



Perspectivas ambientales contemporáneas

Compiladores

Jairo Encamorado Estrada
Doris del Carmen Navarro Suárez

Jairo Encamorado Estrada - Doris del Carmen Navarro Suárez - Pilar Ruiz Zapata - Dionisio Rangel Obregón
Valeria Fontalvo Ortiz - Shirley Acuña Castañeda - Gersel Pérez Altamira - Magda Djanón Donado
Alonso Cortina Acevedo - Carolina Isaza Zuluaga - Rafael Fernando Oyaga Martínez - Lourdes Albor Chadid
William Ramírez Quiroga - Paola Margarita Carvajal Muñoz - Marcela Viviana León García - Eduardo Antonio Palencia Ramos
José David Usta Caicedo - Álvaro Mozo Gallardo - Sandra Patricia Coronado - Arturo Javier González Solano



EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL ACREDITA
INSTITUCIONALMENTE A LA UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
Resolución 23095, del 15 de diciembre de 2016

***Perspectivas
ambientales
contemporáneas***



PRESIDENTA SALA GENERAL
ANA BOLÍVAR DE CONSUEGRA

RECTOR FUNDADOR
JOSÉ CONSUEGRA HIGGINS (q.e.p.d.)

RECTOR
JOSÉ CONSUEGRA BOLÍVAR

VICERRECTORA ACADÉMICA
SONIA FALLA BARRANTES

**VICERRECTORA DE INVESTIGACIÓN
E INNOVACIÓN**
PAOLA AMAR SEPÚLVEDA

VICERRECTORA FINANCIERA
ANA CONSUEGRA DE BAYUELO

VICERRECTOR DE INFRAESTRUCTURA
IGNACIO CONSUEGRA BOLÍVAR

SECRETARIA GENERAL
ROSARIO GARCÍA GONZÁLEZ

DIRECTORA DE INVESTIGACIONES
ALIZ YANETH HERAZO BELTRÁN

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
MILENA I. ZABALETA DE ARMAS

MIEMBROS DE LA SALA GENERAL
ANA BOLÍVAR DE CONSUEGRA
OSWALDO ANTONIO OLAVE AMAYA
MARTHA VIVIANA VIANA MARINO
JOSÉ EUSEBIO CONSUEGRA BOLÍVAR
JORGE REYNOLDS POMBO
ÁNGEL CARRACEDO ÁLVAREZ
ANTONIO CACUA PRADA
PATRICIA MARTÍNEZ BARRIOS
JAIME NIÑO DÍEZ †
ANA CONSUEGRA DE BAYUELO
JUAN MANUEL RUISECO
CARLOS CORREDOR PEREIRA
JORGE EMILIO SIERRA MONTOYA
EZEQUIEL ANDER-EGG
JOSÉ IGNACIO CONSUEGRA MANZANO
EUGENIO BOLÍVAR ROMERO
ÁLVARO CASTRO SOCARRÁS
IGNACIO CONSUEGRA BOLÍVAR

Perspectivas ambientales contemporáneas

Compiladores

**Jairo Enamorado Estrada
Doris del Carmen Navarro Suárez**

Jairo Enamorado Estrada - Doris del Carmen Navarro Suárez - Pilar Ruiz Zapata - Dionisio Rangel Obregón
Valeria Fontalvo Ortiz - Shirley Acuña Castañeda - Gersel Pérez Alkamira - Magda Djanón Donado
Alonso Cortina Acevedo - Carolina Isaza Zuluaga - Rafael Fernando Oyaga Martínez - Lourdes Albor Chadiid
William Ramírez Quiroga - Paola Margarita Carvajal Muñoz - Maroela Viviana León García - Eduardo Antonio Palencia Ramos
José David Usta Caicedo - Álvaro Mozo Gallardo - Sandra Patricia Plata Coronado - Arturo Javier González Solano

Perspectivas ambientales contemporáneas / comp. Doris del Carmen Navarro Suárez, Jairo Enamorado Estrada; Pilar Ruiz Zapata... [et al.] -- Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar, 2017.

252 p.; il. 17x24 cm.
ISBN: 978-958-5430-22-8

1. Protección del medioambiente 2. Conservación de los recursos naturales 3. Derecho ambiental 4 Política ambiental I. Navarro Suárez, Doris del Carmen, comp. II. Enamorado Estrada, Jairo, comp. III. Ruiz Zapata, Pilar IV. Rangel Obregón, Dionisio V. Fontalvo Ortiz, Valeria VI. Acuña Castañeda, Shirley VII. Pérez Altamiranda, Gersel VIII. Djanón Donado, Magda IX. Cortina Acevedo, Alonso X. Isaza Zuluaga, Carolina XI. Oyaga Martínez, Rafael Fernando XII. Albor Chadid, Lourdes XIII. Ramírez Quiroga, William XIV. Carvajal Muñoz, Paola Margarita XV. León García, Marcela Viviana XVI. Palencia Ramos, Eduardo Antonio XVII. Usta Caicedo, José David XVIII. Mozo Gallardo, Álvaro XIX. Plata Coronado, Sandra Patricia XX. González Solano, Arturo Javier XXI. Consuegra Bolívar, Ignacio, pról. XXII. Tit.

344.046 P46 2017 SCDD 21 ed.

Universidad Simón Bolívar – Sistema de Bibliotecas

PERSPECTIVAS AMBIENTALES CONTEMPORÁNEAS

© Jairo Enamorado Estrada • Pilar Ruiz Zapata • Dionisio Rangel Obregón • Valeria Fontalvo Ortiz • Shirley Acuña Castañeda • Gersel Pérez Altamiranda • Magda Djanón Donado • Alonso Cortina Acevedo • Carolina Isaza Zuluaga • Rafael Fernando Oyaga Martínez • Lourdes Albor Chadid • William Ramírez Quiroga • Doris del Carmen Navarro Suárez • Paola Margarita Carvajal Muñoz • Marcela Viviana León García • Eduardo Antonio Palencia Ramos • José David Usta Caicedo • Álvaro Mozo Gallardo • Sandra Patricia Plata Coronado • Arturo Javier González Solano

Compiladores: Jairo Enamorado Estrada - Doris del Carmen Navarro Suárez

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Grupo de Investigación Derechos Humanos Tendencias Jurídicas y Sociojurídicas Contemporánea

Director: Inés Rodríguez Lara

Proceso de arbitraje doble ciego

Recepción: Julio de 2016

Evaluación de propuesta de obra: Septiembre de 2016

Evaluación de contenidos: Noviembre de 2016

Correcciones de autor: Febrero de 2017

Aprobación: Marzo de 2017

Perspectivas ambientales contemporáneas

Compiladores

**Jairo Enamorado Estrada
Doris del Carmen Navarro Suárez**

Jairo Enamorado Estrada - Doris del Carmen Navarro Suárez - Pilar Ruiz Zapata - Dionisio Rangel Obregón
Valeria Fontalvo Ortiz - Shirley Acuña Castañeda - Gersel Pérez Altamira - Magda Djanón Donado
Alonso Cortina Acevedo - Carolina Isaza Zuluaga - Rafael Fernando Oyaga Martínez - Lourdes Albor Chadid
William Ramírez Quiroga - Paola Margarita Carvajal Muñoz - Marcela Viviana León García - Eduardo Antonio Palencia Ramos
José David Usta Caicedo - Álvaro Mozo Gallardo - Sandra Patricia Plata Coronado - Arturo Javier González Solano

EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL ACREDITA
INSTITUCIONALMENTE A LA UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
Resolución 23095, del 15 de diciembre de 2016



Impreso en Barranquilla, Colombia. Depósito legal según el Decreto 460 de 1995. El Fondo Editorial Ediciones Universidad Simón Bolívar se adhiere a la filosofía del acceso abierto y permite libremente la consulta, descarga, reproducción o enlace para uso de sus contenidos, bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



© Ediciones Universidad Simón Bolívar

Carrera 54 No. 59-102

<http://publicaciones.unisimonbolivar.edu.co/edicionesUSB/>

dptopublicaciones@unisimonbolivar.edu.co

Barranquilla y Cúcuta - Colombia

Producción Editorial

Editorial Mejoras

Calle 58 No. 70-30

info@editorialmejoras.co

www.editorialmejoras.co

Barranquilla

Marzo 2017

Barranquilla

Made in Colombia

Cómo citar este libro:

Enamorado Estrada, J. & Navarro Suárez, D. del C. (Comp.) (2017). *Perspectivas ambientales contemporáneas*. Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

Contenido

PRÓLOGO	9
----------------------	----------

Capítulo 1

LA CONSULTA PREVIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL PARA LA PROTECCIÓN DE LA IDENTIDAD ÉTNICA Y CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA.....	15
---	-----------

Shirley Jhoanna Acuña-Castañeda
Gersel Pérez Altamiranda
Doris del Carmen Navarro-Suárez
Magda Ligia Djanón-Donado

Capítulo 2

LA INSUFICIENCIA NORMATIVA EN LA REGULACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA DE ACUERDO A LOS PARÁMETROS INTERNACIONALES Y JURISPRUDENCIALES.....	45
---	-----------

Doris del Carmen Navarro-Suárez
Shirley Jhoanna Acuña-Castañeda
Alonso Cortina Acevedo
Carolina Isaza-Zuluaga

Capítulo 3

COMPATIBILIDAD ENTRE EL DESARROLLO ECONÓMICO Y LA PROTECCIÓN AL MEDIOAMBIENTE	107
--	------------

Paola Carvajal-Muñoz
Marcela Viviana León-García
Eduardo Palencia-Ramos
José David Usta Caicedo

Capítulo 4

**INCREULIDAD CIUDADANA EN LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A LA LUZ DEL
CONFLICTO DE TIERRAS EN COLOMBIA..... 147**

Carolina Isaza-Zuluaga
Doris del Carmen Navarro-Suárez
Magda Ligia Djanón-Donado

Capítulo 5

**DERECHOS DE LAS COMUNIDADES
INDÍGENAS A LA CONSULTA PREVIA 185**

Álvaro Mozo Gallardo
Sandra Plata Coronado
Shirley Acuña-Castañeda

Capítulo 6

**EL AGUA DESDE LA MIRADA DE
LOS DERECHOS HUMANOS..... 211**

8

Jairo Antonio Enamorado-Estrada
Rafael Oyaga Martínez
Arturo Javier González-Solano
Lourdes Albor Chadid

Capítulo 7

**A PROPÓSITO DE LOS 43 AÑOS DEL CÓDIGO DE
RECURSOS NATURALES RENOVABLES Y DE
PROTECCIÓN AL MEDIOAMBIENTE 239**

Pilar Ruiz Zapata
Doris del Carmen Navarro-Suárez
Jairo Antonio Enamorado-Estrada
Dionisio Rangel Obregón
Valeria Fontalvo Ortiz

Prólogo

Confieso, que cuando la profesora Doris Navarro me abordó en un pasillo de la Universidad para proponerme prologar este libro, pensé: “¿Y yo que tengo que ver con esto? Si he dedicado mi vida a preservar el patrimonio arquitectónico, que en última instancia es arte creativo, pero no es más que toneladas de piedras y concreto sacado de las entrañas de la naturaleza”. Pero he aceptado el reto, asumiendo la responsabilidad de que este no es solo un tema que nos compete a todos, sino también que nos afecta a cada uno de nosotros.

