuando se trata de la expedición de normas o leyes que se dicten en el país y que puedan afectar el desarrollo de las minorías objeto del convenio 169 de 1987.

2.2. Marco Jurídico de la Consulta Previa.

En esta sección se presenta de manera ordenada las diferentes normas y su campo de aplicación, comenzando por precisar que la Consulta Previa como derecho fue reconocido en Colombia con la aprobación de la Ley 21 de 1991 la cual ratificó el Convenio 169 suscrito con la OIT en 1987 sobre pueblos indígenas y tribales, derecho humano que se hizo explícito en el enunciado fundamental del convenio que dice:

"Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas",

Convenio que entre sus apartes más importantes señala que el trámite de la consulta previa se debe regir por el principio de la buena fe, debe propiciar espacios de participación oportunos que permitan una intervención útil, con voceros representativos acordes al tipo de medida que se pretende adoptar.

La Ley 21 de 1991 establece que:

"En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o 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". (Artículo 15 numeral 2)

La Constitución Política de Colombia sobre la explotación de los recursos naturales en territorios indígenas dice:

"La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades además de las normas que se citan a continuación". (Artículo 330)

La Ley 70 de 1993 cuyo objeto es:

"reconocer a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva. Así mismo tiene como propósito establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico, y el fomento de su desarrollo económico y social, con el fin de garantizar que estas comunidades obtengan condiciones reales de igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad colombiana"

La Ley se aplicará también en las zonas baldías, rurales y ribereñas que han venido siendo ocupadas por comunidades negras que tengan prácticas tradicionales de producción en otras zonas del país y cumplan con los requisitos establecidos en la presente Ley.

El Decreto 1745 de 1995 "Por el cual se reglamenta el Capítulo III de la Ley 70 de 1993 y se adopta el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las Tierras de las Comunidades Negras"

La Sentencia 039 de 1997 la cual se refiere a los derechos fundamentales de comunidad indígena y sobre el particular de manera taxativa dice:

“que la comunidad indígena ha dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser sujeto de derechos fundamentales; es decir, que éstos no sólo se predicen de sus miembros individualmente considerados, sino de la comunidad misma que aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace "a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana".

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar la subsistencia como grupo social. De este modo 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. (Sentencia SU - 039, 1997) que sobre la finalidad dice:

“ La institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar: a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que

ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares. c) Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada”

Sobre su alcance, la (Sentencia SU - 039, 1997) establece lo siguiente:

“Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrase los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros. No tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta se manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica”

La (Directiva 10, 2013), mediante la cual la presidencia de la República expidió la Guía para la realización de Consulta Previa con Comunidades Étnicas para garantizar el goce efectivo de los derechos de las comunidades étnicas y la implementación de la Consulta Previa como mecanismo para su protección y pervivencia, para mejorar coordinación interinstitucional para garantizar el derecho, bajo los principios, mediante el acoplamiento de las autoridades! encargadas de llevar a cabo el proceso de consulta previa con las comunidades étnicas, protocolo busca regular la coordinación interna de las entidades públicas involucradas, a efectos de garantizar la integración de las competencias correspondientes y la distribución eficaz de los recursos, así como la eficiente circulación de la información relevante, la transparencia en los procesos, y permitir el seguimiento al cumplimiento de los deberes de las entidades responsables.

El Decreto No. 1320 de 1998 mediante el cual la Presidencia de la República y el Ministerio del Interior reglamentaron la Consulta Previa para comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio.

La Directiva Presidencia 01, (2010) en virtud del principio Pacta Sunt Servanda¹⁰ el Estado Colombiano debe darle cumplimiento al Convenio No. 169 de la OIT, el cual en su Artículo 2° dispone: "Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad"

La Sentencia CO-30, (2008), mediante la cual se pronuncia sobre el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo OIT, prevé el derecho de participación de las comunidades indígenas en el trámite de adopción de medidas legislativas o administrativas que las puedan afectar. Definió como obligatoria la consulta de las comunidades indígenas y tribales que pudieran afectarse con medidas legislativas estableciendo que:

"El derecho general de participación que tienen las comunidades indígenas de acuerdo con nuestro ordenamiento superior, encuentra una manifestación especial en las previsiones del convenio 169 de la OIT, que hacen parte del bloque de constitucionalidad y conforme a las cuales los gobiernos deben "... 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".

Con relación a la participación democrática de los pueblos indígenas y tribales existe la obligación de consultarlos en relación con medidas administrativas o legislativas que los afecten

¹⁰ "Pacta sunt servanda" es un término latino, atribuido al jurista Ulpiano en el Digesto, que significa que los acuerdos entre partes o pactos deben cumplirse. Actualmente se ha incorporado entre los principios fundamentales del Derecho Internacional y del Derecho civil de cada Estado, para lograr la seguridad jurídica. Significa que lo que acordaron las partes contratantes haciendo uso de la autonomía de su voluntad debe cumplirse entre ellas como si fuera una ley, y en caso de incumplimiento la parte perjudicada puede demandar judicialmente, ya sea su cumplimiento, o la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados. Sin embargo no es absoluto, la autonomía de la voluntad, y la buena fe, que sustentan este principio no se dan en casos civiles, no es aplicable en el mundo laboral, salvo en detalles en cuanto a la prestación de los servicios. La aplicación estricta de este principio supone partes en igualdad de condiciones a la hora de establecer sus obligaciones. (Derecho, La guía, 09)

El (Decreto 2041, 2014), por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales.

Hay normas tales como la Ley 70 de 1993 que incluyen de manera concreta en sus preocupaciones la Consulta Previa, que de manera textual establece que:

“a partir de su vigencia y hasta tanto no se haya adjudicado en debida forma la propiedad colectiva a una comunidad negra que ocupe un terreno en los términos que la misma establece, no se adjudicarán las tierras ocupadas por dicha comunidad ni se otorgarán autorizaciones para explotar en ella recursos naturales, sin concepto previo de la Comisión conformada por el Instituto Colombiano para la Reforma Agraria, INCORA, (hoy INCODER) el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, y el Ministerio de Ambiente”. (Artículo 17)

La norma además establece:

"Como un mecanismo de protección de la identidad cultural, las comunidades negras participarán en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impactos ambiental, socioeconómico y cultural, que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere esta Ley" (Artículo 44).

Sobre los elementos básicos para el concepto previo por parte de la Comisión Técnica, en su numeral 1°. Establece que esta comisión verificará si el proyecto se encuentra dentro de las áreas señaladas en el artículo 6° de la Ley 70 de 1993. (Decreto 1745, 1995)¹¹ el cual establece que:

"si el proyecto objeto de la solicitud de otorgamiento de licencia ambiental, concesión, permiso, autorización o de celebración de contratos de aprovechamiento y explotación de los recursos naturales y genéticos, se encuentra en zonas susceptibles de ser tituladas como tierras de comunidades negras, a fin de hacer efectivo el derecho de prelación de que trata la ley". (Decreto 1745 ,1995)

La Ley 99 de 1993 estipula que: "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". (Artículo 76).

¹¹ (Decreto 1745, 1995), Por el cual se reglamenta el Capítulo III de la Ley 70 de 1993, se adopta el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las "Tierras de las Comunidades Negras" y se dictan otras disposiciones".

La Constitución Política de Colombia, (1991), establece que “el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados¹²; a su vez, vincula los derechos consagrados constitucionalmente de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados”¹³, esto significa que son las obligaciones esenciales del Estado la Consulta Previa. Señala además en su artículo 330, que es responsabilidad del gobierno nacional diseñar políticas, los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el plan nacional de desarrollo, promover inversiones, velar por la preservación de recursos naturales, que para el caso aplica a las comunidades y en este caso a la minoría étnica.

La (Sentencia C - 401, 2005), mediante la cual la Corte Constitucional establece que la inclusión de los convenios internacionales en el bloque de constitucionalidad debe hacerse de manera diferenciada y fundamentada, después de un estudio específico de su materia, por cuanto el espectro de temas tratados en ellos es muy amplio y diverso.

Expertos en la materia han dado definiciones que son de utilidad para precisar los alcances que tiene la consulta a comunidades étnicas para que sea adecuado para aplicar y reconocer el derecho fundamental que tienen las minorías étnicas, de los pueblos indígenas, y las comunidades negras y Rom a ser consultados sobre todos aquellos proyectos, programas y medidas administrativas que los afecte. Rodríguez, 2014, sobre el particular dice:

“de poder decidir sobre medidas (judiciales y administrativas) o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios, buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación” (Rodríguez,p. 2014)

¹² Artículo 13, Constitución Política de Colombia. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

¹³ Artículo 93, Constitución Política de Colombia. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

La (Ley 1437, 2011), en su Artículo 46 precisa que la consulta es obligatoria:

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

2.3. Aspectos Procedimentales del Proceso de Consulta Previa

A continuación se plasman algunos criterios esenciales sobre los procedimientos a seguir en una Consulta Previa, sea lo primero decir que debe ser completa, lo cual quiere decir que se deben adelantar todas las fases de pre-consulta y apertura, análisis y concertación de impactos, se define el manejo, se protocolicen los acuerdos para desarrollar la consulta, se sistematice el seguimiento y acompañamiento y el cierre, y dependiendo del tipo de consulta se definan los roles y responsabilidades en cada una de sus fases, además de los instrumentos que aseguran su rigurosidad.

Tratándose de un derecho fundamental que aplica a minorías étnicas en Colombia, para facilitar su comprensión y alcance es necesario acudir a conceptos tales como minorías (pueblos indígenas, población negra, comunidad Rom), derechos humanos, libertad, los cuales hacen parte esencial del convenio 169 suscrito con la OIT, el cual establece que los pueblos indígenas tienen el derecho de gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación (Artículo 3). Garantiza el goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía (Artículo 4), acompañados del reconocimiento de la diversidad y el reconocimiento de los derechos de la minorías que han sido desarrollados y articulado a través de las sentencias de la Corte Constitucional.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos por su parte preceptúa que:

“son los Estados los responsables de establecer mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento cuando los actos afecten los pueblos y las personas indígenas de su o su identidad étnica; afecte la tenencia de sus tierras, territorios o recursos; o cualquier acto que viole o

menoscabe de cualquiera de sus derechos o forma de discriminación racial o étnica”.
(Declaración de las naciones Unidas 2007 Artículo 8 numeral 2).

“Los Estados adoptarán medidas eficaces, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas interesados, para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad. Artículo 38 Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración” (Artículo 15 numeral 2).

El Convenio C107 de 1957 señala que para aplicar las disposiciones del Convenio relativas a la integración de las poblaciones en cuestión se deberá:

“a) Tomar debidamente en consideración los valores culturales y religiosos y las formas de control social propias de dichas poblaciones, así como la naturaleza de los problemas que se les plantean, tanto colectiva como individualmente, cuando se hallan expuestas a cambios de orden social y económico; b) tener presente el peligro que puede resultar del quebrantamiento de los valores y de las instituciones de dichas poblaciones, a menos que puedan ser reemplazados adecuadamente y con el consentimiento de los grupos interesados; c) tratar de allanar las dificultades de la adaptación de dichas poblaciones a nuevas condiciones de vida y de trabajo. Parece a la luz del caso estudiado que este aparte es esencial en tanto se refiere a los valores culturales, los cuales se deben respetar y cuando en virtud de un acto administrativo, una ley o un proyecto se vayan a cambiar la forma o las condiciones de vida se debe contar con la voluntad de la comunidad, de los afectados cualquiera sea ella, bien sea positiva o negativa”.
(p. 03).

2.4. Reglamentación de la Consulta Previa.

Se parte con el Decreto 1320 de 1998, mediante el cual se reglamentó la Consulta Previa para las Comunidades Indígenas y Negras, en cuanto tiene que ver con la explotación de los recursos naturales para que se haga sin desmedro de la integridad cultural, social y económica, acorde con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional. Como se explicó en secciones anteriores, la reglamentación es parcial, pues hace referencia únicamente a aquellos proyectos que se desarrollen en territorios ocupados por minorías, cuando el proyecto o las actividades del mismo afecten el medio ambiente, sin embargo la norma no recoge los elementos necesarios para el manejo de normas administrativas que afecten su territorio o sus costumbres.

Además reglamentó las decisiones sobre consulta previa a los representantes de tales comunidades en materia de licencias ambientales, establecimiento de planes de manejo ambiental, frente al documento de evaluación y manejo ambiental, en materia de permisos de uso, aprovechamiento o afectación de recursos naturales renovables, con el objeto de analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio, medidas propuestas que buscan proteger su integridad.

De la revisión del caso y de las sentencias que tienen que ver con la Consulta Previa se puede afirmar que hay una enorme diferencia. Los contextos de regulación donde realmente ocurren las consultas, generalmente son escenario de los conflictos por los territorios, los recursos y la cultura indígenas, con condiciones mínimas de comunicación. (Rodríguez Garavito, 2012, p. 30). Las razones son múltiples, en algunos casos la consulta se adelanta para proteger un interés económico el cual en la mayoría de las veces no coinciden con el interés de las minorías, en otros son las diferencias de tiempos entre los ritmos del gobierno y de la comunidad, porque se debe desarrollar en territorios con múltiples conflictos y por las urgencias este que debe ser un factor de entendimiento termina como un factor adicional a la crisis de la sociedad.

Es necesario enfatizar que cuando se trate de expedir un Decreto o una Ley que afecte a las minorías se debe adelantar Consulta Previa, y las comunidades de indígenas o negros deben expresar la necesidad que se desarrolle siguiendo una agenda y estrategias a un ritmo propio y dentro de los límites que implica planear cada paso con anticipación realizando un trabajo constante, de tal forma que haya espacio para las contrapropuestas; que haya equipos de trabajo bien preparados para cualquier tipo de discusión técnica y política, como premisa para la definición de una metodología de la consulta previa de un decreto Ley.

Tras una recapitulación sobre la forma como se ha ejercido este derecho fundamental en Colombia, se recomienda aterrizarlos a la coyuntura del momento y enmarcarlo entre sus oportunidades y limitaciones. En este sentido los principios jurídicos generales que rigen la consulta previa y los fundamentos particulares para cada proceso, están en relación directa con la materia que se regula teniendo como premisa asegurar la supervivencia de las minorías étnicas; la

importancia de esta en relación con la reconocida a los pueblos indígenas y minorías étnicas con relación a su territorio y, finalmente, la necesidad de reglar los temas objeto de regulación tomando en cuenta la mirada indígena., que se ajuste a los estándares nacionales respetando el derecho propio. (Rodríguez Garavito & Orduz Salinas, 2012, p. 34)

La reglamentación que se encuentra en el Decreto 1320 de 1998 es concordante con la Ley 70 de 1993 y está en armonía con la Constitución Nacional (Artículo 330). Como se explicó en secciones anteriores es una reglamentación parcial, pues se refiere únicamente a aquellos proyectos que se desarrollen en territorios ocupados por minorías cuando se trate de proyectos o actividades que afecten el medio ambiente, sin embargo la norma no recoge los elementos necesarios para el manejo en caso de normas administrativas que afecten su territorio y sus costumbres.

2.4.1. Como Cumplir el fin de la Consulta Previa con Participación de las Minorías en la Elaboración de los Estudios Ambientales.

A continuación se recogen algunos los elementos esenciales de la norma según la cual el fin último es garantizar la participación de las minorías sean estas comunidades indígenas, negras o Rom. Para ello los desarrollos normativos contemplan mecanismos y procedimientos para evitar la parálisis cuando sin justificación la comunidad no participe en el proceso, por ello se ha previsto que son los responsables del proyecto, obra o actividad, los encargados de elaborar los estudios ambientales con la participación de los representantes de las comunidades, representantes legales o las autoridades tradicionales indígenas y negras directivos del Consejo Comunitario, miembros de la junta, o líderes de base reconocidos por la comunidad.

La consulta previa sobre estudios ambientales se acredita con la presentación de la forma y procedimiento en que vinculó a los representantes de las comunidades indígenas y negras en su elaboración, probando con la invitación escrita.

En los casos en que no se hubiera obtenido respuesta de parte de las minorías se debe informar al Ministerio del Interior, entidad responsable de verificar si existe o no voluntad de participar en el proceso por parte de los representantes de las comunidades indígenas o negras de lo cual informará

al interesado. En caso de que se nieguen a participar, u omitan dar respuesta dentro de los términos antes previstos, el interesado elaborará el estudio ambiental prescindiendo de tal participación. (Decreto 1320, 1998)

Los términos de referencia para la elaboración del estudio ambiental incluirá los componentes socioeconómico y cultural; en cualquier caso y así se trate de proyectos genéricos el interesado deberá informar al Ministerio del Interior sobre la participación de las comunidades indígenas o negras susceptibles de ser afectadas, en la elaboración de los estudios.

2.4.2. *Procedimiento para Solicitudes de Licencia Ambiental o de Establecimiento del Plan de Manejo Ambiental.*

Sin lugar a dudas, los procedimientos más claros son aquellos que hacen referencia a la concesión de licencias ambientales y el establecimiento de planes de manejo ambiental, el cual dice que:

“cuando se pretenda desarrollar un proyecto este debe contar con licencia ambiental y la solicitud para el estudio y formulación del Plan de Manejo Ambiental en lo que tiene que ver con el componente socioeconómico y cultural, debe cumplir con los términos de referencia del Ministerio de Ambiente que cuando menos deben contener: Diagnóstico ambiental de alternativas, características de la cultura de las comunidades indígenas y/o negras; estos elementos los tendrá en cuenta la autoridad ambiental para escoger la alternativa para desarrollar el estudio de impacto ambiental.” (Decreto 1320 de 1998).

Para el estudio de impacto ambiental o plan de manejo ambiental la norma estableció que cuando menos contendrá: a) Características de la cultura de las comunidades indígenas y/o negras; b) Los posibles impactos sociales, económicos y culturales que sufrirán las comunidades indígenas y/o negras estudiadas, con la realización del proyecto, obra o actividad; c) Las medidas que se adoptarán para prevenir, corregir, mitigar, controlar o compensar los impactos que hayan de ocasionarse. Como se puede observar de lo regulado existe un desarrollo sobre los procesos y procedimientos para solicitud de Licencia Ambiental o de Establecimiento del Plan de Manejo Ambiental, sin embargo no ocurre lo mismo para el trámite de leyes, expedición de actos

administrativos, o desarrollo de proyectos de infraestructura como construcción de redes eléctricas o proyectos de infraestructura como carreteras.

Cuando se trate de adjudicar la propiedad colectiva ocupada por comunidades negras susceptibles de ser afectadas por el proyecto, obra o actividad, la autoridad ambiental competente remitirá copia del auto de iniciación de trámite de la Consulta Previa a la Comisión Técnica prevista, para que emita su concepto exigido como requisito previo (Decreto 1320 1998).

2.4.3. Documento de Evaluación y Manejo Ambiental frente a la obligación de la consulta previa.

El Decreto 1320 (1998), reglamentó el trámite de evaluación y manejo ambiental, para los proyectos, obras o actividades que se realicen en territorio de minorías que pueda afectarlos económica, social o culturalmente.

En el único caso que la consulta se adelanta con posterioridad, una vez este elaborado el documento de evaluación y manejo ambiental se debe realizar la consulta previa, esto es una vez elaborado el documento y con anterioridad a la entrega ante la autoridad ambiental competente, la cual debe ser informada y esta se debe pronunciar con anterioridad a dar inicio a las obras. Llama la atención que primero se elabora la evaluación y manejo ambiental, lo cual puede ocasionar dificultades de trámite, se sugiere que lo deseable es que se inicie el proceso de consulta antes de realizar este trabajo, que sin duda implica un esfuerzo económico que puede desacreditar la utilidad y el ejercicio de este Derecho Fundamental.

2.4.4. Consulta Previa cuando se trata de Permisos de Uso, Aprovechamiento o Afectación de Recursos Naturales Renovables

Los mayores conflictos se presentan cuando la consulta previa se adelanta para conceder permisos de uso, aprovechamiento de los recursos naturales renovables. El (Decreto 1320 1998), estableció el procedimiento para los proyectos de aprovechamiento o proyectos que con su explotación se afecten los recursos naturales renovables, obra o actividad dentro del ámbito de un

territorio ocupado por minorías en los que será necesario tramitar permiso, el cual debe hacerse con solicitud presentada ante la autoridad ambiental competente para acceder al uso, aprovechamiento o afectación de los recursos naturales renovables que no vayan implícitos dentro de una licencia ambiental. Cuando se haya definido la necesidad de la Consulta Previa, es responsabilidad de la autoridad ambiental informar al Ministerio del Interior quien tiene la responsabilidad de verificar cuando este debe o no desarrollarse.

2.4.5. Reuniones, Agenda, Comunicación y Seguimiento.

Este procedimiento va más allá de lo formal, ya que sirve para evidenciar si la comunidad esta legítimamente representada, si los participantes son o no de esta, en , que el proceso corresponda a lo preceptuado por el Bloque de Constitucionalidad. Para ello mediante (Decreto 1320, 1998) el trámite de la consulta desde el punto de vista formal está definido en el reglamento para las reuniones, define los contenidos mínimos de las agendas y el procedimiento de seguimiento para adelantarla, esto para los casos que tienen que ver con licencias ambientales o establecimiento de planes de manejo ambiental, evaluación y manejo ambiental y permisos de uso, aprovechamiento o afectación de recursos naturales renovables.

La responsabilidad de verificar los procesos de consulta previa fueron asignados al Ministerio del Interior, encargado de informar a la comunidad, lo cual debe hacerse antes de dar inicio a las reuniones, según se trate de licencias ambientales, o planes ambientales; la reunión será presidida por la autoridad ambiental, se contará con la participación del Ministerio del Interior, el responsable del proyecto, obra o actividad, de los representantes de las comunidades indígenas y/o negras las cuales serán involucradas en el estudio; participaran como invitados la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y demás entidades del Estado que posean interés en el asunto de conformidad con la naturaleza o del impacto proyecto.

Cuando hayan de consultarse varias comunidades, sean estas indígenas o negras, se debe realizar una sola reunión de consulta, salvo cuando resulte imposible realizarla en conjunto por existir conflictos entre ellas; la reunión se celebrará en idioma castellano con traducción a las lenguas de las comunidades indígenas y negras presentes, se levantará actas en la que conste el desarrollo y se

formaliza con la firma por los representantes de estas comunidades, los representantes de la autoridad ambiental competente, del Ministerio del Interior y de las autoridades de control que asistan a ella. (Decreto 1320 de 1998)

En este particular no se omiten detalles por ello se regula el orden de la reunión, el cual se desarrolla de la siguiente manera: se inicia con la instalación y verificación de asistencia, se permite que el responsable (del proyecto, obra o actividad) haga una exposición del contenido del estudio, haciendo énfasis en los posibles impactos frente a comunidades indígenas y negras, identificando la propuesta de manejo. Los representantes de las comunidades consultadas tienen la oportunidad de participar y en caso de que se logre acuerdo en torno a la identificación de impactos o frente a las medidas propuestas en el plan de manejo ambiental se dejará constancia expresa del hecho. En caso de no existir acuerdo sobre las medidas propuestas dentro del plan de manejo ambiental, la autoridad ambiental competente suspenderá la reunión por una sola vez, con el fin de que las partes evalúen las propuestas y si definitivamente no hay acuerdo sobre las medidas contenidas en el Plan de Manejo Ambientales terminará la reunión dejando constancia en acta. Corresponde a la autoridad ambiental quien es el ente competente decidir sobre el particular otorgando o negando la licencia ambiental. Si las minorías (comunidades indígenas o tribales) no asisten a la reunión están en la obligación de justificar su inasistencia ante la autoridad ambiental, si no existe justificación válida se entenderá que se encuentra de acuerdo con las medidas de prevención, corrección, mitigación, control o compensación de los impactos que se le puedan ocasionar. (Decreto 1320, 1998).

La memoria es muy importante y por ello la autoridad ambiental es competente para levantar el acta y continuará con el trámite con el propósito de tomar una decisión sobre el otorgamiento o negación de la licencia ambiental o del establecimiento del plan de manejo ambiental según sea el caso. El acto administrativo que otorgue o niegue la licencia ambiental, el establecimiento del plan de manejo ambiental o el permiso de uso, aprovechamiento o afectación de los recursos naturales renovables deberá ser comunicado a los representantes de las comunidades indígenas y negras consultadas. (Decreto 1320, 1998).

El gobierno nacional es el encargado de propiciar con las comunidades indígenas y negras reuniones de participación para recibir de ellas las observaciones y correctivos que podrían introducirse al proceso siguiendo para ellos los mecanismos de seguimiento previstos para ello. (Decreto 1320, 1998).

2.5. Campo de Aplicación del Convenio 169 Suscrito con la OIT a las Minorías Étnicas, los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales -

El campo de aplicación del Convenio 169 suscrito con la OIT en 1987 obliga 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. Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en igualdad que otros sectores de la población a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsable de políticas y programas que les conciernan. 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. (, Artículo 6).

Un aspecto que es consustancial, es que las consultas que se lleven a cabo deben 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. Como se explicó antes, es el derecho que tienen las minorías a decidir así:

“Los pueblos interesados tienen el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente” (Convenio Internacional 169, 1987 Artículo 7).

El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo, al igual que del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, es prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habiten las minorías. Los proyectos

especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento. Los gobiernos deberán velar por que siempre que haya lugar se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual, cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios para la ejecución de las actividades mencionadas, esto con el propósito de proteger y preservar el medio ambiente de sus territorios.

Sobre el uso de los recursos naturales se prevé que cuando hay interesados en sus recursos naturales existentes en sus tierras, los derechos de los pueblos deberán protegerse especialmente estableciendo que en este caso los pueblos tienen el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 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. (Convenio Internacional 169, 1987, Artículo 15).

2.6. Minorías Étnicas, Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en el Marco del Convenio 169 suscrito con la OIT.

Los pueblos tribales se caracterizan por sus condiciones sociales, culturales y económicas diferentes a las de otros sectores de la colectividad nacional, regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones. Esto de manera general, y de manera particular para el caso de Los pueblos indígenas que son poblaciones que habitan en el país o en la región geográfica a la que pertenece. A manera de recordación se puede decir que estas comunidades existen desde En época de la conquista y la colonización en donde se establecieron las actuales fronteras estatales y

que conserven conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellos.

La Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas es un documento detallado sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas, que fue preparada y debatida oficialmente durante más de veinte años antes de ser aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007. El documento hace hincapié en el derecho de los pueblos indígenas a vivir con dignidad, a mantener y fortalecer sus propias instituciones, culturas y tradiciones y a buscar su propio desarrollo, determinado libremente de conformidad con sus propias necesidades e intereses. El Artículo 8 se refiere al derecho de pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con tradiciones y costumbres de comunidad de que se trate. Estos son la igualdad, diferencia y libre determinación de condición política y desarrollo económico, social y cultural (Declaración Derechos Pueblos Indígenas septiembre del 2007).