Y es que no hay que ser erudito en el tema para darse cuenta que con frecuencia el ser humano en su afán por “conquistar el universo”, vulnera sin deliberación los principios básicos de la naturaleza. Y, hasta esgrime como argumento la frase que pronunció El Libertador Simón Bolívar, cuando afirmó: “Si la naturaleza se opone, lucharemos contra ella”. Craso error. Somos la naturaleza misma. Y lo peor: una pírrica e insignificante fracción de ella.

Por eso, cada vez que, por alguna circunstancia poco comprensible, la prensa en su afán de condenar dicha actitud, afirma que “el hombre algún día destruirá el planeta”, podríamos argumentar que nada es más falso que esto. El ser humano, a pesar de su ímpetu guerrero y destructor carece de la capacidad para destruir tan magnífica creación. Podría quizás, autodestruirse como especie humana y hasta convertir el planeta en una bola de candela, pero jamás pretender ni siquiera someterlo a su obediencia.

Por esto, y por múltiples razones, nos es grata la participación de la academia en estos escenarios que son fundamentales para la vida. Las Universidades son, sin lugar a dudas, al lado de las academias científicas, los laboratorios del conocimiento y los alcuaciles de su defensa y preservación. Y, qué mejor oportunidad para presentar el compromiso de un grupo de profesionales del Derecho, que esta bella edición que hoy sale a la luz pública con la intención de aportarle reflexiones a la temática.

10 Si bien es cierto que en los últimos años los medios de comunicación se han ocupado del problema, hay que reconocer que las políticas de los gobiernos en torno al tema siguen siendo flexos y las acciones carentes de compromiso. Sobre todo, en los modelos de desarrollo influidos por las economías de libre mercado de esquemas neoliberales, los deterioros del ambiente han pasado a convertirse en preocupación de una gran parte de la población y sus dirigentes, pues la ausencia de lluvias o exageradas inundaciones son factores que empiezan a alterar el nivel de vida de sus habitantes.

Por fortuna, el constituyente de 1991 hizo del ambiente un elemento esencial para la vida, que además, para su defensa lo elevó a principio constitucional dentro de la organización de un Estado Social y Democrático de Derecho, llegando así, a que nuestra Carta Política sea catalogada por el mundo como una “Constitución Ecológica”.

Cabe resaltar que nuestra jurisprudencia constitucional, en materia ecológica se ha destacado al establecer la relación de la sociedad con la naturaleza, reconociendo al ambiente como un “interés jurídico superior”, imponiendo la obligación de todos y del Estado para protegerlo, sanearlo, y preservarlo.

Prólogo

Sin embargo, nada de esto es suficiente mientras no haya una conciencia clara y profunda por parte de nuestros gobernantes y dirigentes. Desafortunadamente las instituciones y autoridades ambientales del orden gubernamental, en su gran mayoría, afectadas por los intereses electorales de la clase política, han sido inferiores al reto que le ha consagrado la historia.

La presente obra literaria investigativa derivada del proyecto de investigación institucional titulado “Responsabilidad del Estado colombiano frente al daño ambiental a las víctimas con ocasión del conflicto armado”, refleja con argumentos, la preocupación de los profesionales del derecho por el tema ambiental, es por ello que se presentan temáticas abordados desde la racionalidad científica de la rigurosidad investigativa, que develan realidades de importante significatividad para la Colombia que todos queremos.

11

Es así como se destacan temas donde se aborda **La Consulta Previa como derecho fundamental para la protección de la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas en Colombia**, capítulo que brinda un inicio estupendo, ya que son los indígenas del presente quienes le rinden tributo y respeto especial a la tierra –pachamama– descrita así en lengua quechua, ya que representa dentro de su cosmovisión, parte de su espiritualidad, su protección y conservación, y radica vital importancia en la vida de estos habitantes del planeta, quienes por derecho constitucional, pueden tener participación en las decisiones de carácter gubernamental.

En concatenación al tema anterior, se presenta el capítulo titulado **La insuficiencia normativa en la regulación de la Consulta Previa de acuerdo a los parámetros internacio-**

nales y jurisprudenciales, en vista de que evidentemente, existe un vacío jurídico de la normatividad colombiana, en lo referente a los derechos, a la participación, Consulta Previa y consentimiento previo, libre e informado de las comunidades étnicas, ausencia que ha dejado en vilo la protección de la identidad, integridad y territorio ancestral, situación que pone en condición de desvalido –en cierta medida– a los principales y ancestrales defensores del planeta: los indígenas.

12 En este orden del pensamiento, pero centrado más en la forma de aprovechar los recursos naturales heredados de la “madre tierra”, llamada así por los diversos grupos indígenas, se muestra el capítulo titulado **Compatibilidad entre el desarrollo económico y la protección al medioambiente**, enfocado en hacer hincapié cómo el desarrollo económico de las naciones se hace de una forma consumista-desechista, de la cual requiere emplear estrategias urgentes desde lo legal, para crear conciencia de vivir en un mundo sostenible bajo los altos parámetros del desarrollo económico, aprovechando lo dado por la naturaleza y garantizando la existencia de las futuras generaciones.

Igualmente, desde el punto de vista crítico, se presenta el capítulo denominado **Incredulidad ciudadana en la Administración Pública a la luz del conflicto de tierras en Colombia**, en donde se hace un análisis crítico sobre la pasividad de la sociedad civil en Colombia con respecto al conflicto de tierras, tema que a través de mecanismos de participación, y por el empleo del derecho de petición, puede obtenerse información sobre la realidad antes referida y presentar democráticamente alternativas para hacer valer los derechos de los ciudadanos.

Es así como se hace imperativo, el capítulo que le sigue, titulado **Derechos de las comunidades indígenas a la Consulta Previa**, bajo la mirada de la discriminación y el rechazo político y social que han recibido quienes forman parte de la ancestralidad de la tierra, cuyos derechos han sido vulnerados y hasta violentados, merecedores de una importante y oportuna reivindicación de los derechos adquiridos por ser del grupo social al cual pertenecen.

Seguidamente, lo máspreciado por la sociedad, desde la existencia humana y nuestros antepasados, es el agua, y precisamente en el penúltimo capítulo nos hablan de tan importante temática, titulada **El agua desde la mirada de los Derechos Humanos**, puesto que es el vital líquido un derecho irrenunciable, parte de lo necesario para nuestra existencia, situación que se ve vulnerada en múltiples comunidades de la nación.

Finalmente, se muestra el capítulo titulado A propósito de los 43 años del Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medioambiente, como una crítica analítica sobre su vigencia y pertinencia para hacer valer el tema ambiental desde la mirada de las políticas gubernamentales con la finalidad de afirmar los derechos humanos, y garantizar el derecho a la Consulta Previa por parte de la ciudadanía, en especial, la de los grupos indígenas, para quienes la tierra y todos sus recursos representan un estado espiritual, un símbolo de conexión que favorece el amor por el planeta y su conservación.

Por esto, recibimos con beneplácito la participación de Pilar Ruiz Zapata, Doris Navarro-Suárez, Jairo Enamorado, catedráticos de la Universidad Simón Bolívar; a Dionisio

Rangel O. y Valeria Fontalvo O., estudiantes que ponen en evidencia las herramientas jurídicas a propósito de los 43 años de la implementación del Código de Recursos Naturales Renovables y No Renovables, y también de su protección al ambiente.

Solo nos queda agradecerles a los autores por su participación, pues he sido testigo de su compromiso desde la Facultad de Derecho de esta institución, abanderada por la defensa de la identidad y de los recursos naturales en nuestro país.

Para esta nueva publicación, que llena un gran vacío en materia jurídica: Buen viento y buena mar.

Ignacio Consuegra Bolívar
marzo de 2017

La Consulta Previa como derecho fundamental para la protección de la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas en Colombia

Shirley Jhoanna Acuña-Castañeda¹
Gersel Pérez Altamiranda²
Doris del Carmen Navarro-Suárez³
Magda Ligia Djanón-Donado⁴

-
- 1 Abogada, Universidad Simón Bolívar, Máster en Derechos Humanos Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica y candidata a Doctor en Ciencia Política de la Universidad Privada Rafael Belloso Chacín. Docente del programa de Derecho, Universidad Simón Bolívar Barranquilla.
sacuna6@unisimonbolivar.edu.co
ID orcid.org/0000-0001-6475-2701
 - 2 Abogado litigante, Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Simón Bolívar.
Gersel29@hotmail.com
 - 3 Abogada, Universidad de la Costa, Especialista en Derecho del Medioambiente y Magister en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Doctorante en Filosofía con Orientación en Ciencias Políticas de la Universidad Autónoma de Nuevo León México, Docente investigadora del Programa de Derecho, Universidad Simón Bolívar Barranquilla, adscrita al grupo de investigación: Derechos Humanos, Tendencias jurídicas y Sociojurídicas Contemporáneas-línea, Tendencias Ambientales Contemporáneas-Perspectivas y Retos del Derecho Constitucional y Administrativo.
dnavarro1@unisimonbolivar.edu.co
ID orcid.org/0000-0002-7865-9433
 - 4 Abogada, Universidad Simón Bolívar. Conciliadora, Magíster en Derecho Administrativo, Universidad Libre Bogotá. Doctoranda en Derecho Universidad Libre, Bogotá. Profesora de Pregrado y Posgrado Docente investigadora adscrita al grupo de investigación: Derechos humanos, Tendencias jurídicas y Sociojurídicas Contemporáneas.
mdjanon@unisimonbolivar.edu.co
ID orcid.org/0000-0002-3724-395X

INTRODUCCIÓN

La figura de la Consulta Previa ha venido desarrollándose desde varios ámbitos, tanto sociales y políticos, en el Estado colombiano, atendiendo que muchos grupos étnicos se han asentado en el interior del territorio delimitado, en las zonas rurales de algunos departamentos como son, La Guajira, Amazonas, Cauca, Putumayo, entre otras.

Ancestralmente han ocupado estos territorios que pasan de generación en generación, desde el mismo descubrimiento de América cuando arribaron los españoles remontando a los años de 1492. Apartándose de la polémica ideológica sobre el término *descubrimiento*, dentro de ese encuentro de culturas ya los aborígenes ocupaban estos territorios con sus propias costumbres.

16 Ahora bien, aproximando el tema al territorio colombiano, se debe entrar a analizar el contexto dentro del cual se han desarrollado las distintas culturas desde los inicios conocidos hasta el día de hoy, para así comprender la importancia que en la actualidad estas tienen y la protección que se consagra dentro de la Consulta Previa, como tema tratado dentro de este documento.

Lo establecido en el artículo 1° de la Ley 21 de 1991 por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, Art. 6), celebrada en Ginebra en 1989, establece que el convenio se aplica:

- a) A los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguan

La Consulta Previa como derecho fundamental para la protección de la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas en Colombia

de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial.

- b) A los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

La utilización del término “pueblos” en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

Mediante lo señalado en el Convenio, se vincula a Colombia con fuerza de ley, acogida por el bloque de constitucionalidad en donde se establece como titulares de la Consulta Previa a las comunidades negras e indígenas como es designado en el Decreto 1320 del 1998.

PARTICIPACIÓN DE LOS MUNICIPIOS, DISTRITOS Y MINISTERIO DEL INTERIOR EN LA CONSULTA PREVIA

El numeral 3o. del artículo 7o. de la Ley 21 de 1991, por la cual se aprueba el Convenio No. 169 de 1987 de la OIT (Art. 7) sobre pueblos indígenas y tribales, dispone que:

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 medioambiente 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.

Es así como se le otorga al gobierno mediante Ley, y a sus entidades territoriales velar porque se cumplan los fines de la Consulta Previa en pro de las comunidades indígenas.

Primeramente, le corresponde al Ministerio del Interior

- 18 certificar la presencia de dichas comunidades, el pueblo al que pertenecen, su representación y ubicación geográfica; de igual forma el Instituto Colombiano para la Reforma Agraria-INCORA, certificará sobre la existencia de territorio legalmente constituido” (Ley 1320 de 1998).

No obstante, el Ministerio también deberá realizar un estudio para

verificar la presencia de tales comunidades indígenas dentro del área de influencia directa de un 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 tales comunidades en la elaboración de los respectivos estudios.

La Consulta Previa como derecho fundamental para la protección de la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas en Colombia

Los municipios, distritos por ser las entidades territoriales cercanas a las comunidades indígenas y las que se encuentran adscritas a ellas deberán velar por el respeto y prevalecía de la identidad cultural. El Ministerio del Interior como lo estable el decreto 1320 será el encargado de certificar, velar y estudiar el respeto a la participación de las comunidades indígenas mediante la Consulta Previa.

CONSULTA PREVIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL A LA PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

En el Estado colombiano la participación política no es la única forma de participación, pues el derecho a la participación de los pueblos indígenas es reforzado por el convenio 169 de la OIT estableciendo que este derecho fundamental (artículo 40-2-330-CP), tiene un reforzamiento en el convenio de la OIT, instrumento internacional que hace parte del bloque de constitucionalidad, está destinado a asegurar los derechos de estos pueblos a sus territorios, a la protección de sus valores culturales.

19

Pese a que no se encuentra de manera taxativa la Consulta Previa en la Constitución Política colombiana como un derecho fundamental, sí encontramos el derecho a la participación de los pueblos indígenas (artículo 330) respecto a las decisiones que modifiquen sus condiciones jurídicas, sociales, económicas y culturales.

CONSENTIMIENTO LIBRE E INFORMADO SOBRE LA CONSULTA PREVIA

El derecho de acceso a la información, según la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH) “comprende una obligación positiva en cabeza del Estado de brindar a los

ciudadanos acceder a la información que está en su poder, y un derecho correlativo de las personas a acceder a la información en poder del Estado” y no se reduce al deber de dar la información suministrada por una persona en particular. Igualmente “entre otras obligaciones este derecho aparece la obligación de hacer visible la gestión pública”, suministrar de oficio la información requerida por el público cuando ello es condición para el ejercicio de otros derechos (CIDH, 2007).

20 En efecto, cuando los ejercicios de los derechos fundamentales de las personas dependen de que puedan conocer una información pública relevante, el Estado debe suministrar de forma oportuna, accesible y completa el derecho al acceso de la información como un instrumento clave para el ejercicio de otros derechos humanos, particularmente, por parte de los sujetos más vulnerables (República de Colombia, Sentencia T-382 19 de septiembre de 2006).

Por ello el

aprovisionamiento de información clara, suficiente y precisa a los pueblos indígenas sobre aquellas intervenciones ya sea estatales o privadas, que puedan afectar su territorio, es condición indispensable para garantizar adecuadamente el ejercicio de sus derechos a la propiedad colectiva y garantía de control sobre las decisiones políticas que puedan comprometer derechos colectivos de dichos pueblos y los derechos fundamentales que por conexidad resultarían afectados (CIDH, 2004).

Por lo anterior, es menester recalcar que la estrecha relación de los pueblos indígenas con su tierra, permite sostener que

el derecho al acceso de la información sobre la potencial intervención exógena en territorio indígena cuando esta puede tener un impacto serio en su hábitat comunitario, puede convertirse en un mecanismo necesario para asegurar otros derechos, como el de la salud, de los miembros del grupo, e incluso el derecho a su existencia como comunidad.

En el mismo sentido

el Centro Regional Indígena de Derechos Humanos (CRIDH) ha indicado que “el ejercicio del derecho de propiedad colectiva de los Pueblos indígenas requiere, entre otras cosas, que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes que debe realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y que debe tener como fin llegar a un acuerdo” (República de Colombia, Sentencia de 28 de noviembre de 2007).

21

Se ha dicho que Colombia es uno de los países del continente con mayor asentamientos de grupos étnicos; desde hace muchos años se encuentran establecidos en algunas regiones específicas, según el último censo del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE)

En Colombia residen 1.392.623 indígenas que corresponden al 3,43% de la población del país; los afrocolombianos son 4.311.757 personas, el 10,62% del total y el pueblo ROM o gitano está conformado por 4.858 personas que representan el 0,01% de la población total del país” (Colombia, una Nación Multicultural, 2007).

Ahora bien, se estableció en el mismo censo los departamentos en los que se encuentran estos grupos y el porcentaje que representan, de tal manera que “los departamentos que tienen un mayor porcentaje de población indígena son en su orden: Vaupés (66,65%), Guainía (64,90%), La Guajira (44,94%), Vichada (44,35%) y Amazonas (43,43%). A excepción de La Guajira estos departamentos hacen parte de la Orinoquia y la Amazonia colombiana donde se concentra el mayor número de resguardos indígenas. Otros departamentos con población indígena significativa son: Cauca (21,55%) y Putumayo (20,94%). Los departamentos de La Guajira, Cauca, Nariño, Córdoba y Sucre, concentran el 65,77% del total de la población indígena” (DANE, 2007).

22

En ese entendido se puede fácilmente vislumbrar que ancestralmente los grupos étnicos han ocupado territorios bajo su idiosincrasia, que de una manera u otra el Estado colombiano debe preservar.

LA CONSULTA PREVIA, DIVERSIDAD Y PATRIMONIO CULTURAL

El patrimonio cultural en Colombia abarca un gran campo de la vida social y está constituido por un complejo conjunto de activos sociales, de carácter cultural, que le dan a un grupo humano sentido, identidad y pertenencia. Comprende no solo los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas de personas que hunden sus raíces en el pasado y que se perpetúan en la memoria colectiva, sino también los apropiados socialmente en la vida contemporánea de las comunidades. Comprende además los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes a dichos activos sociales.

Colombia es actualmente miembro de la Unesco; ingresó el 31 de octubre de 1947 y firmó la Convención sobre el Patrimonio Mundial el 24 de mayo de 1983. El interés surgido en Colombia por la cultura inmaterial se tradujo en medidas legales orientadas a su protección y fomento.

Es así como la Ley 397 de 1997, o Ley General de Cultura, incluyó como parte del patrimonio cultural las manifestaciones de cultura inmaterial. Por su parte, la Unesco, en su 32a reunión, celebrada en París entre el 29 de septiembre y el 17 de octubre de 2003, adoptó la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, quinto instrumento normativo acogido por esta organización para la protección del patrimonio cultural con los siguientes objetivos:

- a) la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial;
- b) el respeto del patrimonio cultural inmaterial de las comunidades, grupos y personas;
- c) la sensibilización en el plano local, nacional e internacional sobre la importancia del patrimonio cultural inmaterial, y
- d) la cooperación y asistencia internacional para su salvaguardia. Colombia es Estado parte de la Convención, tras suscribirla y ratificarla mediante la Ley 1037 de 2006”.

23

El Estado colombiano da gran importancia a la protección del patrimonio cultural perteneciente a las comunidades situadas en todo el territorio nacional, y debido a la amplia diversidad cultural acoge normas para salvaguardar su identidad; por ello, en esta investigación se busca –mediante el análisis de

la Consulta Previa– aportar aspectos que ayuden a proteger y salvaguardar la identidad de los pueblos indígenas.

PROTECCIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Dentro del ámbito internacional se han trazado por parte de organismos internacionales –Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Organización Internacional del Trabajo, Organización de Naciones Unidas– una serie de directrices que van encaminadas al fortalecimiento de los grupos étnicos dentro de los distintos Estados, toda vez que es imprescindible el respeto de la diversidad de los pueblos, siendo la tierra vital para el desarrollo de estos grupos.

24

En lo referente al tema, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha centrado su posición en lo trascendental de los territorios indígenas. El uso y goce de la tierra y sus recursos son componentes integrales de la supervivencia física y cultural de las comunidades indígenas y de la efectiva realización de sus derechos humanos en términos más generales. Este a su vez plantea la labor garantista como intermediario que debe optar cada Estado para que los derechos y libertades de los pueblos indígenas no sean vulnerados.

En este sentido, la vulneración de estos derechos genera delincuencia y decadencia de los rasgos característicos de las culturas, pues al no tener medios de subsistencia para mantenerse, podría desdibujarse el concepto de las costumbres de los grupos étnicos

La Consulta Previa como derecho fundamental para la protección de la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas en Colombia

La falta de acceso a la tierra y a los recursos naturales puede producir condiciones de miseria para las comunidades indígenas afectadas, ya que la falta de posesión y acceso a sus territorios les impide el uso y disfrute de los recursos naturales que necesitan para abastecerse de los bienes necesarios para su subsistencia, desarrollar sus actividades tradicionales de cultivo, caza, pesca o recolección, acceder a los sistemas tradicionales de salud. (República de Colombia, en su Corte Constitucional, Sentencia 17 de junio de 2005)

Sabiendo que la característica que sustenta el respeto por los territorios pertenecientes a las comunidades étnicas, los antecedentes institucionales jurídicos el derecho de propiedad de estos territorios se presenta por el largo tiempo en que han sido habitados. En ese sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos precisó que “les pertenecen por su uso u ocupación ancestral” (CIDH, 2007).

25

En virtud de esto se concibe como indiscutible el hecho de que los grupos étnicos tengan total dominio sobre los territorios que durante años han ocupado; por lo tanto, ni el Estado ni terceros pueden, usurpar indiscriminadamente estos territorios y aquí podría traerse a colación la figura de la Consulta Previa para amparar estos derechos.

Al respecto, en la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas que fue aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007 se promulgó que tienen

derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han

poseído u ocupado y utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras (Naciones Unidas, 2007)

Las Naciones Unidas no son ajenas a esta cuestión, por tanto, en la Declaración sobre los Derechos de los pueblos indígenas, el artículo 27 textualmente dice:

26

Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas pertinentes, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.

Cabe resaltar que muy a pesar de que estas declaraciones de las Naciones Unidas no tienen fuerza jurídica vinculante u obligatoria, representan el serio compromiso de los organismos internacionales para con las poblaciones indígenas, y en ese sentido, pregonando la protección y el respeto de los principios en aras del desarrollo de los pueblos.

En este orden de ideas, se pueden plantear algunos aspectos que recubren primeramente la facultad de autogobernarse en el entendido que tienen sus propias costumbres como las

formas de resolver sus conflictos, la forma de organización, los medios que permiten su subsistencia, entre otros. Por este motivo la injerencia de algunos dentro de las comunidades o los territorios ancestralmente ocupados, no pueden ser violentados por nadie.

Es así como los pueblos indígenas tienen derecho a su libre determinación, comprendiendo como tal que dispongan de alcanzar su propio desarrollo cultural social y económico. Asimismo, determinar su condición política interna y la posición que toman frente a los Estados.

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma. (DDPI, 2007)

27

Frente al tema, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) no ha sido omisiva en su posición; por el contrario, se ha pronunciado ya que en el convenio 169 en su artículo 6 explica textualmente

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

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

- (b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
- (c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

28 Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas (Convenio 169 de la OIT).

Este artículo demanda la participación de los pueblos indígenas dentro de todos los escenarios en los que las decisiones que se vayan a tomarlos afecten directamente.

Con la participación de los grupos étnicos como derecho plenamente reconocido se hace necesario un mecanismo eficaz para materializar este derecho, por lo que la consulta se vuelve un mecanismo esencial para que los pueblos indígenas accedan a la toma de decisiones en lo que a ellos afecte.