La titularidad de derechos en la Consulta Previa hace referencia a que son sujetos de derechos colectivos e individuales; esto se sustenta en la Declaración de Viena de 1993, sobre temas como diversidad. (Rodríguez, 2014), afirma que son sujetos derechos intrínsecos especialmente las tierras, territorios y recursos; el titular de derechos es el pueblo indígena en reconocimiento de sus derechos colectivos, también los grupos reconocidos como mujeres indígenas sin discriminación, niñez indígena, educación, idioma propio y bienestar y otros grupos vulnerables tales como jóvenes, ancianos o personas con discapacidad.

2.7. Identificación de Minorías Tribales Comunidades Indígenas y Negras.

Como se dijo anteriormente, los pueblos tribales se caracterizan por sus condiciones sociales, culturales y económicas, lo cual los distingue de otros sectores de la colectividad nacional. En el caso de comunidades negras, el (Decreto 1320, 1998) estableció que cuando un proyecto, obra o actividad se pretenda realizar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por comunidades indígenas o negras susceptibles de ser afectadas con un proyecto, corresponde al Ministerio del Interior certificar la presencia de dichas comunidades, el pueblo al que pertenecen, su representación y ubicación geográfica. El Decreto estableció un término de quince (15) días

hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, el cual contendrá identificación del interesado, fecha de la solicitud, descripción del proyecto (obra o actividad, identificación acompañada de un mapa que precise su localización con coordenadas geográficas).

En caso de no expedirse las certificaciones por parte de las entidades en el término señalado, podrán iniciarse los estudios respectivos. No obstante, si durante la realización del estudio el interesado verifica la presencia de tales comunidades indígenas o negras dentro del área de influencia directa de su proyecto, obra o actividad, deberá integrarlas a los estudios correspondientes, en la forma y para los efectos previstos en este Decreto e informará al Ministerio del Interior para garantizar la participación de las comunidades en la elaboración de los estudios. La autoridad ambiental tiene la facultad para dirimir discrepancias en torno a la identificación del área de influencia directa del proyecto, obra o actividad. (Decreto 1320, 1998).

2.8. Obligaciones del Estado Frente al Derecho de la Consulta Previa

De las normas revisadas y de las sentencias de la Corte Constitucional se desprende que las obligaciones del Estado son las de asegurar que los derechos y oportunidades reconocidos en la legislación nacional se protejan, así como promover la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando la identidad social y cultural, costumbres y tradiciones, y sus instituciones; ayudando a eliminar diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

2.9. El Derecho Fundamental a la Consulta Previa.

Desde el punto de vista práctico y entendiendo que el propósito del derecho a la consulta previa libre e informada es proteger a las minorías, a los pueblos indígenas, en este trabajo revisando sentencias se preparó un extracto de los aspectos esenciales así: derecho a la consulta previa es el derecho que tienen las minorías en Colombia (indios, negros y comunidad Rom), para que cada vez que se va a tomar una decisión que pueda afectarles directamente, o cuando se pretenda desarrollar un proyecto se les consulte, se tenga en cuenta su opinión. En consecuencia, es un mecanismo para

buscar el consentimiento, respetando la integridad y garantizando la participación (Sentencia SU-039, 1997).¹⁴

Como ya se explicó al revisar la literatura, los pueblos indígenas, negros y la comunidad Rom, tienen derecho a que se les respete sus prioridades, el derecho a elegir su modelo de desarrollo, en la medida que esto afecte sus vidas, sus creencias, las instituciones, el bienestar espiritual, y su territorio. A formular, aplicar, y a evaluar los planes y programas de desarrollo nacional que los puedan afectar directamente (Convenio 169 suscrito con la OIT, Artículo 7).

2.10. La Consulta Previa y el Bloque de Constitucionalidad.

Según la Sentencia de Unificación (SU 383, 2003)¹⁵, los derechos de los pueblos indígenas se recogieron en la constitución y el bloque de constitucionalidad tale como el derecho a la vida, existencia comunitaria, medio ambiente sano, libre desarrollo de la personalidad, debido proceso y derecho a la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que los afectan.

La Constitución Política de Colombia, 1991 prevé que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten en su territorio, en lo que tiene que ver con la explotación de sus recursos naturales así:

“De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones: 1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios. 2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo. 3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución. 4. Percibir y distribuir sus recursos. 5. Velar por la preservación de los recursos naturales. 6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio. 7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de

¹⁴ (Sentencia SU-039, 1997) sobre los derechos de la Comunidad indígena UWA a la participación mediante la Consulta Previa

¹⁵ (Sentencia SU-383, 2003) en la cual Comunidades indígenas de la Amazonía La Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana OPIAC, demanda la protección transitoria de sus derechos fundamentales a la vida, existencia comunitaria, medio ambiente sano, libre desarrollo de la personalidad, debido proceso y derecho a la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que los afectan, que estarían siendo quebrantados al ordenar y autorizar la fumigación de cultivos ilegales, en sus territorios.

acuerdo con las instrucciones y disposiciones del gobierno nacional. 8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y 9. Las que les señalen la Constitución y la ley. En su Parágrafo dice que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.” (Artículo 330).

Las minorías étnicas tienen el derecho de a ser consultados previamente sobre las decisiones administrativas y legislativas que los afectan directamente, esta medida de acción positiva es recomendada por la comunidad internacional para combatir el origen, las causas, las formas y manifestaciones contemporáneas de racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas de intolerancia así las cosas se puede afirmar que es un instrumento legal con carácter obligatorio, la Constitución dice: “que uno de los fines del Estado es garantizar la participación de los colombianos en la toma de las decisiones que afecten en la vida económica, política y administrativa, y cultural de la nación”. (Rodríguez, 2014).

2.11. Principios que Rigen la Consulta Previa.

Después de revisar los conceptos y normas que rigen la Consulta Previa, derecho fundamental que cuenta con una reglamentación parcial en cuanto a procesos y procedimientos a seguir para reconocer este derecho. Basados en el caso proyecto **Mandé - Norte** nos permitimos se revisar los principios que orientan o deben orientar un proceso donde las minorías étnicas ven vulnerados sus derechos.

2.11.1. La Buena Fe como principio en la Consulta Previa.

La Consulta Previa se debe desarrollar de una manera apropiada con el objeto de lograr el consentimiento: Es la (Sentencia SU-039, 1997) la que se pronuncia sobre los objetivos de la Consulta Previa y dice:

“Que la comunidad tenga conocimiento pleno de los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en el territorio indígena, (o los territorios que lo ocupan) los mecanismos requeridos para ponerlos en ejecución. La comunidad debe ser enterada e ilustrada sobre la

manera con la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar a una afectación de cohesión social, cultural, económica política y por consiguiente su propia subsistencia. La comunidad sin interferencia extraña debe decidir libremente y valorar las ventajas y desventajas de los proyectos sobre su comunidad. Debe ser oída sobre sus pretensiones en lo que tiene que ver a la defensa de sus intereses y pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se debe garantizar la participación activa y efectiva en la toma de decisiones.” (Sentencia SU-039, 1997).

El principio de buena fe orienta los parámetros mínimos y es esencial para limitar la discrecionalidad, y parece de perogrullo pero es necesario que sea previa, informada y culturalmente adecuada; por ello nunca se debe omitir este deber constitucionalidad consagrado desde en la Constitución Política del 1991.

Las Naciones Unidas en la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas definen el principio de la buena fe, y Colombia en virtud de esto que hace parte del ordenamiento jurídico, es que el Estado quien debe adelantar las consultas y cooperar de buena fe con las minorías, antes de adoptar las leyes o medidas administrativas que los afecten para obtener el concepto previo e informado. Esto quiere decir que debe existir un ambiente de confianza y claridad en el proceso, lo cual se genera a través de la información con transparencia. (Convenio 169 del OIT, Artículo 19).

De otra parte, la Constitución Política de Colombia, (1991), contempla la buena fe. Según la cual, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe (Artículo 83), la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas. Esto implica: 1. Proporcionar a los pueblos indígenas información apropiada y completa que pueda ser comprendida plenamente. 2. Hacerse con las instituciones que genuinamente los representen y estén habilitadas por ellos para tomar decisiones. 3. Garantizar que los pueblos conozcan la información que sea relevante y que puedan comprender en su totalidad. 4. Garantizar el tiempo para que la comunidad adelante sus propios procesos. (Rodríguez, 2014, p.38 - 39).

De igual manera refiriéndose al principio de buena fe, la autora cita apartes de la Sentencia C 175, 2009, los cuales establecen que es “el Estado colombiano al que le corresponde definir las condiciones en que se desarrolla la consulta, lo cual debe darse con la participación de los pueblos

indígenas. Debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente”. (Rodríguez, 2014, p. 39) en Esta sentencia de la Corte Constitucional analiza el contenido y alcance de la Consulta Previa como derecho fundamental de las comunidades indígenas y afrodescendiente a ser consultadas por decisiones legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente o indirectamente.

La Sentencia C - 175, 2009 establece en materia de principio de Buena Fe lo Siguiente:

“el trámite de la consulta se somete al principio de la buena fe, lo cual quiere decir, por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de términos perentorios para su realización, ni de condiciones ineludibles para el efecto”. (p. 03).

2.11.2. Principio de Consulta Informada.

Es el deber ser, es un principio esencial en todo proceso y por ello, (Rodríguez, (2014) en su libro “de la Consulta Previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia”, hace un amplio análisis sobre la Consulta Previa informada, y para sustentar su exposición acude a sentencias que sirvieron de fuente para desarrollar el presente y que se revisaron oportunamente.

Es necesario comenzar precisando que la participación debe estar basada en derecho a la información y se debe procurar otorgar a la comunidad elementos para la toma de decisiones de manera consciente y por ello la información debe ser clara, veraz y oportuna. Esto implica que deben ser informados desde el momento que nace la idea o el proyecto.

La Corte Constitucional se ha pronunciado para precisar que la consulta previa se debe desarrollar en doble vía, entre la oferta de oportunidades y la aceptación de las minorías de los espacios, escenarios y mecanismos de participación. Señala que la participación está ligado al derecho a la información, precisando que: el primero es instrumento de reflexión, acción tanto individual como colectivo, en el entendido que las autoridades estatales, además de esa información deben asumir la promoción, la creación y fomento de condiciones idóneas para la discusión

públicas de los temas pertinentes, en lo cual supone el respeto de las partes y entre las partes, para buscar que el resultado final sea la concertación. Sentencia C-891, 2002. Lo cual implica ir más allá de oír, esto es entender para construir colectivamente. (Rodríguez, 2014), en su libro “de la Consulta Previa al consentimiento libre, previo e informado a los pueblos indígenas en Colombia acoge parte de la doctrina en la medida que debe sustentar el concepto de libre e informada.

Con el presente trabajo queda claro que el Estado tiene la responsabilidad de orientar, de crear pautas de participación de las minorías y la responsabilidad del diseño y ejecución de los proyectos de desarrollo social o económico para lograr su participación, garantizando que cuando sea necesario los medios de información y comunicación deben ser los propios o mejor los adecuados para la comunidad, quiere decir que estos sean en su idioma, y los demás medios de información. El Estado tiene la obligación de adoptar medidas para que reflejen la debidamente la diversidad cultural indígena.

La (Sentencia C-030, 2008) por su parte ha señalado “que garantizar la participación de los pueblos indígenas implica avanzar en la información a los pueblos indígenas” (Rodríguez, 2014, p. 42). En suma se puede decir que en reiteradas opiniones de la Corte Constitucional insiste en la necesidad de garantizar la adecuada información.

2.11.3. *Principio de Consulta Culturalmente Adecuada.*

Uno de los temas de mayor discusión genera en cualquier sociedad, es que sea culturalmente adecuado, y cuando en la mesa se debe confrontar lo que considera la sociedad occidental imperante como adecuado, frente a los derechos de los pueblos indígenas que es lo adecuado para asegurar su conservación y desarrollo, es una discusión que genera confrontación, divergencia y que en este trabajo lo tomamos de las sentencias de la Corte Constitucional.

Según Rodríguez, (2014), la Corte Constitucional menciona que la consulta debe contar con un consentimiento culturalmente adecuado, que implica respetar las costumbres y tradiciones de los pueblos, y que la misma sea desarrollada bajo los principios de buena fe, orientado a proteger los derechos fundamentales, mediante instrumentos de participación, que por la forma y contenido y

diseño puedan incidir en la definición del contenido y alcance de las decisiones. La Sentencia C-175, 2009, dice que más que un requisito formal, es una obligación constitucional que las comunidades afectadas estén provistas de información adecuada, completa, precisa sobre los proyectos que se pretendan desarrollar en su territorio o las medidas legislativas o administrativas según sea el caso. El objetivo debe ser el logro de un acuerdo con las comunidades indígenas quienes podrán definir el contenido de las políticas y proponer alternativas. Se debe contemplar el acompañamiento de la defensoría del pueblo, de la procuraduría de la personería si las comunidades así lo consideran pertinente. Para que sea efectiva se debe adaptar los modelos culturales y sociales de los pueblos, teniendo en cuenta valores, concepciones, tiempos, y sistemas de referencia. (p. 43).

La Corte Constitucional ha previsto que la consulta esté sometida a un procedimiento el cual tiene como finalidad tramitar los acuerdos, para evitar que se reduzca a un simple acto informativo reconozca y proteja las prácticas tradicionales diversas de los pueblos indígenas. Si se imponen mecanismos que no sean compatibles con esto, lo contrario es vulnerar este derecho fundamental (Rodríguez, 2014, p. 44).

Además la Corte Constitucional se ha pronunciado en (Sentencia C 175, 2009), donde señalando que la consulta se debe iniciar antes de radicar el proyecto de Ley en el Congreso, que la iniciativa haya sido divulgada, se haya ilustrado sobre los alcances, con miras a obtener la concertación. Hace referencia a la conformación de un espacio respetuoso de las particularidades de la comunidades indígenas guiado por el principio de buena fe., también se refiere a la omisión del deber estatal de consulta previa a comunidades indígenas y grupos étnicos que pueden resultar afectados (comunidades indígenas y afrodescendientes). Constituye un derecho fundamental, el cual requiere un procedimiento culturalmente adecuado, el cual se entiende como aquel que toma en cuenta la representación y la autoridad de los pueblos indígenas, de las instituciones tradicionales a través de su autoridad y las bases que las representen, y quienes son los responsables de manifestar los impactos que pueda generar interculturalidad. De igual manera la lengua de las comunidades indígenas o dialectos de las minorías y la aplicación del debido proceso previsto en el Artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, que establece condiciones de igualdad. Si se

viola el debido proceso es decir si se hace sin la participación de todas las instancias y de la comunidad resultaría inconstitucional.

También cuando se desconoce los procedimientos y las costumbre de los pueblos indígenas. Cuando las decisiones se toman sin tener en cuenta la opinión de los pueblos indígenas. El Consejo de Estado se pronunció indicando que es el Estado quien tiene la responsabilidad de desarrollar la Consulta previa con la participación de la comunidad, la cual debe ser una acción coordinada que permita el conocimiento y la protección de los valores, prácticas culturales, religiosas y espirituales. (Rodríguez, 2014, p. 46).

2.11.4. Para Lograr un Acuerdo y el Consentimiento.

Según Rodríguez, (2014), precisa que la consulta sea realizada con el propósito de lograr un acuerdo, el consentimiento del proyecto, en el caso de las medidas legislativas, o administrativas también se debe realizar consulta previa cuando estas afecten a una comunidad indígena, negra o a una minoría Rom, ofreciendo la asesoría que sean necesarias en pro de establecer un dialogo que debe ser diseñado de tal manera que permita a los pueblos indígenas la oportunidad de influir en la decisión, dicho en términos coloquiales que tengan claro de manera precisa las consecuencias de esas disposiciones, antes de que estas sean tomadas.

De otro lado es necesario garantizar el respeto de los pueblos indígenas, sus procedimientos, sus costumbres, sus estructuras, propiciando que estos pueblos cuenten con el acceso a toda la información. Tema que llama la atención es “que ningún segmento de la población nacional tiene derecho a veto a las políticas que afecten a un país”. (Rodríguez, 2014), Por ello se puede concluir que existe la obligación de crear condiciones que permitan contribuir en forma activa y eficazmente en el proceso de desarrollo, en las capacidades necesarias para comprender y decidir sobre las opciones existentes.

La Corte Constitucional menciona que cuando no hay consenso, la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y autoritarismo y en consecuencia, debe ser objetiva, razonable, y

proporcional a la finalidad constitucional que exige del Estado la protección de la identidad social, cultural, y económica de la comunidad indígena. (Sentencia SU-039, 2007).

La Sentencia C 175, 2009 afirma que el ejercicio de esa potestad debe ser desprovista de arbitrariedad y autoritarismo. Ser objetiva, razonable y proporcionada en cuanto al grado que afecta a las comunidades tradicionales. Contempla instrumentos idóneos para mitigar el impacto de la medida en el plano individual como colectivo, con el fin de salvaguardar las prácticas que conforman la diversidad étnica y cultural. Dicho de otra manera, si la autoridad es la que toma una decisión, en ese caso esta tiene la obligación constitucional de establecer los mecanismos para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar el detrimento de la comunidad o de sus miembros.

Es necesario que se cumplan las directrices, que se presenten fórmulas de concertación, que se presenten por los mecanismos idóneos para la conformidad o inconformidad. Las decisiones de la autoridad deben ser motivadas y sustentadas, de tal manera que queden claras las razones por las cuales se debe realizar el proyecto, en la parte dispositiva se deben señalar las medidas de protección para los pueblos indígenas. El precedente constitucional señala sobre el contenido y alcance como Derecho Fundamental de la consulta previa, contemplando que para los casos en que cumplidos los requisitos y garantías descritas, no sea posible llegar a un acuerdo sobre la medida legislativa o administrativa, de forma tal que el Estado conserva su competencia para adoptar la decisión final al respecto. (Rodríguez, 2014).

2.11.5. *La Consulta Previa y su Carácter Previo*

La Consulta Previa como su nombre lo indica se debe desarrollar con anterioridad a la adopción de la medida, una vez tomada la misma la participación no tiene sentido y no hay posibilidad de influir en la decisión. Debe ser previa para garantizar la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que son de su interés o que puedan afectarles, en el caso de las licencias ambientales la consulta debe ser previo a otorgar el permiso. Por ello cuando se autoriza un proyecto o toma la decisión si se afectan o vulneran derechos se genera la obligación de reparar a las víctimas por la violación de este derecho y a quienes se puedan verse afectados. La Consulta Previa es un avance

en el reconocimiento de los derechos humanos de los pueblos indígenas, y cuando se vulneran tienen el derecho a la reparación de los daños sociales, culturales, ambientales ocasionados. (Rodríguez, 2014).

2.11.6. *Ámbito de Aplicación de la Consulta Previa*

Rodríguez (2014) en un esfuerzo por definir el ámbito de aplicación de la Consulta Previa menciona los siguientes grupos poblacionales, así:

“los pueblos indígenas y tribales, indígenas, comunidad raizal del Archipiélago de san Andrés y Providencia y Santa Catalina población negra o afrocolombiana y los palanqueros de San Basilio de Mahate (Bolívar). Indígena se refiere a la población que conserva total o parcialmente sus propias tradiciones, instituciones o estilos de vida que los distinguen de la sociedad dominante y que habitaban en un área específica a la llegada de otros grupos de población. Con continuidad histórica o sea que son anteriores a la conquista. Conexión ancestral, lo que significa que sus ancestros ocuparon ese territorio. La institución política o cultural, económica y social distintiva que retienen algunas o todas las instituciones propias”.

2.11.7. *Casos en los que es Obligatoria la Consulta Previa.*

En el presente trabajo se hace un esfuerzo para precisar los casos en los cuales es obligatoria la Consulta Previa, para ello como se explicó se revisaron algunas sentencias de la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional en sus pronunciamientos ha establecido en qué casos es obligatoria la Consulta Previa y sobre lo cual cita.

“protección constitucional del derecho a la diversidad e integridad cultural no requiere individualizarse, porque el derecho a la subsistencia de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales no admite ser diferenciado, sino entendido en función del grupo al que pertenecen. Lo anterior, puesto que si los pueblos indígenas tienen derecho a defender su integridad cultural sin escindir su existencia colectiva, es porque tanto sus integrantes, como las Organizaciones que los agrupan, están legitimados para instaurar las acciones correspondientes i) debido a que el ejercicio de los derechos constitucionales de las minorías, dadas las condiciones de opresión, explotación y marginalidad que afrontan, debe facilitarse, ii) a causa de que las autoridades están obligadas a integrar a los pueblos indígenas a la nación, asegurándoles la conservación de

su autonomía y autodeterminación, y iv) porque el Juez constitucional no puede entorpecer el único procedimiento previsto en el ordenamiento para garantizarles a los pueblos indígenas y tribales la conservación de su derecho fundamental”, sin embargo en el tema del subsuelo, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos para consultar a los pueblos, a fin de determinar si los intereses de los pueblos serían perjudicados y en qué medida antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en tierras. (Sentencia SU 383, 2003).

Las minorías étnicas sean indígenas o afrodescendientes deberán participar de los beneficios y recibir una indemnización equitativa por cualquier daño perjuicio que pueda percibir equitativa como resultado de dichas actividades que afecten la comunidad o su territorio.

Se deberá consultar a las minorías étnicas siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma de derechos de esa tierra sobre su comunidad. En el caso de los programas de formación el Estado debe asegurar, la participación de dichos pueblos que se pongan a disposición de estas etnias programas especiales de formación, los cuales deben basarse en su entorno económico, en las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de los pueblos interesados.

Todo el estudio debe ser desarrollado en cooperación con las minorías, que deberán ser consultados sobre la organización y el funcionamiento de programas, cuando exista la posibilidad las minorías deberá asumir la responsabilidad de organización y el funcionamiento de estos. Siempre que sea posible se les deberá enseñar a leer y escribir en su propia lengua o en la que más usen.

La Corte Constitucional en cuanto al contenido y alcance establece lo siguiente “Lo general, contar con mecanismos que les permitan la participación en todos los ámbitos de adopción de políticas que le conciernan, en condiciones análogas a las conferidas por el ordenamiento jurídico a los demás integrantes de la población”. Sentencia (C 175, 2009).

Lo particular de una consulta previa es que esta debe estar de acuerdo con el carácter diferenciado de las comunidades, de sus tradiciones y las necesidades de proteger su identidad

cultural diversa y para ello hace notar que el texto constitucional concede espacios concretos, los cuales son reconocidos en la Sentencia C 175 del 2009.

Además, hay medidas que deben contar con Consulta Previa, como son la adopción de menores de pueblos indígenas, diseño de implementación de derechos y garantías para los pueblos indígenas, (aplica a comunidades negras y minorías Rom) diseños de programas de atención y protección, traslado de los pueblos, entre otros. (Rodríguez, 2014).

2.11.8. Consulta Previa en Medidas Legislativas.

Rodríguez (2014), hace un esfuerzo para precisar en qué caso la Consulta Previa es necesaria para medidas legislativas, el ejercicio es interesante porque sobre el particular no existe ninguna reglamentación que lo defina, y entender cuando es necesario es posible solo si se revisan las sentencias de la Corte Constitucional, a través de la cuales se puede construir una línea de jurisprudencia que guíe este proceder. A continuación una breve síntesis sobre este particular.

Son los Tratados Internacionales, las Leyes, el Plan Nacional de Desarrollo, la jurisdicción en materia legislativa, que necesitan procedimiento para materia legislativa, mediante las cuales un trámite pre consultivo, el cual se adelantara con las autoridades y los representantes de la comunidades y pueblos indígenas; son estas las bases del procedimiento participativo, esto por las especificidades de los pueblos. Pero estas no son las únicas en materia puesto que. Además, se hace necesario poner en conocimiento el proyecto de ley por intermedio de las instancias representativas, ilustrar sobre los alcances y la manera como podrá afectarla, darle oportunidades efectivas para que se pronuncien sobre el mismo, es con el pueblo en general, va más allá de las mesas de concertación.

Revisando las Sentencias C-196 del 2012 y C-317 de 2012 sobre las medidas legislativas que afecten de manera directa y específica a una comunidad se establece los casos en los cuales aplica a medidas legislativas. En cuanto a la obligatoriedad, no procede para todas las medidas legislativas, sino para aquellas susceptibles de afectar directa o específicamente a los pueblos étnicos, sean efectos positivos o negativos - condiciones de tiempo modo y lugar. Criterios de

flexibilidad y principios de buena fe, efectivos y conducentes, sin términos perentorios ni condiciones ineludibles, que sea oportuna, útil y con líderes representativos. La responsabilidad de promoverla es del Gobierno. Su incumplimiento es una violación a los acuerdos es además un incumplimiento al compromiso internacional de conocimiento de la Constitución, y por ello se puede solicitar el amparo por vía de la acción de tutela, lo cual conduce a la inconstitucionalidad. (Rodríguez, 2014).

2.11.9. Consulta Previa en Medidas Administrativas.

Pareciera que no es necesaria cuando se toman medidas administrativas, pero desarrollando el trabajo de encontró que se necesita consulta para los casos la importación de sustancias o materiales que sean sujetos a controles, proyectos que afectan los sistemas de parques, proyectos en áreas protegidas, que requieren trasvase, introducción de parentales, especies, subespecies, razas híbridos con fines de levante control biológico, reproducción, comercialización, para establecer en medio natural o artificial, así: licencias ambientales, permisos y autorizaciones ambientales, permiso de investigación y acceso a recursos genéticos, proyectos REED reducción de emisiones derivada de la deforestación del degradación y además la conservación, el manejo sostenible y el mejoramiento del almacenamiento del carbono en los bosques en países en desarrollo, erradicación de cultivos de uso ilícito, el ingreso de fuerzas armadas reparación integral o restitución de derecho. (Rodríguez, 2014).

2.11.10. Implementación de la Consulta Previa.

La consulta previa se inicia con los siguientes participantes, tales como: los pueblos indígenas, las instituciones, los responsables del proyecto. Las Consultas previas en procedimientos ambientales se refieren o contemplan los siguientes aspectos: impactos sociales y culturales. La evaluación de impacto ambiental debe ser hecho por los pueblos. El ámbito de aplicación es el territorio ocupado por minorías étnicas, indígenas y afrodescendientes de las comunidades del área de influencia del proyecto. (Rodríguez, 2014).

3. Análisis del Caso Concreto Mandé Norte y La Hermenéutica de La Sentencia T-769 de 2009.

El trabajo permite establecer los límites y alcances de la consulta previa mediante la revisión de los desarrollos constitucionales, en marco del proyecto de la referencia, y la jurisprudencia que delimita el ejercicio a este derecho fundamental asegurando de este modo protección y desarrollo, respetando la autonomía de las comunidades negras, indígenas y minorías en Colombia.