Por esto el artículo 7 esboza que

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 este 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 169 de la OIT)

Por otra parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas coincide con los puntos mencionados, y describe el alcance de este mecanismo de la consulta: deben armonizar o convenir los intereses de las partes que se encuentran en contraposición para soslayar los conflictos que posteriormente se podrían presentar frente a la disputa. Al respecto, podría hacerse alusión a algunos artículos de esta declaración en los que se denota la Consulta con consentimiento previo, informado y libre.

29

Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernen y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones (DDPI, 2007).

30 En conclusión, son muchos los organismos internacionales que han sentado su posición garantista hacia el respeto de los derechos y libertades de los grupos étnicos, concretando así un precedente en todos los países de la región; y para el caso en específico de Colombia representa un tema de suma importancia, ya que es un país multiétnico, y que muchos de sus asentamientos poblacionales se encuentran en zonas de frontera, aspecto que debe ser evaluado por los Estados que comparten espacio terrestre con la finalidad de planificar estrategias de desarrollo para los habitantes de la localidad a fin de hacer valer sus derechos como ciudadanos, como indígenas, y la apertura de actividades que no sean vinculantes con actividades económicas ilegales, típicas de las zonas limítrofes.

PROTECCIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL ÁMBITO NACIONAL

Dentro del ámbito nacional el reconocimiento a las singularidades –en el buen sentido de la palabra– que tienen los grupos étnicos, se afirma en todas las esferas sociales y en el ordenamiento jurídico vigente. En virtud de esto, primeramente, es indispensable acotar que el legislador primario

reconoció la diversidad de culturas que habita en Colombia por lo cual, quedó consagrado en la Constitución Política de Colombia de 1991 en el artículo 7: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana” (Constitución Política de 1991).

El artículo 330 de la Constitución Política de Colombia plantea también que

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 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.

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. (Constitución Política de 1991)

En este sentido se puede aseverar que la intención del legislador es clara al amparar o brindar los medios para que las poblaciones en mención tengan sustento para salvaguardarse a sí mismas; de igual forma para conocer y ser partícipe en la toma de decisiones en aspectos que las afectan.

32

Ahora bien, para comprender el alcance conceptual de la figura de la Consulta Previa debe entenderse desde la noción de la autarquía como factor determinante desde el aspecto del principio de la flexibilidad.

REPRESENTACIÓN DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS EN EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

La postura del Congreso frente a la participación de las comunidades étnicas no se exime de la Consulta Previa pues como se establece en el (artículo 171 de la constitución política) en el que se establece:

La Circunscripción Especial para la elección de senadores por las comunidades indígenas se regirá por el sistema de cociente electoral.

Los representantes de las comunidades indígenas que aspiren a integrar el Senado de la República, deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización, refrendado por el Ministro de Gobierno reconociendo de este modo el derecho a la participación de las comunidades indígenas en el Senado.

De igual modo (en el artículo 176) de la Carta Constitucional le asegura las “circunscripciones especiales a la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos”, pero esto no exime del uso de la Consulta Previa pues aunque exista representación de los grupos indígenas tanto en el Senado como en la Cámara debe agotarse y darle utilidad a la Consulta Previa.

33

APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA FIGURA DE LA CONSULTA PREVIA

Dando un acercamiento a *grosso modo* a la Consulta Previa, se puede examinar en primera medida, la diferencia aceptada internacionalmente entre tierras y territorios; para esto puede tomarse la apreciación del Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos la cual explica que

[Inicialmente debe decirse que el territorio es un espacio geográfico en el cual se desenvuelve la dinámica de las sociedades indígenas, y con el cual está vinculada la cultura, la historia y la identidad de un grupo determinado. Este espacio es reclamado como un derecho

colectivo, indispensable para la sobrevivencia, identidad y reproducción como pueblos diferenciados] (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IIDH, 2003)

En este sentido se precisa la diferencia; ahora bien, no solo se puede hablar de derechos de los pueblos indígenas sino también se comprende que dentro de las libertades los grupos tienen también deberes y obligaciones desplegadas sobre el buen manejo que deben tener sobre estos en aras de las futuras generaciones que han de ocupar estos territorios.

La Declaración de los Pueblos Indígenas indica que:

34

tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras (DDPI, 2007).

Ahora por otra parte no es mucho lo que se ha desarrollado en materia de derechos sobre los recursos naturales de los pueblos indígenas, al respecto solo se vislumbró una contundente posición en la Declaración de los Pueblos Indígenas.

“Dado ese tratamiento de los derechos sobre los recursos, todas las obligaciones de los Estados sobre territorios indígenas establecidas en la Declaración, como la de reconocerlos jurídicamente, protegerlos e indemnizar a los grupos cuando se tomen sin consentimiento previo,

libre o informado, se aplican también a los recursos naturales existentes en dichos territorios. (DDPI, 2007)

En este orden de ideas, la consulta en proyectos que se va a adelantar en donde se van a utilizar los recursos naturales debe tener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas. En el caso colombiano no solo se han dictado parámetros desde la Constitución Política sino también vía jurisprudencial que es muy interesante entrar a analizar.

LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA CONSULTA PREVIA

En el Estado colombiano se reconocen los territorios de grupos étnicos como entidades de administración pública además de esto una jurisdicción especial que se encuentra en cabeza de las distintas autoridades indígenas. En ese entendido, la Corte Constitucional ha sentado su posición en diversas sentencias y de esta se pueden despuntar algunos aspectos; entre ellos:

- 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 les dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas puedan, 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. 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. (Corte Constitucional, sentencia SU-039 de 1997)

36 En estos argumentos se puede comprender una visión en la que se concibe a la comunidad indígena como sujeto de derechos desde la óptica de avistar la comunidad con características o particularidades, que detenta el reconocimiento que permite dentro de los Estados una igualdad dentro de las vicisitudes que el mismo contexto planea.

Ahora bien, ya siendo partícipe de los conceptos básicos de la figura que se ha venido desarrollando, se puede dar paso al análisis jurisprudencial que se debe acotar el procedimiento o trámite para la consulta de las comunidades indígenas. Al respecto, la Corte Constitucional estableció en la sentencia T-737 de 2005 lo siguiente:

El proceso consultivo que las autoridades realicen ante los pueblos indígenas para tomar una decisión que afecte sus intereses, deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo. Ciertamente, el Estado Colombiano deberá

tener en cuenta que los procesos de Consulta Previa no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva aplicación al Convenio 169 de la OIT y en especial a lo dispuesto en su artículo 6° y del artículo 7° de la Carta, los procesos de consulta deberán ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado (Comisión Colombiana de Juristas)

Otro aspecto que no se puede dejar de lado se basa en que la finalidad de la consulta es llegar a una concertación sobre aspectos determinantes en cuanto a la comunidad, entendida como la población; así mismo a los territorios que ocupan y los recursos que de allí se extraen.

37

En el evento en que este no se pueda dar, la decisión debe carecer de cualquier manifestación de atropello y despotismo; en este entendido los pilares fundantes o de sostenimiento deben ser la razonabilidad y la objetividad atendiendo a la intención del constituyente cuando en los artículos 7 y 330 dio una salvaguarda a los grupos étnicos comprendiendo la diversidad cultural que se localiza ancestralmente en el territorio colombiano. De igual modo un llamado para aminorar todos los efectos, repercusiones y perjuicios que se produzcan a estas comunidades en general y particularmente a sus integrantes.

Los grupos indígenas deben, por los conductos planteados, mostrar el conformismo o inconformismo frente a temas que vayan a afectar directamente a la comunidad a fin de hacer

valer sus derechos reconocidos tanto constitucionalmente como por vía jurisprudencial.

En la República de Colombia, la Corte Constitucional, reiteró su posición en cuanto al factor determinante que es el consentimiento para la Consulta Previa,

38

El derecho fundamental de Consulta Previa tiene asidero dentro del trámite legislativo. Sin embargo, la influencia que el derecho pudiera ejercer sobre tal potestad está condicionada a los instrumentos que haya fijado la Constitución o la ley para intervenir en las iniciativas parlamentarias, siempre que éstos permitan cumplir con el objeto esencial de la Consulta Previa. Al respecto la jurisprudencia constitucional ha precisado que el gobierno puede echar mano de, por ejemplo, talleres preparatorios que tengan por objeto forjar el consentimiento completo, libre, previo e informado de las comunidades indígenas afectadas, a partir de los cuales se procure y gestione, de buena fe, un consenso real y lo más universal posible alrededor de la medida legislativa. (Sentencia T-382 de 2006)

MEDIDAS LEGISLATIVAS ADOPTADAS FRENTE A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

Algo muy curioso ocurrió con el Decreto 1320 de julio 13 de 1998 mediante el cual se reglamenta la figura de la Consulta Previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de sus respectivos territorios. Pues se elevó una queja argumentando que tal decreto no iba en concordancia con el Convenio 169 a lo que la Organización Internacional del Trabajo resaltó la labor

de los gobiernos en este tema en el entendido que deben propender por los derechos de las comunidades indígenas mediante acciones sistemáticas y coordinadas.

En ese orden de ideas, se muestra la incompatibilidad entre el Decreto 1320 y el Convenio 169 en el entendido que el Estado segrega la obligación de consultar con las comunidades indígenas, en este caso pues, el decreto claramente los afecta.

De igual forma, el comité resalta también que:

la adopción de decisiones expeditas no debe hacerse en perjuicio de una consulta efectiva, para la cual se deben prever los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales. Aunque el Comité no pretende sugerir que dichos modelos sean los únicos que pueden servir de base para un proceso de consulta de conformidad con el Convenio, considera que si éstos no se tienen en cuenta, será imposible cumplir con los requisitos fundamentales de la Consulta Previa y la participación. (Consejo de Administración, 2001)

39

De todo esto se puede aseverar que los organismos internacionales han trazado un sendero acerca de los derechos de los pueblos indígenas bajo el amparo de los principios, en cuya medida, se resalta la intención que los Estados garanticen en las distintas comunidades que habitan el territorio. En virtud de esto, Colombia debe ser garantista que terceros desconozcan los derechos en mención, sabiendo que el

Estado se encuentra de cara a una firma de acuerdo de paz con un grupo que durante décadas ha violentado a algunas comunidades indígenas, en el sentido que se restablezcan los derechos a las comunidades y se reparen los prejuicios que han sufrido.

No se podría cerrar este capítulo sin reiterar que la autarquía no puede considerarse en su máximo esplendor por las razones ya mencionadas, sino que bajo el principio de flexibilidad, se podría comprender y darle un mejor bosquejo por cuanto la autosuficiencia absoluta no es muy posible. Lo deseable sería respetar las libertades y derechos a que se hace alusión en el avance de este proyecto permitiendo que las comunidades se desarrollen por si solas en el marco de sus costumbres y estamentos que los cobijan.

40 **CONCLUSIÓN**

Abordar la Consulta Previa dentro del enfoque que se ha venido desarrollando en este trabajo, debe ser comprendido desde la óptica de la protección que debe proporcionarles el Estado colombiano a los grupos étnicos desde el aspecto cultural y de su identidad. Esta fundamentación se da en virtud de las directrices internacionales como el Convenio 169 y la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Así mismo, en el ordenamiento jurídico nacional partiendo de los artículos 7 y 330 en su párrafo, en cuanto al reconocimiento, protección de la diversidad étnica y la explotación de recursos naturales sin menoscabo de la integridad cultural de las comunidades indígenas; en este sentido el constituyente exhorta al gobierno para que propicie la explotación de

recursos, la participación de las comunidades en el entendido que las decisiones que allí se toman los afectan.