El trabajo parte de las premisas de que hay un reconocimiento internacional a los derechos humanos, el mandato constitucional para proteger los derechos fundamentales, que para el caso es la protección a la diversidad cultural y étnica de las comunidades afectadas reconocidas. Con el fallo de tutela los pueblos indígenas se hace valer el derecho mayor o ley de origen (derecho indígena) reconocido positivamente en la consulta previa; esto en razón a que los tratados internacionales que tienen que ver con los derechos fundamentales hacen parte del bloque de constitucionalidad entendida este como: “un recurso metodológico que permite la integración del Derecho Internacional, pero sometiendo éste a la norma nacional”. (Quinche Ramírez, 2003). La Consulta Previa libre e informada como instrumento de protección entre otros de los siguientes derechos (a). Derecho a la igualdad, (b). El principio de la no discriminación, (c). Derecho a la identidad e integridad cultural, (d). El derecho a conservar sus usos, costumbres y sus propias instituciones, (e). Derecho a la participación, (f). Derecho a decidir sus propias prioridades y estrategias para el desarrollo, (g). Derecho a la tierra, al territorio, a los recursos naturales y al medioambiente, el (h). Derecho a utilizar, revitalizar, fomentar y transmitir su propio idioma (Ley 21, 1991).

El caso concreto de estudio hace referencia a las comunidades indígenas del Resguardo de Urabá Jiguamiandó, Resguardo del Río Murindó, Resguardo de Río Chageradó -Turriquitadó Comunidades Río Jiguamiandó (territorio ancestral), Comunidades afrocolombianas, Consejos Comunitarios de Curvaradó y Jiguamiandó, el cual está ubicado en Zona de conflicto Armado donde opera el frente 34 de las FARC y Autodefensas gaitanistas y por ello la comunidad reclama presencia del Ejército Nacional, regiones estas en las cuales se pretendían implementar el proyecto minero.

La licencia para la explotación minera fue solicitada por Muriel Mining Corporación, cuya sede principal está en Denver, Colorado (EE.UU.), con sucursales en Medellín y Bogotá, cuya familia Juillard, propietaria de la Muriel posee otras varias empresas mineras en diferentes países.

Y es la Sentencia T-769, 2009, la cual se pronuncia sobre el consentimiento libre, previo e informado en proyectos gran impacto, tales como planes desarrollo, consulta para exploración estudios antes de consulta, proceso pre consultivo, la cual ocurre en virtud de una solicitud de nulidad por parte de las comunidades indígenas del Resguardo de Urabá Jiguamiandó: Resguardo del Río Murindó, Resguardo de Río Chageradó - Turriquitadó Comunidades Río Jiguamiandó ministerio del interior y justicia.

El objeto de estudio “**el Proyecto Mande - Norte**”, caso que se fundamenta en la pretensión de la concesión para la explotación minera en tierras pertenecientes a comunidades étnicas de los departamentos de Antioquia y el Chocó, quienes manifestaron mediante la acción de tutela que les fueron vulnerados sus derechos al no ser consultados. El caso fue analizado y resuelto por la Corte Constitucional, la cual concede la protección del derecho fundamental a la Consulta Previa en estas comunidades étnicas reconociendo y a la existencia, de autonomía, integridad e identidad cultural y social de tales pueblos, al igual que la protección de las riquezas naturales y culturales de las comunidades afectadas por el proyecto de explotación minera en este territorio.

A continuación se expone el resultado del estudio del caso concreto “proyecto **Mande – Norte**”, en el cual la Corte protegió el derecho a la Consulta Previa al evidenciar la violación del debido proceso, quedando claro que no se trata de un proceso meramente formal, y que por el contrario, este debe cumplir con preceptos tales como: que sea libre, previa e informada y realizada con los verdaderos representantes de la comunidad y la comunidad en general.

3.1. La Consulta Previa en el Proyecto Mandé Norte

El fallo de la acción de tutela sobre el proyecto **Mandé - Norte**, objeto del presente estudio, ratificó el derecho a la Consulta Previa, para lograr el consentimiento libre y espontaneo de la comunidad afecta. Teniendo en cuenta los desarrollos institucionales, el trabajo permite definir los

alcances y proponer los límites a la Consulta Previa el cual se sustenta su esencia en el convenio 169 suscrito por Colombia con la OIT, suscrito por Colombia en 1987, el cual fue ratificado por la Ley 21 de 1991, como derecho fundamental que hace parte del bloque de constitucionalidad, (entendido por algunas instituciones, medios de comunicación y empresarios como un obstáculo para el progreso, cuando en realidad es una herramienta que permite la oportunidad para fortalecer la democracia), ordenando así respetar el derecho que tienen pueblos indígenas de elegir el modelo de desarrollo que quieren para sus comunidades, además del derecho que tienen a preservar sus costumbres y su identidad autóctona.

Cuando haya interés en la explotación de recursos naturales en territorios indígenas este obliga a la Consulta Previa, la cual se convierte en un instrumento de políticas públicas en razón de su obligatoriedad donde se debe tener en cuenta, y que cuando no se adelanta, genera reclamos notándose tropiezos y controversias, y que cuando se hace mal, se vulnera los derechos, por lo tanto es indispensable que se haga y además se adelante el cumpliendo con todos los requisitos. En un momento que en el país es prioridad la explotación minera como parte de las locomotoras del desarrollo, y que el Consejo de Estado ha suspendido de manera provisional la explotación de algunas minas, la Consulta Previa juega un papel preponderante en la medida que con su aplicación se puede proteger los derechos de las minorías sin romper la armonía con los derechos de los demás colombianos o ciudadanos del mundo, representados en los intereses de las empresas, logrando en un ámbito de colaboración que se integren los derechos tales como: la libertad, materializada en la libre empresa, el derecho a la autonomía en armonía con la necesidad que tiene el país del uso aprovechamiento de los recursos naturales en su territorio.

Como se trata de definir los alcances y establecer límites de la Consulta Previa se lo hace con el propósito de lograr, de procurar que haya armonía entre la garantías que tienen los pueblos indígenas y el derecho que tiene el resto de la población colombiana, de lograr el desarrollo económico y social, utilizando los instrumentos legales, que permitan el respeto de las garantías constitucionales, permitiendo la posibilidad de desarrollar las iniciativas privadas propias de una economía de mercado. Es necesario que el Estado propicie los medios e instrumento, que ofrezca la oportunidad aun cuando se presenta un conflicto armado, asegurando el respeto de los derechos de las comunidades indígenas, lo cual obliga a asumir una posición de liderazgo promoviendo y

respetando la Consulta Previa para evitar contratiempos que se presentan por adelantar proyectos sin el lleno de los requisitos de ley, evitando adelantar proyectos sin el respeto a la Constitución Nacional.

Se logró identificar y definir las buenas prácticas, condición necesaria para conseguir la coordinación interinstitucional, entre los ministerios de interior, minas y ambiente, llegando a la conclusión que es necesario definir los protocolos para la Consulta Previa, que bien podría iniciarse desarrollando un protocolo de consulta precisa para proyectos de explotación minera.

Como lección del caso se puede afirmar que es más que necesario tener en cuenta las comunidades, su concepto de territorio, el torno en el cual se desarrollan las tradiciones, y sus creencias. A la hora de generar un proyecto que aunque pueda traer beneficios económicos a estas etnias, es clave hacer notar que el cambio de uso tiene implicaciones más allá del ordenamiento territorial, pues afecta su cosmovisión, por ello es forzoso proceder con respeto y si fuere el caso hacer los esfuerzos que aun cuando haya sido autorizadas permita mitigar los posibles daños tanto en el territorio como a sus costumbres y modos de vida.

De manera taxativa, basados en las Sentencias de la Corte Constitucional, se puede afirmar que la Consulta Previa es un derecho mediante el cual las comunidades indígenas, los afrodescendientes y la comunidad Rom pueden participar en proyectos y actividades que los afectan directamente; sirve para señalar que es a través de esta como los pueblos pueden influir en las decisiones que se tomen frente al uso del suelo o del subsuelo en su territorio, haciendo uso de su propia visión sobre el mundo, generando acuerdos con la visión de que la comunidad tiene de desarrollo económico, y social los cuales están arropados por su cultura. Si se desarrolla en el marco de un protocolo, de mutuo acuerdo, se convierte en una herramienta para estimular el progreso en un país multiétnico y pluricultural como Colombia, en el marco de respeto a la libertad de los demás, donde la minorías tiene derecho al veto a aquello que por sensible afecte su supervivencia física o la de sus costumbres, las cuales tienen el derecho a prevalecer, pues antes que lo material está la supervivencia del ser humano.

3.2. Hechos

Manifestaron los actores que en abril 14 de 2004, la compañía Muriel Mining Corporation presentó un proyecto de contrato de concesión denominado Mandé Norte, para la exploración y explotación de una mina “de cobre, oro, molibdeno y minerales concesibles”, en los departamentos de Antioquia y Chocó (f. 715 cd. inicial).

Se refieren los accionantes a que en febrero 4 de 2005, el Gobernador de Antioquia suscribió el “Contrato Único de Concesión Minera”, con la sociedad Muriel Mining Corporation, en el cual se estableció un término de duración de 30 años, prorrogable por el mismo período, según lo dispuesto en la “cláusula 4.4.4.” (f. 715 ib.)

Los demandantes precisaron que el proyecto Mandé Norte cubre parte de los territorios del Resguardo Indígena “Embera de Uradá Jiguamiandó” y afecta “a más de once comunidades indígenas, dos comunidades negras y un número indeterminado de comunidades campesinas” (f. 716 ib.). Aduciendo que la ejecución del proyecto perturba directamente “los territorios ancestrales de otras comunidades indígenas cuyos asentamientos y resguardos se encuentran en los municipios de Frontino Murry, Urrao, Vigía del Fuerte, Carmen del Darién y el Municipio de Murindó” (f. 717 ib.).

Aseguraron que el proyecto genera un grave impacto ambiental que “pone en riesgo la biodiversidad”, dado que la zona motivo de explotación y exploración es “rica en especies endémicas de flora y fauna - ocupa el segundo lugar en el mundo en especies de aves”; por concepto de “la extracción, el refinado, el uso dispersivo y los residuos de los metales y los minerales pueden causar problemas ambientales locales significativos”. En el mismo sentido señalan que afecta “las cabeceras de los ríos, nacimientos de aguas que sirven como fuente directa a las comunidades para su consumo”, donde se generaría un impacto ambiental en los “cultivos de pancoger, los animales y la salud de las personas, significando con esto la pérdida de las economías tradicionales, base de la supervivencia... de los pueblos indígenas y tribales” (fs. 718 y 719 ib.).

Precisan los accionantes que en marzo 27 de 2006, se dio inicio al “proceso de apertura de información de la consulta previa”, en Murindó, al cual asistieron el Consejo Comunitario Mayor, el Cabildo Mayor de dicho municipio, “un delegado de Ingeominas, otro de la dirección de etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, un representante del Ministerio de Minas, el gerente de la empresa MMC, ... 29 personas entre gobernadores y personas de las comunidades afrodescendientes y mestizas ... que no tenían capacidad decisoria, para pactar acuerdos” (fs. 719 y 720 ib.).

Igualmente, señalan que en marzo 28 siguiente, se realizó una reunión de información de consulta previa en el municipio de Carmen del Darién, con el Consejo Comunitario Mayor, el Cabildo Mayor y el Consejo Comunitario del Curvaradó, los cuales tampoco tenían potestad para decidir “sobre aspectos de los territorios ancestrales de la comunidades negras e indígenas de la cuenca del Jiguamiandó” (f. 720 ib.). Así, sostuvieron los actores que algunas de las comunidades que se ven afectadas por el proyecto Mandé Norte, no se encontraban representadas por las autoridades mencionadas.

Adicionalmente, informan que en la referida reunión no estuvieron presentes los representantes de las comunidades del Río Jiguamiandó, las cuales son Nueva Esperanza, Pueblo Nuevo, Bella Flor Remacho, Uradá; las comunidades del Resguardo del Río Murindó, conformadas por Guagua, Isla, Ñaragué, Rancho Quemado, Coredó, Turriquitadó Alto y Llano; y el Resguardo de Uradá Jiguamiandó, en donde se encuentran las comunidades Coredocito-Alto Guayabal, Nueva Cañaveral y Uradá.

Los actores también plantearon que la actuación del Consejo Comunitario Mayor de Carmen del Darién, representado por Manuel Moya Lara, es inexistente e ilegal, y que éste incurrió en el delito de fraude procesal por firmar una consulta previa en la cual él no era el representante, investigación que se adelanta desde septiembre 18 de 2007, en la Fiscalía 88 Seccional.

Relatan en el escrito que en abril 28 siguiente, se realizó otra reunión “interétnica” entre las comunidades indígenas y afrodescendientes de Carmen del Darién, con el objeto de discutir el proyecto Mandé Norte, donde estuvieron presentes las comunidades de Puerto Lleras, Pueblo

Nuevo del Río Jiguamiandó, cuatro consejeros del municipio del Darién y el señor Manuel Moya Lara, actuando como representante legal de la comunidad de Carmen del Darién, donde se estuvo “de acuerdo con la primera fase de exploración del proyecto”. No obstante, las personas que se encontraban presentes indicaron no tener permiso “de las autoridades indígenas para participar”, sin embargo, apoyaron la propuesta de las comunidades negras (f. 721 ib.).

Siguiendo cronológicamente manifestaron que en abril 29 de 2007, se efectuó una convocatoria del Ministerio del Interior y de Justicia, con el objeto de protocolizar mediante acta la “consulta previa entre las comunidades negras de Carmen del Darién, Puerto Lleras, Curvaradó, y Pueblo Nuevo con la empresa MMC para el proyecto minero Mandé Norte”; dicha acta también fue firmada por el señor Manuel Moya Lara, entre otras personas (f. 721 ib.).

En junio 20 de 2007, en Murindó se celebró una reunión con la Dirección de etnias del Ministerio del Interior y con la comunidad del Consejo Mayor de Murindó, donde estuvieron presentes “20 personas de algunas comunidades, tres personas de la empresa MMC” (f. 722 ib.), en la cual se pusieron de acuerdo sobre algunos puntos del proyecto.

En noviembre 1° siguiente, se llevó a cabo en Murindó una nueva reunión con algunos miembros del “Cabildo Mayor de Carmen del Darién, Cabildo Menor de Uradá y del Cabildo Mayor Indígena del Bajo Atrato (CAMIZCA)”, donde también estuvieron presentes “10 personas de las comunidades, un delegado del Ministerio de Justicia, una persona delegada de Corpouraba”, en la cual el representante del Ministerio del Interior señaló que “se trataba del proceso preconsulta para la etapa de exploración minera” (f. 722 ib.).

Igualmente, el representante del Cabildo de “Chogorodó” expresó su oposición “respecto a la manera como se ha adelantado el proceso de consulta previa”, cuestionando que “transcurridas 4 reuniones y 11 meses al momento de haber iniciado el proceso de socialización, hasta ahora se haya dado el espacio para oír a las comunidades indígenas del Carmen del Darién” (f. 722 ib.).

Afirman los demandantes que en septiembre 3 de 2007, “se llevó a cabo reunión con las comunidades del Carmen del Darién, Cabildo Menor de Uradá y Coredocito, Cabildo Mayor

Indígena del Bajo Atrato. En esta reunión los asistentes pertenecientes a los cabildos mencionados y miembros de las comunidades presentaron una serie de propuestas buscando la aceptación de la empresa y así dar por finalizada la etapa de consulta previa para el proyecto de exploración”, considerando necesario dejar en claro “que estas personas no tenían la autorización de los cabildos mayores y organizaciones indígenas a la cual pertenecían, para negociar” (f. 723 ib.).

En el escrito se precisa que el señor Mario Domico envió carta al gerente de la empresa MMC en septiembre 17 de 2007, “haciendo una serie de solicitudes de orden material, encaminadas a remediar algunas carencias que existen en el Resguardo a cambio del desarrollo del proceso de exploración”; no obstante, en septiembre 27 siguiente, la Organización Indígena de Antioquia informó a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, que “según versiones de los Embera de la Zona del Bajo Atrato, desde el año 2006 la Muriel Mining Corporation ha hecho intentos de soborno a algunos miembros de las comunidades de Carmen del Darién ofreciendo dinero y botes, para que les autoricen la exploración” (f. 724 ib.).

Agregan que “según la empresa, en carta dirigida a la Defensoría del Pueblo con fecha del 9 de enero de 2008; afirma que a la fecha se tiene protocolizada el acta de consulta previa con el Consejo Mayor de Murindó y Consejo Mayor de Curvaradó; refiere que el Cabildo Mayor de Murindó se retiró del proceso y el Cabildo Mayor de Carmen del Darién Camicad, junto con el Cabildo Mayor de la Zona del bajo Atrato... llevándose a cabo las reuniones que la metodología de la consulta previa exigía, es decir, la etapa de información sobre el proyecto” (f. 724 ib.).

Se refieren los actores que mediante carta de abril 20 de 2008, dirigida al Ministerio del Interior, las comunidades afrocolombianas y mestizas “enfatan objeción al proceso de consulta previa que se venía adelantando” por parte de dicha Cartera y la Muriel Mining. Sin embargo, después de los diferentes rechazos de la consulta por parte de la comunidad, el Ministerio de Justicia continuó el proceso (f. 726 ib.).

Detallan como en agosto 7 siguiente, se realizó otra reunión con el fin de conformar el comité de seguimiento. No obstante, en el acta respectiva se encuentran firmas de varios representantes de comunidades indígenas que no tenían autorización para participar en dicha convocatoria.

Además, incluyen en el relato “desde el domingo 28 de diciembre de 2008 hasta el día que presentan el escrito persisten operaciones militares... quienes de manera ilegal e inconsulta han ingresado al territorio indígena manifestando a la población que están allí para brindar protección en la exploración, que realiza la empresa Muriel Mining” (f. 727 ib.).

Los actores solicitaron ordenar a los demandados:

“la suspensión de los trabajos de exploración por parte de la empresa Muriel Mining Corporation en el marco del desarrollo del proyecto minero Mandé Norte en territorio de estas comunidades, por su intervención inconsulta”;

“el inmediato retiro de los militares asentados en el caserío Coredocito”; iii) “al Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial adoptar cuantas medidas urgentes sean necesarias para la protección del territorio comprendido como zona de reserva forestal desde 1959 en el Jiguamiandó”, además de “dar a conocer a las comunidades los estudios de impacto ambiental, cultural y social” que dicho Ministerio ha realizado;

Que a Ingeominas, que revoque “los permisos y concesiones otorgadas a la empresas Mineras en la Zona sin que haya mediado consulta a las comunidades indígenas y pueblos tribales; CARBOLOMA S.A.,... subsidiaria o subordinada de la empresa Suiza GLENCORE INTERNACIONAL AG, Cordillera Exploraciones Mineras S.A.,... y Muriel Mining Corporation”;

Al Ministerio de la Protección Social que “en vista de los daños a la espiritualidad, a la psicología colectiva, la zozobra y el temor apoye la propuesta de reconstrucción colectiva, salud mental de las comunidades y este sea ejecutado por los promotores de salud y jaibanas de la comunidad”;

Al Ministerio del Interior y de Justicia, que “revoque los permisos y concesiones otorgadas a la empresa minera en la zona, porque no se ha realizado consulta a las comunidades indígenas y pueblos tribales que ocupan y habitan tradicionalmente” el territorio en cuestión.

También piden que ese invalide “el supuesto proceso de consulta interna que según la empresa y el Ministerio del Interior se ha venido adelantando por cada uno de los vicios aquí enumerados y que en su lugar se ordene nuevamente la realización de una consulta que reúna el verdadero sentir de todos los miembros de las comunidades y los requisitos de forma y de fondo que está exige” (fs. 744 y 745 ib.).

3.3. Sobre los Motivos y Consideraciones.

Al analizar la obiter dicta o sea la órbita de lo que se dice en el caso de la sentencia T-769 del 2009 en cuestión, se puede argumentar que están tomados de la doctrina para aclarar conceptos técnicos del derecho tales como, son la protección a la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas. El cual es un deber del Estado frente a las condiciones de tiempo, modo, y lugar en que se produce la Consulta Previa. El Convenio 169 suscrito con OIT es el encargado de regular en parte este proceso, por ser parte del bloque de constitucionalidad, por ello si bien no existen reglas estrictas de procedimiento, el trámite de la consulta está debe estar ceñido al principio de la buena fe, en cuanto “se trata de propiciar espacios de participación que sean oportunos en cuanto permitan una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar”. (Convenio Internacional 169, 1987).

La consulta previa se debe caracterizar por ser una relación de comunicación que se sustente en el mutuo respeto, transparencia y confianza recíproca, la cual se debe llevar a cabo entre auténticos voceros de las minorías indígenas, afrodescendientes, tribales y las autoridades públicas, en procura de lograr que la comunidad tenga conocimiento pleno, sobre los proyectos, donde la comunidad esté enterada e ilustrada a cabalidad sobre la manera como se realizara la ejecución de los proyectos, los cuales pueden conllevar una afectación o variación sobre los derechos, sus tradiciones y el hábitat. La comunicación debe ser abierta, oportuna, libre y sin interferencias extrañas, procurándose la convocatoria de los representantes legítimos, en todo lo que conduzca a “participar activamente, e intervenir en sus modificaciones, si es preciso”, todo para que de manera conjunta, consciente y sincera sean presentadas y valoradas las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad, cuyas inquietudes y observaciones serán atendidas no solo en lo concerniente a los intereses primarios y directos, sino en torno a los valores superiores de preservación cultural y

ecológica. En el proceso de consulta previa se aconseja que los acuerdos hayan sido divulgados entre las comunidades interesadas los acuerdos, se avance en la ilustración a tales grupos sobre su alcance, y se abran los escenarios de discusión apropiados para el debate del tema. (Sentencia C-401 del 2005).

Por otra parte, en lo referente a la protección de la biodiversidad y la indemnidad de territorios de gran importancia y sensibilidad ecológica, la Corte Constitucional ha agregado, dentro del marco de los principios internacionales, el derecho de los grupos humanos minoritarios “a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales, garantizando de esta manera la supervivencia de la riqueza cultural, que la diversidad étnica de la Nación colombiana comporta – artículos 1º, 7º, 8, 68, 70 y 246 CP.”

La Constitución Política sobre la exploración y explotación de los recursos naturales en los territorios de los nativos se hace necesario armonizar dos intereses: por un lado está la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, garantizando el desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. (Art. 80), resulta palmario que lo insustituible no se puede tocar; y por otro lado la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas y afro-descendientes que ocupan dichos territorios, con elementos básicos que constituyen su cohesión y que son el sustrato indispensable para su mantenimiento.

3.4. Razones que Sirvieron de Base a la Decisión como Afirmaciones, Negaciones o Argumentos Vinculantes.

3.4.1. *Las Razones que tuvo la Corte Constitucional para tomar la Decisión Proyecto Mandé Norte y las Comunidades de Curvaradó y Jiguamiandó*

La Corte Constitucional consideró que el proceso de Consulta Previa adelantado con el concurso de los Ministerios del Interior y de Justicia, en el caso **Mande - Norte**, se desarrolló sin tener en cuenta a todas las autoridades e instituciones representativas de las comunidades afectadas, constatándose que algunos de los participantes en la adopción del proyecto en cuestión, no se

encontraban debidamente acreditados, ni autorizados. Tal es el caso del señor Manuel Moya Lara, persona sobre la cual los demandantes indicaron que el Consejo al cual él dijo representar:

“es inexistente, ilegal y se creó paralelo al verdadero Consejo Comunitario de Comunidades negras del Río Curvaradó, representado actualmente por el señor Luis Alberto Rentería Mosquera y para el momento en el que se celebró la reunión de Consulta Previa para el proyecto Mandé - Norte, estaba a su cargo la señora Ligia María Chaverra”, sustentado en el procesos por fraude procesal, presuntamente por haber suplantado al representante del Consejo de Curvaradó en la firma de acuerdos y contratos. (Sentencia T-769 2009).

La segunda razón, falta de autoridad y de jurisdicción de los signatarios de la consulta, para ello se basaron en el acta de protocolización del julio 12 de 2008, la cual fue firmada por representantes del Consejo Comunitario del Carmen del Darién Camicad y por el Cabildo Mayor Indígena de la Zona del Bajo Atrato Camizba, los primeros sin la autoridad necesaria de las comunidades pertenecientes a él; lo segundo sin jurisdicción, mientras Camizba es una organización con jurisdicción en Río Sucio, territorio que no es afectado por el proyecto.(sentencia T-769 del 2009).

La Corte Constitucional concluyó la vulneración del derecho de participación a las comunidades afro-descendientes de la cuenca del río Jiguamiandó, a las comunidades indígenas de los resguardos de Uradá-Jiguamiandó del Municipio de Carmen del Darién, y las del resguardo de Chageradó Turriquitadó del municipio de Murindó, en los Departamentos del Chocó y Antioquia, involucradas a través de sus autoridades tradicionales, y de los Consejos Menores de las comunidades, en coordinación con los Consejos Mayores, por cuanto no se tuvo en cuenta a tales comunidades, ni se realizó consulta, sustentado para ello en la (Sentencia C-030, 2008), en tres aspectos en torno al alcance y contenido del deber de la Consulta Previa:

La consulta resulta obligatoria cuando las medidas que se adopten sean susceptibles de afectar específicamente a las comunidades aborígenes, en su calidad de tales. En el caso estudiado, se pudo constatar que el Ministerio del Interior y de Justicia refirió que “la empresa se encuentra iniciando labores únicamente en zona de las comunidades consultadas y protocolizadas”, de lo cual se colige que la consulta, que debió efectuarse con anticipación, no se había realizado con todas las

colectividades étnicas cuyos territorios resultarán afectados por la exploración y la explotación minera que se desea acometer.¹⁶ (Sentencia C - 461, 2008).

Las comunidades y los resguardos que ocupan la región del Río Jiguamiandó, del Resguardo del Río Murindó, y del resguardo de Uradá Jiguamiandó, están en un ámbito de afectación directa por el proyecto minero **Mandé - Norte**, pues han habitado ancestralmente en los sectores concedidos a la empresa Muriel Mining Corporation para la exploración minera, territorios que así presentan especial significación cultural, material y espiritual. La Corte concluye que las comunidades se vieron afectadas por cuanto no se actuó de manera adecuada para procurar que la comunidad conociera el contenido y alcance del proyecto Mandé Norte y posteriormente, con conocimiento de causa, pudiese definir con suficiente ilustración, previo el análisis de sus propias perspectivas y prioridades. Al punto que la población originaria no era consciente de que dicho proyecto afectara al Cerro Careperro, sagrado para los ancestrales habitantes de la región. Tampoco se consultó a todas las comunidades como ya se indicó. (T-769-2009).

El proceso de Consulta Previa se debe adelantar con todos los grupos vernáculos que pueden resultar afectados con el proyecto minero, dándoles amplias facilidades para que conozcan integralmente el proyecto y que todos pudiesen participar, donde todos estuviesen debidamente ilustrados, lo cual en este asunto no se posibilitó, los requerimientos no fueron satisfechos en debida forma por las autoridades en cuanto sólo se efectuó la consulta con algunos dirigentes indígenas y afro-descendientes interesadas, y no a los representantes válidamente acreditados como las comunidades de Alto Guayabal, Nuevo Cañaveral Y Uradá, que hacen parte del Resguardo Indígena de Uradá Jiguamiandó, que tampoco fueron consultadas.