Ahora bien, con todo esto se puede aducir que podría concebirse como una aproximación jurídica de la figura de la Consulta Previa que probablemente no es una contemplación propiamente dicha, pero sí una aproximación que demanda detenimiento tanto del Gobierno nacional como del Congreso frente al tema; pues bien, no hay voluntad política para comprometerse con una Ley estatutaria que aborde el tema a cabalidad y en concordancia con los ordenamientos internacionales.

Por lo expuesto podría vislumbrarse que a la falta de voluntad política se le sumarían algunos intereses contrapuestos de particulares, en detrimento de la identidad y los derechos de los pueblos indígenas de decidir en lo que a su propio desarrollo compete, en aras de contribuir sin mirarlo como una autarquía propiamente sino por el bienestar social, cultural y espiritual de las comunidades en igualdad dentro del marco de las diferencias.

41

A las puertas de un posible posconflicto, es importante que las instituciones vuelvan su mirada hacia estas comunidades indígenas que no solo han sido rezagadas por el Estado, sino que también han sido víctimas de grupos armados en quebranto de sus costumbres, transgrediendo y usurpando sus territorios ancestrales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CIDH (12 de octubre de 2004). Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (CIDH), Informe No. 40/04, Caso 12.053, (Belice).

CIDH (28 de junio 2007). Acceso a la Justicia e Inclusión

- Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, párr. 231.
- Colombia. Constitución Política (artículo, 171).
- Colombia. Constitución Política (artículo, 176).
- Colombia. Ley 1037 de 2006.
- Colombia. Ley 397 de 1977.
- Colombia. Sentencia de 28 de noviembre de 2007.
- Colombia. Una Nación Multicultural (mayo de 2007) DANE.
Vea en <http://www.dane.gov.co>.
- Comisión Colombiana de Juristas. Serie sobre el derecho a la Consulta Previa de pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes.
- Consejo de Administración (noviembre de 2001). 282a reunión. Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Colombia, GB.282/14/3.
- Constitución Política de Colombia, 1991 (artículo, 330).
- Convenio núm. 169 de la OIT Organización Internacional del Trabajo, artículo 6.
- 42 Convenio núm. 169 de la OIT Organización Internacional del Trabajo, artículo 7.
- Corte Constitucional. Sentencia 17 (junio de 2004). Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 125, párr. 164.
- Corte Constitucional. Sentencia C-196/12.
- Corte Constitucional. Sentencia C-540/12.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 1997, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional. Sentencia T-172/13.
- Corte Constitucional. Sentencia T-376/12.
- Corte Constitucional. Sentencia T-382 de 2006, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. Sentencia T-601/11.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (28 de noviembre de 2007) Sentencia. [MP. Sergio García Ramírez]
- De Sousa Santos y Rodríguez Garavito, C. (2007). *El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmo-*

La Consulta Previa como derecho fundamental para la protección de la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas en Colombia

- polita*. Barcelona: Anthropos.
- Declaración de los Pueblos Indígenas, Arts. 26-29.
- Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007.
- Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, Art. 25. Vea en http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf.
- Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, Art. 25.
- Decreto 2613 de 2013. Ministerio de Ambiente.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Encuentro Estratégico de Organizaciones-Redes por la Incidencia, Costa Rica, 19 a 21 de agosto de 2003.
- Rodríguez Garavito, C. y Arenas, L. C. (2007). *“Derechos indígenas, activismo transnacional y movilización legal: la lucha del pueblo U’wa en Colombia”*. Barcelona: Editorial Anthropos.
- Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.
- Villagra Carrón, R. J. (1992). *“Tierra y Territorio Indígena en Panamá”*. Héctor Huertas. La Consulta Previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional.

43

Cómo citar este capítulo:

Acuña-Castañeda, S. J., Pérez Altamiranda, G., Navarro-Suárez, D. del C. & Djanón-Donado, M. L. (2017). La Consulta Previa como derecho fundamental para la protección de la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas en Colombia. J. Enamorado Estrada & D. del C. Navarro Suárez (Comp.) *Perspectivas ambientales contemporáneas* (pp.15-43). Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

La insuficiencia normativa en la regulación de la Consulta Previa de acuerdo a los parámetros internacionales y jurisprudenciales

Doris del Carmen Navarro-Suárez¹
Shirley Jhoanna Acuña-Castañeda²
Alonso Cortina Acevedo³
Carolina Isaza-Zuluaga⁴

-
- 1 Abogada, Universidad de la Costa, Especialista en Derecho del Medioambiente Universidad Externado de Colombia, Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo, Doctorante en Filosofía con Orientación en Ciencias Políticas de la Universidad Autónoma de Nuevo León México, Docente investigadora del Programa de Derecho, Universidad Simón Bolívar Barranquilla, adscrita al grupo de investigación: Derechos Humanos, Tendencias jurídicas y Sociojurídicas Contemporáneas-línea Tendencias Ambientales Contemporáneas-Perspectivas y Retos del Derecho Constitucional y Administrativo.
dnavarro1@unisimonbolivar.edu.co
ID orcid.org/0000-0002-7865-9433
 - 2 Abogada, Universidad Simón Bolívar, Master en Derechos Humanos Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica y candidata a Doctor en Ciencia Política de la Universidad Privada Rafael Belloso Chacín. Docente del programa de Derecho universidad Simón Bolívar Barranquilla, sacuna6@unisimonbolivar.edu.co ID orcid.org/0000-0001-6475-2701
 - 3 Abogado, Universidad del Norte, Especialista en Gestión Pública ESAP y Derecho Administrativo Universidad libre, Docente universitario de la Universidad del Sinú Cartagena, candidato a Doctor en ciencias políticas de la Universidad Rafael Belloso Chacín.
alonsocortina23@hotmail.com
 - 4 Abogada Universidad del Rosario. Especialista en Negociación, Conciliación y Arbitraje y Magister en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales –CEPC– Madrid, España. Profesora-Investigadora de la Universidad Simón Bolívar, Barranquilla. Conciliadora – Centro de Conciliación y Arbitraje “Ana Bolívar de Consuegra”. Adscrita al grupo de investigación: Derechos Humanos, Tendencias jurídicas y Sociojurídicas Contemporáneas -línea Perspectivas y Retos del Derecho Constitucional y Administrativo.
cisaza@unisimonbolivar.edu.co
ID orcid.org/ 0000-0001-6322-2469

INTRODUCCIÓN

Es importante recalcar que el tema de la Consulta Previa ha tomado gran importancia académica en la política, debido a la incertidumbre jurídica que rodea el tema, y que es ocasionada en su mayoría, por la forma en la que el mismo Estado es garante de los derechos que ha reglamentado el Ejecutivo, y por otro lado, por el vacío jurídico que hay sobre la materia. En este sentido, esta clase de derechos que respetan y aseguran la diversidad cultural, deben contar con un gran acervo de lineamientos jurídicos que le permitan ser efectivos.

46 En esta vía, el marco constitucional colombiano ha establecido estrategias que permiten la participación de los pueblos y comunidades étnicas, que van desde la consagración del Principio a la Participación, siendo este el fundamento constitucional de la Consulta Previa, que origina que sea derecho fundamental; hasta el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, que mediante múltiples sentencias, ha reivindicado este tema en favor de dichas comunidades, con fundamento en las disposiciones a las que hace referencia el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (de ahora en adelante OIT).

En este sentido, el alto tribunal ha sostenido la tesis según la cual, esta garantía superior se debe positivizar, a fin de que las comunidades étnicas cuenten con una herramienta protectora, frente a toda decisión administrativa, legislativa o de cualquier otro carácter que pueda afectar directamente sus intereses y derechos; tesis bastante arriesgada, puesto

que podría tildar de ilegales las disposiciones que el ejecutivo ha reglamentado.

Así, la problemática de esta investigación se enfoca en abordar el vacío jurídico de la normatividad colombiana, en lo referente a los derechos: a la participación, Consulta Previa y consentimiento previo, libre e informado de las comunidades étnicas, ausencia que ha dejado en vilo la protección de la identidad, integridad y territorio ancestral. Además, esta incertidumbre no se agota allí, puesto que se podría estar generando ilegalidad por parte del Ejecutivo al emplear regulaciones de *softlaw* (Normas de Derecho Blando, teoría sobre algunos actos administrativos de función secundaria a la legislación), mecanismo erróneo en lo pertinente a derechos fundamentales.

Teniendo en cuenta lo expuesto, ¿cuáles son los fundamentos de legalidad, que debe contener la normatividad que regule el tema de la Consulta Previa en la actualidad, acorde con los postulados que han esgrimido la jurisprudencia colombiana en sus pronunciamientos más importantes, y el convenio 169 de la OIT?

47

Para responder el cuestionamiento planteado, esta investigación realizó un análisis concienzudo de la aplicación, implementación y regulación en el Estado colombiano del derecho de participación, además de la Consulta Previa y Consentimiento Previo, libre e informado, de los pueblos étnicos de acuerdo a lo establecido en la República de Colombia, en su Corte Constitucional (Sentencia, 2015). Para ello, se abordó la legislación vigente en la materia, así como su análisis jurisprudencial, con el fin de establecer la correlación entre el estado actual de la normativa, el correcto desarrollo de

los principios y valores constitucionales, y la forma de reglamentación de esos mismos derechos de dichas colectividades ancestrales. De la misma manera, específicamente se estudió la legitimidad de las normas jurídicas proferidas por el Ejecutivo colombiano, de acuerdo a las exigencias de las normas de carácter internacional sobre Consulta Previa.

Aunado a lo anterior, la Consulta Previa ha sido consagrada a nivel internacional (Sobre pueblos indígenas y tribales, 1989), y se ha venido desarrollando por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, haciendo posible la legislación de esta materia en otros países. Entonces, este análisis también contó con una mirada al derecho comparado, originado en las disposiciones de los Estados más cercanos a nuestro país como Ecuador, Brasil, entre otros.

48

Además, se hizo necesario tener claridad sobre las funciones que ejerce el Ministerio del Interior en cabeza de la Dirección de Consulta Previa, ya que dicha entidad es la encargada de mediar entre las comunidades étnicas y los actores con intereses sobre los territorios para permitir la puesta en funcionamiento de la Consulta Previa; entrelazando así la misión institucional, que consiste en fortalecer la gobernabilidad local, la seguridad y la convivencia ciudadana, con las directrices establecidas por el gobierno nacional en aplicación de este derecho (Decreto 2613 de 2013, Directivas Presidenciales N° 01 de 26 de marzo de 2010 y 10 del 7 de Noviembre de 2013).

Es por ello que esta investigación plantea la necesidad de implementar estrategias legislativas adecuadas al ordena-

miento y referentes a la protección de la identidad étnica y cultural de los pueblos Indígenas y comunidades negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y ROM, cuyo eje central sea el reconocimiento del derecho fundamental de la Consulta Previa.

De otro lado, la metodología utilizada en esta investigación para abordar la Consulta Previa como derecho fundamental, que protege la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, fue de tipo documental descriptiva propositiva; pues se vio el desarrollo de las normas jurídicas, la jurisprudencia y las doctrinas referentes al tema escogido, las cuales se analizaron, y con base en ellas, se determinó el vacío y la inconsistencia legal en las regulaciones del Ejecutivo, lo que la convierte en una investigación jurídica propositiva.