¹⁶ En la sentencia C-461 de 2008, ya referida, se puntualizó: “El Gobierno tiene el deber de promover la consulta cuando se trate de proyectos que sean de su iniciativa, el cual debe desarrollarse en una Mesa Permanente de Concertación” con cada uno de los Pueblos y Organizaciones indígenas y afro-descendientes que se encuentran afectadas.

3.4.2. *La Consecuencia Jurídica de la Omisión Frente al Deber y al Derecho de Consulta previa.*

Frente a la omisión al deber y al derecho de consulta previa, la Corte Constitucional precisó que son susceptibles de amparo constitucional. La consecuencia jurídica es la protección del derecho fundamental para que las comunidades nativas puedan obtener que no se hagan efectivas medidas cuando estas no hayan sido previas y consultadas en la debida forma, con las deliberaciones que sean necesarias y adecuadas. En el caso estudiado es claro que los grupos originarios del territorio afectado no fueron debidamente consultados, no hubo participación directa de la comunidad frente a la decisión de explorar y explotar su territorio para desarrollar el proyecto minero, mucho menos bajo qué condiciones, por lo cual dichas comunidades no tuvieron la oportunidad de definir sus propias prioridades. (Sentencia T-769 del 2009).

El debate se suscitó por cuanto la Consulta Previa no se realizó de manera completa ni adecuada, afectando los derechos fundamentales de quienes acudieron a la tutela y sus comunidades, además de otearse daños irreversibles a un hábitat de inmensa riqueza biológica, de reconocida fragilidad, exigiéndose que la protección sea inmediata, de donde resulta evidente que esta acción es de única vía idónea y expedita¹⁷ por tratarse de la vulneración de un derecho fundamental.

Además la Corte Constitucional para equilibrar el desarrollo económico que necesita el país, el cual que requiere avanzar en la exploración y explotación de los recursos nacionales, mineros. En este caso debe detenerse ante la preservación ambiental, que es la vida de las futuras generaciones y coordinarse con el inalienable respeto a los valores históricos, culturales y sociales de los grupos étnicos y de la población en general lo cual considera debe encontrar una justa medida, basados Artículo 330 de la Constitución política del país el cual reza que:

“la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

¹⁷ En la precitada sentencia C-030 de 2008 se lee “la Corte ha sostenido que el derecho constitucional a la consulta previa debe ser interpretado de manera armónica con las provisiones del Convenio 169 de la OIT” T-880 de febrero de 2009.

La Corte Constitucional acogió conceptos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Saramaka en el cual, indicó que:

“El Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio a menos y hasta que entendidas técnicamente capaces bajo supervisión del Estado realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intentan preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez garantizar su subsistencia como pueblo tribal”. También se pronunció para los casos de los planes de desarrollo e inversión manifestando que “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendría un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramaka, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo en éstos, según sus costumbres y tradiciones”. (Sentencia T.769 del 2009).

La vulneración del derecho a la Consulta Previa sobre proyectos de exploración y explotación de recursos naturales, también conlleva la violación otros derechos de los pueblos afectados, tales como la autonomía e integridad cultural y social, y de la propiedad sobre sus territorios ancestrales. Manifiesta la Corte que el territorio fue puesto en riesgo por el “proyecto **Mandé - Norte**”, por su duración de 30 años prorrogables a otros 30, que sobre el particular la Corte Constitucional dice que se demostró la estrecha relación entre el territorio y la supervivencia cultural y económica de las comunidades allí asentadas; por lo que concluye que su desarrollo generará daños ambientales debido a la afectación de cabeceras de los ríos, la contaminación del aire con gases ácidos, la producción de residuos sólidos y la deforestación, que repercuten en el delicado equilibrio ecológico de una de las zonas más biodiversas del mundo, en los cultivos de pan-coger, en los animales, en la salud y en general, en la base de la economía de las diferentes comunidades autóctonas.

Del pronunciamiento del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial se concluyó que la ejecución del proyecto minero debe protegerse y aún cancelarse si fuese el caso, como resultado de las evaluaciones ambientales serias y objetivas que tiene que realizar, en protección de la naturaleza teniendo como soporte estudios e investigaciones sobre impacto ambiental, una “*evaluación inter dimensional de los posibles daños ambientales en los territorios colectivos de los*

*Consejos Comunitarios de las comunidades negras de Jiguamiandó y Curvaradó*¹⁸, el cual se encuentra “en fase de revisión y ajustes”, esto quiere decir que los estudios no se efectuaron sobre todos los territorios afectados, y que lo realizado aún requiere revisión y ajuste.

La Corte Constitucional se pronunció sobre el consentimiento libre, informado y previo de las comunidades el cual se debe desarrollar según sus costumbres y tradiciones, en el caso del “**Proyecto Mandé – Norte**” objeto de estudio se observa que hay acta de protocolización adelantada con algunas comunidades asimilado a un simple trámite administrativo, en el cual la comunidad no ha tenido oportunidad de pronunciarse a fondo frente al proyecto que explorará y explotará minerales en su territorio el cual es de carácter ancestral. Esto es lo que se conoce como incumplimiento de sub-reglas constitucionales, que son de obligatoria observancia en estos casos se involucran en la Consulta Previa los principios de buena fe y de consentimiento libre e informado, que deben gobernar en el proceso.

El análisis objetivo llevó a ordenar al Ministerio en principio al Ministerio de Defensa Nacional, ofrecer seguridad para suplir la falta de presencia expresada por las comunidades aborígenes de la región para brindar seguridad. La Corte Constitucional decidió que independientemente si el impacto directo sobre las comunidades se considere positivo o negativo, en la medida que las acciones puedan afectar directamente, esta debe ser consultada¹⁹.

3.5. Sobre las Decisiones Tomadas por la Honorable Corte Constitucional Sobre el Proyecto de Explotación Minera Mande Norte.

La Corte Constitucional revocó la Sentencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de justicia en mayo 27 de 2009, que confirmó la adoptada por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, en mayo 23 del mismo año, en la cual se había negado la tutela contra los Ministerios del Interior y de Justicia, de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, de Defensa,

¹⁸ La Ley 193 de 1999, artículo 1º numeral 6º, desarrolla así el principio de precaución “*La formación de las políticas ambientales tendrán en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para no impedir la degradación del medio ambiente*”.

¹⁹ C-030 de 2008; C-461 de 2008 y C-175 de 2009.

de Minas y Energía, y de Protección Social y concedió la protección de los derechos al debido proceso; a la Consulta Previa con las comunidades autóctonas, y a la existencia, autonomía, integridad e identidad cultural y social de tales comunidades, al igual que a las riquezas naturales de la Nación.

La Corte Constitucional ordenó a las autoridades accionadas suspender las actividades de exploración y explotación que se estén adelantando o se vayan adelantar, en desarrollo del contrato de concesión denominado **Mandé - Norte**, para la exploración y explotación de cobre, oro, molibdeno y otros minerales, en los departamentos de Antioquia y Chocó. Ordenó al Ministerio del Interior y de Justicia rehacer los trámites que precedieron al acta de formalización de Consulta Previa y realizarla en debida forma, extendiéndola a las comunidades que puedan resultar afectadas en el desarrollo del proyecto de exploración y explotación minera denominada Mandé Norte. Al Ministerio de ambiente, vivienda y desarrollo territorial culminar los estudios científicos integrales y difundirlos entre las comunidades indígenas y afrodescendientes que puedan ser afectadas, absteniéndose de conceder licencias ambientales para la ejecución de proyectos de exploración y explotación que afecten la biodiversidad y el medio ambiente. Al ministerio de defensa nacional asegurar el ingreso de la Fuerza Pública como garantía de seguridad a las comunidades indígenas y afro descendientes que ancestralmente habitan en la región irrigada por los ríos Jiguamiandó, Urabá Y Murindó, a Ingeominas, abstenerse de otorgar o suspender según el caso, las licencias de exploración y explotación minera en el proyecto Mandé Norte hasta el momento que se cuente con los estudios sobre el impacto y se realice la Consulta Previa de manera adecuada, A la Defensoría del Pueblo apoyar, acompañar y vigilar el pleno cumplimiento del presente fallo, con el fin de garantizar de manera efectiva los derechos aquí protegidos.

La decisión la Corte Constitucional deja claro con el fallo de la acción de tutela que el derecho a la Consulta Previa es un requisito previo a autorizar la concesión para desarrollar la explotación minera en las regiones irrigadas por los ríos Jiguamandó y Curvaradó, traza la línea jurisprudencial precisando dos elementos esenciales a saber. Así: *primero* La consulta previa debe cumplir con el requisito de hacerse con los representantes genuinos de la comunidad y con la comunidad que se puede ver afectada con la ejecución del proyecto minero. Es más que un proceso formal por ello en el caso estudiado pese a que se adelantó formalmente, no cumplió con todos los requisitos por ello

la corte constitucional tutelo el ejercicio de este derecho fundamental. *Segundo* Que la consulta debe ser previa, libre e informada, y cumplir con los principios y adelantarse con estricto respeto a los procedimientos, los cuales pueden decirse son los límites de la consulta, y el alcance está delimitado en el convenio suscrito con la OIT, el cual se reitera en la sentencia y aplica a cualquier decisión, proyecto, acto administrativo que afecte en algún sentido a una minoría étnica bien sea esta (indígena, negra o Rom) que ocupe ancestralmente un territorio, sea este titulado a resguardo o posesión desde tiempos anteriores a la presencia de los españoles.

4. Conclusiones

La Consulta Previa se ha instituido en Colombia con la finalidad de proteger las costumbres de los pueblos indígenas, comunidades negras y minorías Rom y la autodeterminación; es un Derecho Fundamental, que aparece en nuestra carta política en virtud del Convenio 169 suscrito por Colombia con la OIT en 1987, el cual recoge los principios y propósitos del que hacer; sin embargo, la legislación colombiana no ha reglamentado el cómo para todos los casos y los desarrollos normativos se encuentran en sentencias de la Corte Constitucional y algunas normas y decretos que definen parcialmente como hacerlo, entre los que se destaca: ley 70 que define de manera parcial los conceptos, formas de gobierno de las minorías, maneras de resolver los conflictos de territorio, procesos para constituir y ordenar territorio; el papel de las instituciones encargadas de la titulación, funciones para el Ministerio de Gobierno y el Decreto 1320 de 1998, el cual define los procesos y procedimientos de la Consulta Previa para temas como licencias ambientales y autorizaciones de explotación minera.

La Consulta Previa en consecuencia está orientada por sentencias de la Corte Constitucional, desarrollos con fuerza de Ley de obligatorio cumplimiento para los ciudadanos, las empresas y las instituciones en Colombia; sentencias que precisan que los trámites de una Ley que afecte el desarrollo de las minorías, que afecte el territorio que hoy ocupan las minorías étnicas, sea porque está debidamente reconocido con títulos o que ocupan de hecho, se debe adelantar consulta previa, sea que se vayan a desarrollar proyectos de explotación minera como es el caso de estudió, o similares como los de la comunidades de Curvaradó y Jiguamiandó con la explotación minera, la comunidad debe conocer el proyecto y aprobarlo previamente como requisito para que las

Instituciones del Estado estudien y aprueben las licencias de explotación. Esto es igual si se trata de la construcción de carreteras, de redes de energía eléctrica, para lo cual se necesitan que previo a la aprobación de las licencias para el desarrollo de estos proyectos, incluso se debe adelantar cuando se trate del trámite de la licencia. Sin duda en este caso la Corte Constitucional ha tenido que recurrir a la teoría de la argumentación en sus sentencias, desarrollos constitucionales que definen los alcances y ponen límites al Gobierno para proteger a las minorías.

Para definir el cómo hacerlo, se hace necesario precisar los procesos y los procedimientos, para lo cual el Ministerio del Interior ha producido Decretos como el 1320 de 1998 y circulares, las cuales amparan y protegen a las minorías étnicas para que estas hagan valer sus derechos. En el caso concreto, la Corte produce una sentencia, un fallo por violación al debido proceso en el caso de la concesión de la licencia de explotación minera “Proyecto **Mande - Norte**”, por no haber consultado a las autoridades legítimas.

La Corte Constitucional concedió protección a la consulta previa basando su decisión en la violación del debido proceso, a la Consulta Previa con las comunidades autóctonas, y a la existencia, autonomía, integridad e identidad cultural y social de tales comunidades, al igual que a las riquezas naturales de la Nación, ordenando realizarla nuevamente con los representantes de las comunidades autóctonas, respetando la autonomía, integridad e identidad cultural y social, para preservar las riquezas naturales de la nación, y ordenó suspender las actividades de exploración y explotación que se estén adelantando o se vayan adelantar en desarrollo del contrato de concesión denominado Mandé Norte, para la exploración y explotación de cobre, oro, molibdeno y otros minerales, en los departamentos de Antioquia y Chocó. Ordenó realizarla con la participación de todos los interesados en el desarrollo del proyecto, con todas las comunidades que puedan resultar afectadas como requisito previo para autorizar la ejecución de proyectos de exploración y explotación que afecten la biodiversidad y el medio ambiente.

Para aplicarlos de manera concreta a la situación real desarrollada en el caso Proyecto “**Mande - Norte**”, teniendo en cuenta el diverso material jurídico y teórico, el cual abrió la brecha que permitió obtener los resultados antes mencionados, se concluyó que la consulta es un instrumento donde los dueños de la licencia se reúnen con la comunidad y se suscriben acuerdos, una

negociación desigual en la cual las comunidades piden pequeñas cosas tales como la construcción de escuelas, el mantenimiento de algunos caminos, algunas becas para los hijos de los habitantes de esas comunidades o en suma pequeñas cosas comparadas con la magnitud de los proyectos que se desarrollarán, y los beneficios que obtendrán los concesionarios de esos proyectos. Tratándose de un acto complejo, hay una gran cantidad de decisiones las cuales no tienen un orden, son dispersas y en últimas una decisión de fondo, por falta de claridad en los procesos y procedimientos no pasa de ser un maquillaje para justificar la realización de un proyecto, por encima de los intereses de la comunidad que habita en ese territorio.