Con respecto a la importancia de la investigación, esta proviene del carácter preservador de los derechos y libertades con las que cuentan las comunidades indígenas y étnicas, emanado en la aplicabilidad de la consulta incoada en normatividad internacional y de la jurisdicción doméstica del Estado colombiano. Aun así, no existe hoy por hoy una ley clara, precisa, garantista e idónea que proteja de manera efectiva el derecho a la Consulta Previa. Es por ello que se hace novedoso debido a que contribuye a otorgar precisión al ordenamiento jurídico colombiano.

Para llegar al destino final se plantea la siguiente ruta: El primer capítulo se centró en la consolidación de los conceptos y argumentos que consagran el derecho de la Consulta Previa como de carácter fundamental, sus inicios jurisprudenciales, y su transformación en derecho de primer orden; además de los diferentes instrumentos internacionales, seguido del

análisis sobre la titularidad del derecho y finalizado por la importancia de la Consulta Previa para la defensa de los intereses y derechos de las comunidades ancestrales.

Luego se establecieron los derroteros conceptuales de la Consulta Previa, pasando por su naturaleza, aplicación y normatividad vigente; así mismo hay un apartado sobre el análisis de derecho comparado en su sede. Finalizará de esta forma con las conclusiones sobre los puntos álgidos de la normativa y la posible ilegalidad de los actos administrativos.

NACIMIENTO Y DESARROLLO DE LA CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA POR VÍA JURISPRUDENCIAL, Y LA POSICIÓN DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES

50

Antes de comenzar el análisis jurídico del derecho a la Consulta Previa de los distintos grupos étnicos en Colombia, inevitablemente se deben tomar como referencia las cosmovisiones pertenecientes al territorio nacional, y que hacen diferente a uno de otro, como quiera que aportan en la construcción social y política de la nación colombiana. Es esta forma de ver el entorno distintivo, la que permite realizar proyectos encaminados al bien común y razonables.

Las diferencias en las tradiciones de una y otra comunidad, más la especial protección de su visión al encontrarse en una posición minoritaria susceptible de desaparecer, origina la comprensión de los derechos de carácter colectivo, puesto que esta realidad los arroja a una nueva dimensión de cuidado, siendo esta óptica el principio de interpretación de sus derechos.

Así las cosas, el primer elemento indispensable para la protección de los derechos de las comunidades étnicas es el reconocimiento colectivo cuyo derecho se encuentra reconocido en el Convenio 169 de la OIT de 1989, y en el artículo 3 de la Convención Americana de los Derechos Humanos (de ahora en adelante CADH); y que fue desarrollado por la República de Colombia, en su Corte Constitucional en Sentencia T-380 de 1993, en donde se toma como base los artículos 1, 7 y 8 de la Constitución Nacional, para dar comienzo a una línea jurisprudencial que opta por dejar a un lado el Estado de Derecho, como relaciones individuales con el poder en un marco de igualdad no diferencial, y se materializa la idea de derechos fundamentales que hagan distinción de sus cosmovisiones, y asocien los individuos en colectivos; esto es lo que les permite a las distintas comunidades proteger su diversidad étnica y cultural.

51

En relación a lo anterior, el Convenio 169 de la OIT fue adoptado por Colombia por medio de la promulgación de la Ley 21 de 1991, en la que se integra al ordenamiento jurídico colombiano y se acoge por la doctrina del bloque de constitucionalidad; por lo cual se establece como titulares de la Consulta Previa en Colombia, a las comunidades indígenas y negras, tal como se señala en el Decreto 1320 del 1998. Seguido de esto, el numeral 3 del artículo 7 de la Ley 21 de 1991, dispone que 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 medioambiente, que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre ellos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados

como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

Es así como se le otorga al Gobierno mediante ley y a sus Entidades territoriales la función de velar por el estricto cumplimiento de los fines de la Consulta Previa en pro de las comunidades étnicas. Esto permite establecer que las comunidades indígenas son sujetos de derechos, no solo por lo establecido en la Constitución y en la normatividad colombiana, sino por los convenios y tratados internacionales; de ello se desprenden las menciones a estos y el desarrollo jurisprudencial que se tratará a continuación.

52

Antes que nada, se debe indicar que el derecho a la Consulta Previa ha sido conceptualizado por Morales Alzate (2014, p.101) quien considera que las comunidades étnicas o los sujetos colectivos de protección especial, que son reconocidos y protegidos constitucionalmente, poseen como derecho la salvaguarda y preservación de su identidad étnica, sociocultural y económica, fundados en el principio constitucional de la participación, materializado en las eventuales medidas legislativas, administrativas, obras, proyectos o actividades de Oferta Pública de Adquisición (OPAS), que afectan directamente y específicamente su integridad étnica o su subsistencia como grupo social de preservación, procurando un acuerdo viable frente a los impactos causados por la actividad.

Esta prerrogativa se compone principalmente, por la obligación del Estado de brindar la información pertinente que está en su poder, y aparece como importante la obligación de hacer visible la gestión pública, suministrando de oficio, la información requerida por el público cuando ello

es condición para el ejercicio de otros derechos. Comprende una obligación positiva en cabeza del Estado de brindar a los ciudadanos acceso a la información que está en su poder, y un derecho correlativo de las personas acceder a la información en poder del Estado.

Por consiguiente, cuando el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas depende de que puedan conocer una información pública importante, el Estado es quien debe suministrarla de forma oportuna, transparente y completa, con el propósito de garantizar el derecho en mención, y que el mismo funja como un instrumento clave para el ejercicio de otros derechos humanos, máxime, si su garantía recae sobre sujetos más vulnerables.

En este orden de ideas, al análisis de los derechos de las comunidades étnicas como garantía de su integridad cultural, es imprescindible nuevamente traer a colación (el Convenio 169 de la OIT), para dar una aproximación a la Consulta Previa; por ello se toman algunos artículos que resaltan los derechos de las comunidades indígenas. En ese sentido, el artículo 8 numeral 2 plantea que:

53

Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio (Sobre pueblos indígenas y tribales, 1989)

En este sentido se deja sentado que los organismos internacionales recalcan los derechos de los pueblos de conservar sus tradiciones, y es precisamente este uno de los problemas que ha acontecido en Colombia, pues se encuadra en la delgada línea entre la autonomía de los pueblos indígenas y la vulneración de los estamentos nacionales e internacionales, que se ven contrapuestos entre sí; de tal suerte, que debe replantearse el alcance de esa autonomía para evitar ese trastoque que no permite que a simple vista puedan comprenderse los límites trazados entre uno y otro.

54 Continuando con el Convenio 169 de la OIT, corresponde al Estado según establece el artículo 2.1, el respeto de sus costumbres, instituciones y tradiciones, reconociendo sus valores y prácticas sociales, culturales y religiosas en aras de preservar su identidad social y cultural. Es que la obligación de los Estados, entre estos el colombiano, es ineludible, responsabilizar a los gobiernos para que asuman el desarrollo conjuntamente con los pueblos indígenas en aras de garantizar su integridad. Así lo establece el Convenio de la OIT en el artículo 2, numeral 2, que plantea:

Esta acción deberá incluir medidas:

- a) Que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población.
- b) Que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones.

- c) Que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las 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. (Sobre pueblos indígenas y tribales, 1989)

Por todo lo anteriormente mencionado, se puede aseverar que los derechos de las comunidades indígenas como garantía de su integridad cultural están plenamente establecidos en los distintos ordenamientos internacionales, por lo cual se considera un vacío entre la realidad empírica y la normatividad, situación que debe ser abordada de manera que bajo ningún concepto sean violentados los derechos humanos de los ciudadanos y más aún, en estos grupos sociales que durante la historia de la conquista hasta nuestros días, han sido muy vulnerados.

55

Otro elemento fundamental para el desarrollo de las comunidades étnicas es la Propiedad Colectiva, cuyo derecho constituye un avance significativo en materia de protección a los derechos de los colectivos étnicos, debido al papel trascendental que ocupa su territorio en la cosmovisión propia de estas comunidades. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática al afirmar que el artículo 21 de la Convención Americana protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con sus recursos naturales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos. En el mismo sentido, en otra oportunidad indicó la misma corte que el ejercicio del derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas requiere, entre otras cosas, que el Estado acepte y brinde información a la

comunidad sobre los proyectos a desarrollar en su territorio, e implica una comunicación constante entre las partes que debe realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados.

56 Es que el reconocimiento y la capacidad de ser titulares de derechos en una dimensión colectiva, constituye un prerequisite para el disfrute de los demás derechos de las comunidades, pues su desconocimiento se traduce en una clara privación a otras prerrogativas esenciales. Este ha sido el criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al afirmar: “La violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular y gozar de esos derechos y obligaciones, lo cual pone al individuo en una posición vulnerable en relación con el Estado o terceros” (2007); es decir, a través de la garantía efectiva a este derecho, se les permite a las comunidades étnicas gozar de una protección especial a sus prácticas y costumbres ancestrales propias.

Ahora bien, es necesario realizar un recuento del nacimiento y desarrollo de la Consulta Previa hecho por vía jurisprudencial en Colombia, ya que al no existir una ley que proteja este derecho, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado son quienes, a partir de sus pronunciamientos constantes, han garantizado la protección efectiva de este derecho al analizar casos concretos. Para ello se abordarán diferentes providencias que a lo largo de la historia han establecido parámetros en este orden, las cuales podrá encontrar el lector a manera de línea jurisprudencial de la materia.

Debe anotarse que este repaso pretende establecer los criterios principales que ha tenido la Corte Constitucional

para desarrollar vía jurisprudencia el derecho fundamental de la participación, y la categorización fundamental, el derecho a la Consulta Previa. Adicionalmente, este recuento permitirá determinar el alcance e importancia para que se dé una eficaz protección por parte del Estado, lo cual se podrá observar con criterios de la Corte al indicar la forma y aplicación de este derecho.

En primera medida, la República de Colombia, en su Corte Constitucional en relación a los derechos de las comunidades indígenas en Sentencia de Tutela (1993) manifestó que los grupos étnicos son titulares de derechos fundamentales sobre la propiedad de sus territorios, como quiera que en la Constitución de 1991, específicamente en el artículo 7 se protege la diversidad étnica y cultural, ligando esta protección a la subsistencia y al significado que tiene la propiedad del territorio para ellos.

57

Seguidamente, la República de Colombia, en su Corte Constitucional, Sentencia T-380 (Sentencia de Tutela, 1993) se expuso que estos grupos étnicos habían dejado de ser “una realidad fáctica y legal” para convertirse en sujetos de derechos fundamentales que les son propios y que no se pueden inmiscuir con los de otro grupo humano, puesto que estos deben visualizarse como grupo colectivo, caso en que la titularidad de derechos fundamentales no se debe poner en duda.

Más adelante, la Corte continuó con la misma línea ratificando que las comunidades indígenas son titulares de derechos fundamentales, en razón a que la misma Constitución Política garantiza la diversidad étnica y cultural. Tal cual lo expresó en Sentencia de Revisión (1995) cuando

señaló que las comunidades étnicas son titulares de una serie de prerrogativas normativas que buscan garantizar la integridad cultural, social y económica, su autodeterminación administrativa y judicial y la consagración de resguardos como propiedad colectiva.

58 Sin embargo, en la Sentencia de Unificación (1997), la Corte Constitucional le otorga el valor de derecho fundamental a la Consulta Previa, y ocurrió en revisión de una acción de tutela instaurada por el Defensor del Pueblo en representación del pueblo Indígena U'wa, en donde se analizó la expedición de una licencia ambiental relacionada con un proyecto de explotación petrolera. En esta oportunidad se consideró que el derecho fundamental a la Consulta Previa de los grupos étnicos se “garantiza y efectiviza” en otro derecho fundamental, el cual se encuentra establecido en el numeral 2 del artículo 42 de la norma suprema; esto es, el derecho de participación, el cual tiene un carácter reforzado en el Convenio 169 de la OIT, al momento de ser adoptado por la Ley 21 de 1991, que junto a los artículos 91 y 93 (Asamblea Nacional Constituyente, 1991) conforman el bloque de constitucionalidad.

En lo referente a los alcances de la Consulta Previa se indica que cuando no se logre un acuerdo o concertación, la autoridad no puede dotar de despotismo su decisión, porque esta debe cumplir con los fines exigidos en la Constitución en aras de garantizar la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. Por lo tanto, no es suficiente que se notifique la realización de un proyecto, obra, actividad o medida legislativa, sino que debe propenderse por mitigar, corregir o restaurar los impactos, para evitar el menoscabo de las comunidades; precisamente por ello es necesario que la comunidad manifieste su acuerdo o desacuerdo sobre lo que

se pretenda realizar, y la manera cómo se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica.

Es importante mencionar los objetivos que la República de Colombia, en su Corte Constitucional, Sentencia de Unificación SU-039 (3 de febrero de 1997) persigue en este pronunciamiento: la consulta como mecanismo de participación de las comunidades indígenas en las decisiones relativas a recursos naturales, el alto tribunal ha señalado que con ella se busca:

- 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 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. 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. (Sentencia de Unificación, 1997)

60 En otro evento, la República de Colombia, en su Corte Constitucional, dictó Sentencia de Tutela (10 de noviembre de 1998 Sentencia número 652), en la que se protege igualmente el derecho fundamental a la Consulta Previa, como quiera que esta no se había surtido en un caso en la que se había expedido una licencia ambiental para la construcción de la represa hidroeléctrica de Urrá, en el pueblo Embera-Katio del Alto Sinú, en predios reconocidos como territorios colectivos, para lo cual se tutelaron los derechos fundamentales a la supervivencia, a la integridad étnica, cultural, social y económica, a la participación y al debido proceso.

En esta decisión se ordenó a los Ministerios del Interior y del Medioambiente, abstenerse de aplicar el Decreto 1320 de 1998 “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”, ya que en este caso, su aplicación resultaba contraria a lo dispuesto en los parámetros establecidos en la Constitución y en las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991. Igualmente, se vislumbra algo nuevo en esta decisión, toda vez que se ordenó la reparación de daños a las comunidades indígenas que se encontraron afectadas con ocasión de la omisión de la Consulta Previa.

Posteriormente, la República de Colombia, en su Corte Constitucional (Sentencia de Constitucionalidad, 2002) se analizó

**La insuficiencia normativa en la regulación de la Consulta
Previa de acuerdo a los parámetros internacionales y jurisprudenciales**

la demanda de inconstitucionalidad del artículo 122 de la Ley 685 de 2001, Código de Minas, como quiera que para su expedición no se había adelantado el proceso de Consulta Previa, basándose en el análisis jurisprudencial antepuesto. Aquí se reitera que el derecho fundamental a la Consulta Previa se hace efectivo a través de otro derecho que tenga el carácter de fundamental, como lo es el de participación de la comunidad en la adopción de decisiones.

Además, se afirma que el derecho a la participación por sí mismo es un derecho fundamental, y que se convierte en irremplazable para garantizar aquellos derechos que se encuentren dispersos en la Constitución que no tengan este carácter; como ocurre con el derecho reconocido como fundamental de las comunidades indígenas a su integridad social, cultural y económica, cuando se aferran a las raíces propias en temas de explotación de recursos naturales en sus territorios, impulsados por el Estado, en los que se debe garantizar la participación cuando estas se puedan ver afectadas en los términos del parágrafo del artículo 330 de la Carta Política.

61

Igualmente, la República de Colombia, en su Corte Constitucional (Sentencia de Unificación, 2003) protegió diferentes derechos, de los cuales son titulares las comunidades étnicas, en razón a que no se había adelantado el proceso consultivo en un asunto relacionado con el riego de manera aérea de herbicidas en la región de la Amazonía colombiana. Para ello tuvo como base el daño ambiental de los territorios de las comunidades que allí se encontraban.

Se reiteró que la Consulta Previa cuenta con una especial protección como derecho fundamental, en razón al derecho

de participación que estos tienen en las decisiones que los puedan afectar, y concretamente tiene un carácter reforzado por el Convenio 169 de la OIT, que junto a los artículos 93 y 94 de la Carta conforman el bloque de constitucionalidad. De otra parte, esta sentencia dio lugar a la posibilidad de la consulta, frente a medidas administrativas y legislativas de carácter general, señalando la necesidad de consultar el concepto de afectación directa.

62 En línea con lo anterior, la República de Colombia, en su Corte Constitucional (Sentencia de Constitucionalidad, 2003) analizó la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 773 de 2002 “Por la cual se dictan normas relativas a la administración, fabricación, transformación, explotación y comercialización de las sales que se producen en las salinas marítimas ubicadas en el municipio de Manaure, La Guajira y Salinas de Zipaquirá y se dictan otras disposiciones”, y contra su artículo primero (parcial), en donde se puede observar que se insiste en que la Consulta Previa como mecanismo de participación tiene el carácter de derecho fundamental, y aclara que este reconocimiento obedece a que, tanto la legislación internacional como la Constitución Política, contemplan a favor de los grupos étnicos, el derecho de decidir sus prioridades y de preservar su cultura, como quiera que es en el marco del Convenio 169 que se aprobó la Ley 21 de 1991 para consagrar la protección de derecho fundamental en razón al bloque de constitucionalidad.

En cuanto al Decreto 1320 de 1998 que reglamentó la Consulta Previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio, contiene disposiciones sobre la forma en que se debe adelantar pero se aclara que es aplicable únicamente en

materias concretas –licencias ambientales o establecimiento de planes de manejo ambiental, documento sobre evaluación y manejo ambiental y permisos de uso, aprovechamiento o afectación de recursos naturales renovables–. No obstante, sienta una alineación acerca de los métodos en que debe operar este mecanismo de participación previsto para la protección de las comunidades indígenas.

Sin embargo, el magistrado Álvaro Tafur Galvis presentó aclaración de voto, en el sentido de indicar que en la providencia se hace mención al Decreto 1320 de 1998 como norma aplicable al procedimiento que debe adelantarse para realizar la consulta, sin considerarse las recomendaciones del Consejo de administración de la OIT sobre esa situación, y el criterio constitucional dominante sobre los parámetros que deben guiar la flexibilidad en la aplicación de la consulta en los términos del artículo 34 de dicho Convenio.

63

En consideración a lo dispuesto por el Decreto 1320 de 1998, explica este togado que los artículos 6 y 7 del Convenio en mención, y la norma 330 de la Carta, al acogerlos no restringe esferas de aplicación de la Consulta Previa. Por el contrario, son evidentes al disponer que los pueblos interesados tienen derecho a ser consultados, resumiéndolo a continuación: cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente” –artículo 6°–; por cuanto tienen “derecho a 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” –artículo 7°–; y dado 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” –artículo 330–. (Aclaración de voto a la Sentencia de Constitucionalidad, 2003)

Por su parte, en pronunciamiento de tutela, la República de Colombia, en su Corte Constitucional, (Sentencia de Tutela, 2003) en revisión de una acción de tutela presentada por el Consejo Comunitario Mayor Cuenca Río Cacarica, reitera que la Corte Constitucional ordenó a los Ministerios del Interior y del Medioambiente, abstenerse de aplicar el Decreto 1320 de 1998, y menciona que el Consejo de Administración de la OIT solicitó al Gobierno Nacional la modificación de dicho Decreto, por quebrantar el espíritu del Convenio 169 que la misma norma en comento dice reglamentar.

64 De otra parte y regresándonos un poco a la sentencia de constitucionalidad, lo cual es necesario para expresar el precedente de que la República de Colombia, en su Corte Constitucional (Sentencia de Constitucionalidad, 2001) tuvo momentáneamente una posición diferente sobre la procedencia de la Consulta Previa en lo concerniente a medidas legislativas, toda vez que en esta providencia se señaló el análisis de una ley estatutaria sobre circunscripciones especiales en la Cámara de Representantes, que existe un silencio normativo sobre la aplicación del mecanismo de Consulta Previa en estos casos, debido a que el alcance de las disposiciones contenidas en el Convenio 169 de la OIT se relacionaban únicamente con el trámite de consulta respecto de la explotación de recursos naturales.

En línea con lo anterior, debe mencionarse que la posición de la Corte sobre la procedencia de la Consulta Previa para el trámite de expedición de una medida legislativa, fue replanteada en la República de Colombia, en su Corte Constitu-

cional (Sentencia de Constitucionalidad, 2008) en la cual se declaró inexecutable la Ley 1021 de 2006 o también llamada Ley Forestal, aclarando que la Consulta Previa no procede sobre todas las medidas legislativas que se pretendan realizar, sino sobre aquellas que puedan afectar directamente a las comunidades étnicas según lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT. Es de anotar, que esta jurisprudencia sigue la línea de que la Consulta Previa es un derecho fundamental, de conformidad con las formas de participación previstas en la Constitución, las cuales tienen un reforzado trato por el Convenio 169 de la OIT al ser adoptado en Colombia por la Ley 21 de 1991.

De igual forma, se debe indicar que en la República de Colombia, en su Corte Constitucional, las sentencias C-461 (Sentencia de Constitucionalidad, 2008) y C-175 (Sentencia de Constitucionalidad, 2009) se tocó también el tema de medidas legislativas frente a la procedencia de la Consulta Previa; la primera, atañe al Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, en donde se aclara que sí tenía la potencialidad de incidir o afectar directamente a los distintos grupos étnicos, se debía realizar la consulta, y la segunda se relaciona con el Estatuto de Desarrollo Rural para la cual menciona, que cuando se trate de utilización de los territorios rurales, cualquiera de sus disposiciones podría simbolizar una afectación directa de las comunidades étnicas, es decir, esta afectación opera cuando la materia del proyecto legislativo es relacionada directamente con la vinculación de la definición de la identidad étnica.

Retomando el tema de la Consulta Previa como derecho fundamental, es importante referenciar que en la República de Colombia, en su Corte Constitucional, sentencia T-880

66 (Sentencia de Tutela, 2006), se dio una revisión de decisiones anteriores con ocasión de la demanda presentada por el Pueblo Indígena Motilón Barí, en razón a que el Ministerio del Interior y de Justicia –denominado así en ese momento–, expidió una certificación para adelantar una licencia de explotación y exploración de petróleo en su territorio sin adelantar proceso de Consulta Previa, para lo cual se reitera la jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental de los Pueblos Indígenas y Tribales asentados en el territorio nacional a ser consultados, en razón a lo establecido a lo largo del articulado de la Constitución que propende por proteger las riquezas de los derechos de los grupos étnicos (artículos 8, 70, 13, 10, 68, 246 y 330 C.P.); pero especialmente, en el marco de los principios del derecho internacional establecidos en los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991.

Ocurrió lo mismo en la República de Colombia, en su Corte Constitucional, Sentencia T-769 (Sentencia de Tutela, 2009), en revisión de un fallo de tutela relacionado con el otorgamiento a una empresa minera, por la concesión para la exploración dentro de territorios indígenas sin que se agotara la Consulta Previa, en la que se reitera el análisis jurisprudencial expuesto en la República de Colombia, en su Corte Constitucional, sentencia C-030 (Sentencia de Constitucionalidad, 2008), señalando que el Convenio 169 es de mucha relevancia para la adopción y aplicación de las decisiones que afecten a los grupos étnicos, puesto que lo establecido en sus artículos 6 y 7 es que se cerciore la participación de las comunidades, se establezcan mecanismos adecuados de consulta, y se adelanten procesos de cooperación, en los que

se respeten sus derechos de decidir sus propias prioridades, en la medida que exista una afectación a sus intereses.