Para garantizar el ejercicio del derecho a la Consulta Previa, es necesario trascender de las discusiones procedimentales, hacia las fundadas en desarrollos teóricos que desagregan el alcance de la democracia, de los procedimientos democráticos y del rol que tienen los operadores judiciales en la vigilancia del cumplimiento de los elementos que lo componen. Del caso se desprende la necesidad de definir el alcance y el goce efectivo del derecho a la consulta previa por parte de los pueblos indígenas y tribales en Colombia; por ende, es necesario más desarrollos legislativos y administrativos que permitan garantizar este derecho fundamental, asegurar las herramientas normativas y estratégicas necesarias que se establezcan, mantengan la coherencia de los mencionados avances doctrinales y jurisprudenciales.

El concepto de democracia en el caso de las minorías étnicas, parte de la posibilidad de decidir sobre la manera como se construye su desarrollo, un desarrollo endógeno con autodeterminación, en este caso la opinión pública entendida como una red de comunicaciones de contenidos con posiciones, hacen que estas se reproducen a través de la comunicación, y funciona con un lenguaje natural, funciona si es comprensible por el público en general y se pueda reproducir por el pueblo a través del lenguaje cotidiano que es lo que se conoce como “la práctica comunicativa cotidiana”. Sobre el tema de la consulta previa al examinar los periódicos se nota intereses de las grandes empresas expresan las trabas para el desarrollo y se procura o se propone reducir el campo de aplicación que de la Consulta Previa. En este contexto, la sociedad civil juega un papel preponderante y son las asociaciones, organizaciones y movimientos surgidos de forma más o menos espontánea, las que recogen las inquietudes y hacen eco de los problemas que la sociedad encuentra en los ámbitos de la vida privada, y que en síntesis le elevan el volumen de voz y la

transmiten al espacio de la opinión pública – política generando lo que se conoce como opinión pública.

La gran conclusión es que la Consulta Previa vista a través de la sentencia T-769 del 2009, si se aplica adecuadamente, deja de ser un factor de conflicto para convertirse en una oportunidad para el desarrollo del país, en un marco de respeto a las minorías étnicas de Colombia, ello implica superar los límites, lo cual equivale a garantizar el derecho a la participación. Desde el punto de vista institucional significa el fortalecer las entidades responsables de éste proceso, sustentar y organizar mejor los procedimientos, para evitar que lo ocurrido con el “Proyecto ***Mandé – Norte***” se repita. En el caso estudiado el proceso de Consulta Previa se adelantó sin apego a las normas como corresponde a principios y las disposiciones constitucionales y legales vigentes.

5. Bibliografía

Rodríguez Peñaranda, M. L. (2005). *Minorías, Acción Pública de Inconstitucionalidad y Democracia Deliberativa*. (U. E. Colombia, Ed.) Bogota, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Derecho, La guia. (29 de 04 de 09). Recuperado el 10 de 01 de 2015, de Derecho, La guia: <http://derecho.laguia2000.com/parte-general/pacta-sunt-servanda>

Declaración Universal de los Derechos Humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas 10 de 12 de 1948).

Convenio Internacional 169, 169 (Organización Internacional del Trabajo OIT 06 de 1987).

Constitución Política de Colombia (1991).

Ley 21, Ley 21 (Congreso de Colombia 04 de 03 de 1991).

Declaración y Programa de Acción de Viena (Conferencia Mundial de Derechos Humanos 25 de 06 de 1993).

Ley 70 (Congreso de Colombia 27 de 08 de 1993).

Ley 93 (Congreso de Colombia 22 de 12 de 1993).

Ley 99 (Congreso de Colombia 22 de 12 de 1993).

Decreto 1745 (Presidente de la República de Colombia 12 de 10 de 1995).

Sentencia SU - 039 (Corte Constitucional 03 de 02 de 1997).

Decreto 1320 (Miisterio del Interior 13 de 07 de 1998).

Sentencia C- 891 (Corte Constitucional 22 de 10 de 2002).

Sentencia SU 383 (Corte Constitucional 13 de 05 de 2003).

Sentencia T - 955 (Corte Constitucional 17 de 10 de 2003).

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos (13 de 09 de 2007).

Sentencia C - 461 (Corte Constitucional 14 de 05 de 2008).

Sentencia CO - 30 (Corte Constitucional 23 de 01 de 2008).

Sentencia C - 175 (Corte Constitucional 18 de 03 de 2009).

Sentencia T-769, T-769 (Corte Constitucional de Colombia 29 de 10 de 2009).

Directiva Presidencia 01 (Presidencia de la República 26 de 03 de 2010).

Ley 1437 (El Congreso de Colombia 18 de 01 de 2011).

Red por la Justicia Ambiental de colombia. (16 de 05 de 2012). Recuperado el 25 de 01 de 2015, de Red por la Justicia Ambiental de colombia.

Directiva 10 (Presidencia de República 7 de 11 de 2013).

Decreto 2041 (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible 15 de 10 de 2014).

Alexy , R. (2008). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Arango, R. (2005). *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Bogotá: Legis.

Grueso C., L. R. (2009). www.hchr.org.co. Recuperado el 20 de 03 de 2015, de www.hchr.org.co.

Habermas, J. (2001). *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*. Madrid: Trotta.

Mejia Quintana , O. (2002). *Tribunales Constitucionales, Democracia Deliberativa y Opinión Pública*. Bogota .

Niño, C. S. (1997). *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona, España: Gedisa.

Quinche Ramírez, M. F. (2003). *El control de convencionalidad*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Rodríguez Garavito, C., & Orduz Salinas , N. (2012). *La Consulta Previa. Dilemas y Soluciones*. Bogota, Colombia : Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.

Rodríguez, G. A. (2014). *De la Consaulta Previa al Conocimiento libre, previo e informado a Pueblos Indigenas de Colombia*. Bogota: Ibáñez S.A. S.

5.1. ANEXO NORMAS RELACIONADAS CON CONSULTA PREVIA

<i>NORMA</i>	<i>ARTICULO</i>	<i>DETALLE</i>
Constitución Política	Artículo 7º	El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación.
	Artículo 330	La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades,
	Artículo 332, parágrafo	El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes.
Ley 21 de 1991	Numerales 1 y 2 del artículo 6	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 conciernen. 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.
	Numerales 1 y 2 del artículo 7	Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste

		afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.
	Numeral 3° del artículo 7°	Aprueba el Convenio N° 169 de 1987 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales: Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.
	Numeral 2 del artículo 15	En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o 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 reportan tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.
Ley 70 de 1993	Artículo 17	A partir de su vigencia y hasta tanto no se haya adjudicado en debida forma la propiedad colectiva a una comunidad negra que ocupe un terreno en los términos

		que la misma establece, no se adjudicarán las tierras ocupadas por dicha comunidad ni se otorgarán autorizaciones para explotar en ella recursos naturales, sin concepto previo de la Comisión conformada por el Instituto Colombiano para la Reforma Agraria, INCORA (INCODER), el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, y el Ministerio del Medio Ambiente.
	Artículo 44	Como un mecanismo de protección de la identidad cultural, las comunidades negras participarán en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impactos ambiental, socioeconómica y cultural, que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere esta ley.
	Artículo 76	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.
Decreto 1745 de 1995	Numeral 1º del artículo 35	Si el proyecto objeto de la solicitud de otorgamiento de licencia ambiental, concesión, permiso, autorización o de celebración de contratos de aprovechamiento y explotación de los recursos naturales y genéticos (sic), se encuentra en zonas susceptibles de ser tituladas como tierras de comunidades negras, a fin de hacer efectivo el derecho de prelación de que trata la ley.
Sentencia 039 de 1997	Debe buscarse la conciliación entre la necesidad de la explotación de los recursos naturales y el respeto de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. Esa difícil conciliación debe obtenerse por medio de la actuación gubernamental que debe propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades en las decisiones al respecto. Debe regularse por la ley de la materia. No está previsto por la ley que la consulta tenga valor vinculante para el gobierno, ni que se erija en un veto, sino que sea un instrumento que facilite la conciliación entre propósitos que la Constitución consideró que podían marchar en forma paralela.	
Decreto Número 1320 de 1998	Consulta Previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio.	
Decreto 1122 de 1999	Artículos 140 y 141	Se ordena al IGAC elaborar cartografías donde existan asentamientos de comunidades indígenas, en término de 6 meses.

		Si en el procedimiento legal y reglamentario de la Consulta Previa que propicia la participación de las comunidades indígenas y negras en la realización de la explotación de los recursos naturales en sus territorios, no se logra un acuerdo con dichas comunidades, la decisión que adopte la autoridad competente deberá tener en cuenta la identidad cultural, social y económica de las comunidades afectadas e igualmente establecerá los mecanismos para la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad.
Ley 685 de 2001	Artículo 35, literales f), g) y h)	En las zonas constituidas como zonas mineras indígenas, zonas mineras de comunidades negras y zonas mineras mixtas, siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar.
	Artículo 122	El MME señalará y delimitará, dentro de los territorios indígenas, zonas mineras indígenas, en las cuales, toda propuesta de particulares para explorar y explotar será resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas.
	Artículo 124	Las comunidades y grupos indígenas tendrán prelación para que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera indígena o en una zona minera de comunidad negra. Este contrato podrá comprender uno o varios minerales.
	Artículo 136	La autoridad minera cuando se trate de formulación y desarrollo de proyectos mineros en zonas indígenas y de comunidades negras podrá prestar asistencia técnica en materia de exploración, elaboración de los planes mineros y desarrollo de éstos, siempre y cuando los proyectos sean adelantados por dichas comunidades. Así mismo, podrá prestar el apoyo correspondiente en materia de promoción y legalización de las áreas.
Ley 756 de 2002	Artículo 11	En el evento en que se exploten recursos naturales no renovables en un resguardo indígena o a no más de 5km del mismo, el 5% del valor de las regalías que correspondan al departamento y un 20% de las que correspondan al municipio se asignarán a inversión en las zonas donde esté asentada la comunidad indígena. Si el resguardo indígena es una entidad territorial, podrá recibir y ejecutar los recursos directamente. De no ser así, los recursos los recibirán y ejecutarán los municipios en concertación con las autoridades indígenas.

Decreto 1220 de 2005	Artículo 14	La participación de las comunidades en relación los estudios ambientales “En los casos en que se requiera, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, en materia de Consulta Previa con comunidades indígenas y negras tradicionales, y al Decreto 1320 de 1998 o al que lo sustituya o modifique”.
Sentencia C030 de 2008	“... al regular la intervención del Estado para la explotación de recursos naturales en una determinada área de territorio, en la cual se encuentra asentada una específica comunidad indígena, es claro que el proceso de consulta debe adelantarse con las autoridades legítimamente constituidas de dicha comunidad. Si se tratase de regular la manera como, en general, debe surtirse el proceso de consulta a las comunidades indígenas y tribales, sería claro también que la consulta que, a su vez, se requeriría para ello, no podría adelantarse con cada una de las autoridades de los pueblos indígenas y tribales, y, en ausencia de una autoridad con representación general de todos ellos, habría que acudir a las instancias que, de buena fe, se consideren más adecuadas para dar curso a ese proceso de consulta”.	
Directiva Presidencial O1 de 2010	...Mecanismos deben ser utilizados en los procesos de Consulta: a) El proceso de Consulta Previa siempre deberá cumplir las siguientes fases: a) Pre consulta, 2 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 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. b) El Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia, con el apoyo de la Dirección de Acceso a la Justicia del mismo, velará por el cumplimiento de las fases señaladas bajo la prerrogativa de la protección de los derechos fundamentales. e) En los eventos que sea necesario, se expedirán Resoluciones o actos administrativos, con el objeto de conminar el cumplimiento de todos los acuerdos previstos en los procesos de Consulta Previa. d) El Ministerio del Interior y de Justicia determinará las características técnicas que deberán tener los documentos de proyectos para establecer el diálogo intercultural que permita su cabal comprensión. e) Participación directa, con apropiación de recursos, de las entidades que requieran regularmente adelantar procesos de Consulta Previa. Con el objeto de establecer convenios o contratación de personal para adelantar los mencionados procesos y apoyar las funciones del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia.	

	t) Las entidades, organismos, empresas o titulares de proyectos deberán contar con las apropiaciones presupuestales necesarias para financiar los proyectos o acciones que requieren la garantía del derecho a la Consulta Previa. g) Los promotores de las iniciativas podrán identificar grupos de proyectos susceptibles de participar en procesos de Consulta Previa en una agenda común y presentar solicitudes consolidadas al Ministerio del Interior y de Justicia. Dicho Ministerio determinará los Grupos Étnicos Nacionales, las comunidades, los representantes, el área de influencia y los actores participantes en el proceso de Consulta Previa, así como los roles que desempeñará cada uno de ellos. Para ello se hará convocatoria abierta a la pre consulta y se determinará, de acuerdo con la naturaleza del proyecto, los organismos invitados que podrán ser convocados, y definirá las metas del proceso de Consulta Previa, de acuerdo con las condiciones de cada Grupo Étnico Nacional en particular y con la envergadura del proyecto o los proyectos objeto de consulta. h) Los responsables de los proyectos deberán hacer las aclaraciones necesarias para el efectivo conocimiento y entendimiento de los mismos por parte de los Grupos Étnicos Nacionales, así como establecer claramente las actividades en el corto, mediano y largo plazo que se prevean desarrollar en la ejecución.
--	--