Así mismo, señala que según lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio, se tienen dos connotaciones en lo referente a la participación de estas comunidades: la primera, lo dispuesto en el literal “a) que se relaciona con el deber de consulta”; y el literal “b), que consiste en establecer los medios para que participen libremente, en instituciones electivas y organismos administrativos”.

También dispone esta sentencia, que cuando se adopten medidas en aplicación del convenio, se distinguen dos niveles de afectación como son: i) las que corresponden a las políticas y programas que les competan en las cuales se deben hacer partícipes, y ii) aquellas medidas legislativas que sean susceptibles de afectarlos, en donde se debe adelantar el proceso de consulta. En cuanto al derecho de participación en forma general, manifiesta que esta se justifica en el artículo 1 de la Constitución Política, en lo referente a la democracia participativa; en el artículo 2 en cuanto a la participación en asuntos que los afecten; y en el artículo 13 cuando se prohíbe la discriminación y se busca la igualdad. Es importante mencionar que en esta providencia se afirma que:

corresponde a cada Estado señalar, ya sea en la Constitución y en la ley los mecanismos idóneos para hacer efectiva la participación de las comunidades como un instrumento de protección de los intereses de éstas que como ya se expresó configuran proyección de los intereses de la propia sociedad y del Estado. (Sentencia de Tutela, 2009).

Siguiendo la línea de temas afines, la República de Colombia, en su Corte Constitucional, en Sentencia C-208 (Sentencia de Constitucionalidad, 2007) se estudió una demanda de inconstitucionalidad, contra el Decreto-Ley 1278 de 2002 “Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente”, en donde se afirma que la Consulta Previa para la adopción del sistema especial de educación de los grupos étnicos, es un derecho fundamental, y que por ello debe antecederle a cualquier medida de naturaleza legislativa o administrativa que pretenda tomar el Estado en la materia.

68 En cuanto a la Consulta Previa como derecho fundamental señala esta jurisprudencia, que la Constitución Política reconoce y otorga especial protección al derecho de participación de los grupos étnicos en las decisiones que los afectan. Por lo tanto, reitera el análisis jurisprudencial en el que se impone la obligación de consultar previamente a los grupos étnicos cuando se pretendan adoptar medidas legislativas que los afecten, en expresión de los artículos: 7 Superior, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, del 40-2, que garantiza el derecho de todo ciudadano a la participación democrática, del artículo 70 que considera la cultura fundamento de la nacionalidad, y de manera particular, de los artículos 329 y 330 del mismo ordenamiento, que prevén la participación previa de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios.

Por lo tanto, reitera el análisis hecho acerca de la Consulta Previa como derecho fundamental en la República de Colombia, en su Corte Constitucional, las Sentencias SU-039 de 1997, T-652 de 1998 y C-620 de 2003 y además la importancia dada al Convenio 169 de la OIT en cuanto al derecho

de participación de las comunidades indígenas y tribales en las decisiones que los afectan.

En síntesis, esta sentencia concluye que la jurisprudencia constitucional coincide en señalar que el proceso de participación de los grupos étnicos en la toma de las decisiones cuando puedan afectar sus intereses se deben desarrollar

dentro de un marco de derecho internacional y constitucional fuertemente garantista, que no se caracteriza por ser un simple ejercicio jurídico de respeto del derecho de defensa de quienes pueden verse afectados con una actuación del Estado, sino porque se busca asegurar por medio de esta Consulta Previa la efectiva protección de los intereses colectivos y derechos fundamentales de las referidas comunidades. (República de Colombia, en su Corte Constitucional, Sentencia de Tutela, 1995)

69

Al paso, la República de Colombia, en su Corte Constitucional, en Sentencia T-698 (Sentencia de Tutela, 2011) analizó la expedición de una licencia que había sido concedida a la empresa de telefonía Comcel, en un predio que era ancestralmente, como reconocido del resguardo indígena Cañamomo-Lomapieta, donde se ubica la comunidad Embera-Chamí. En este caso, afirma la Corte, que la discusión jurídica que identifica a estos grupos étnicos de especial protección, y titulares de derechos colectivos, se encuentra amparada en el Convenio 169, y que en desarrollo de este, es la misma Corte Constitucional la que se ha encargado de tutelar efectivamente sus derechos, en razón de otros preceptos normativos que fueron dispuestos por el Constituyente y que permiten garantizar los derechos de las comunidades étnicas, como

sucede con el derecho a la participación establecido en el artículo 40.

Respecto de este derecho a la participación, la Corte le endilga “dos dimensiones”: una, la representativa ante Corporaciones Públicas de Senado y Cámara, y otra, la participación de aquellas decisiones que las puedan afectar. Sobre esta última, indica que tiene su origen en el artículo 330 y en el artículo 6 del Convenio 169, y que son estas las disposiciones que han llevado a la Corte a admitir en la República de Colombia, en su Corte Constitucional, sentencia SU-039 de 1997, que la Consulta Previa es un derecho fundamental, cuando estas decisiones afecten su autonomía e identidad.

70

Además, expresa que esta participación sobre las decisiones que las afecten, solo cumple con su finalidad cuando las comunidades étnicas son informadas de forma oportuna y completa sobre los proyectos que las perturben, para lo cual, se les debe explicar la manera en que se pueda interferir en los elementos constitutivos de su relación social, cultural, económica y política, y cuando cuentan con el espacio para valorar libremente el proyecto y pronunciarse sobre su viabilidad.

En la República de Colombia, en su Corte Constitucional, Sentencia C-068 (Sentencia de Constitucionalidad, 2013) se analizó la inconstitucionalidad de la Ley 1530 de 2012 “Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías” y, en específico, frente al artículo 156 de dicha ley. En cuanto a la Consulta Previa se ratifica la posición jurisprudencial en la medida en que es un derecho que adquiere el carácter de fundamental y

**La insuficiencia normativa en la regulación de la Consulta
Previa de acuerdo a los parámetros internacionales y jurisprudenciales**

se instituye como un mecanismo para garantizar diferentes derechos que dependan de la subsistencia y conservación de la integridad étnica y cultural de dichos pueblos.

Por ello, se afirma que el deber de Consulta Previa se desglosa de distintos preceptos constitucionales como son: artículo 1, que define a Colombia como una democracia participativa; del artículo 2, que establece como una de las finalidades del Estado la de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan; del artículo 7°, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación; del artículo 40, que garantiza el derecho de todo ciudadano a hacer uso de los distintos mecanismos de participación democrática, y del artículo 70, que considera a la cultura como fundamento de la nacionalidad.

Además, en expresión del sistema democrático se consagra en los artículos 329 y 330 la participación de las comunidades tradicionales en la conformación de las entidades territoriales indígenas y en la explotación de los recursos naturales que se encuentran en sus territorios. No obstante, menciona que es en el Convenio 169 de 1989 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991, en donde la Consulta Previa encuentra su más amplio desarrollo. Este convenio ha sido considerado parte del bloque de constitucionalidad.

En cuanto a la afectación de los grupos étnicos distingue dos niveles: primero, sobre políticas y programas del gobierno que de alguna manera les conciernan, y segundo, sobre las medidas legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente; casos estos en los que se debe adelantar la Consulta Previa para cerciorar su “participación real y efectiva” y aclarar

que esta se afecta cuando se altera el estatus de persona o de comunidad como grupo étnico. Lo anterior, se cumple en garantía de distintos derechos constitucionales establecidos en los artículos 40, 103, 171, 329 y 330.

De otra parte, el Consejo de Estado en varios pronunciamientos ha partido de la hipótesis de la Corte Constitucional para endilgarle la categoría de derecho fundamental a la Consulta Previa.

72 Lo anterior se puede observar en la República de Colombia, en su Corte Constitucional, en la Sentencia de 13 de diciembre de 2005 (Asociación de Autoridades Tradicionales del Consejo Regional Indígena del Medio Amazonas vs Congreso de la República y otros, 2005), en donde el Consejo procedió a mencionar que la Corte Constitucional ha sido clara en tutelar como fundamental el derecho a la participación de las comunidades étnicas materializado en la Consulta Previa, como quiera que es mediante este derecho que se efectiviza la defensa de la identidad étnica, social, cultural y económica.

En igual sentido, en fallo del 2 de diciembre de 2010 la República de Colombia, en su Corte Constitucional, (Sentencia, 2010) al analizar una acción de nulidad sobre el artículo 6 del Acuerdo 258 de 2004 que se había emitido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, el Consejo de Estado referenció el análisis jurisprudencial realizado por la Corte Constitucional en Sentencia C-175 de 2009 que había indicado que la Consulta Previa es un derecho fundamental.

Para resolver la controversia suscitada sobre una acción de tutela que había sido negada por el Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira en relación a un gasoducto,

en Sentencia del 21 de marzo de 2013 (Autoridades Tradicionales Wayúu del Resguardo de la Alta y Media Guajira y Otras Comunidades, 2013) el Consejo de Estado consideró que la Consulta Previa es un derecho fundamental.

Seguidamente, en decisión emitida el 20 de febrero de 2014 el Consejo de Estado (Sentencia, 2014), actuando como juez constitucional, en sede de tutela, resolvió una solicitud con el objeto de amparar el derecho fundamental a la Consulta Previa de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, la cual había sido desconocida al otorgarse licencia ambiental a un proyecto de desarrollo ecoturístico denominado “Proyecto Los Ciruelos en el Parque Tayrona”.

En sala de consulta del 21 de mayo de 2014, la República de Colombia, en su Corte Constitucional, (Sentencia, 2014) el Consejo de Estado analizó aspectos relacionados con la etno-educación y su especial contexto normativo, los educadores indígenas y la Consulta Previa. Para ello, reiteró que por jurisprudencia se ha entendido que el Convenio 169 de la O.I.T. hace parte del bloque de constitucionalidad y por lo tanto es obligatorio y distingue que las consultas deben llevarse a cabo de buena fe y de una manera apropiada con la finalidad de llegar a un acuerdo o concertación sobre la decisión propuesta.

Adicionalmente, en sentencia del 19 de febrero de 2015 el Consejo de Estado (Sentencia, 2015) conoció de la impugnación del fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Sucre que resolvió una acción de tutela presentado por el Cabildo Indígena La Piche contra la Corporación Autónoma Regional de Sucre (CARSUCRE) toda vez que se habían

concedido unas licencias de exploración y explotación minera ubicadas dentro del territorio que les pertenece, sin realizar la Consulta Previa. En este pronunciamiento el Consejo de Estado reitera que según múltiples pronunciamientos de la República de Colombia, en su Corte Constitucional, la Consulta Previa es un derecho fundamental (T-824 de 1992, SU-039 de 1997, T-652 de 1998, T-634 de 1999, SU-383 de 2003, T-955 de 2003, T-737 de 2005, T-880 de 2006, T-154 de 2009 y T-769 de 2009) de los grupos étnicos para que se les informe y se les haga partícipes de aquellas decisiones administrativas o legislativas que los puedan afectar directamente en pro de la defensa de la identidad étnica y cultural.

74

En sentencia del 16 de abril de 2015, la República de Colombia, en su Corte Constitucional (Sentencia, 2015) al resolver una acción de nulidad contra apartes del Decreto 3770 de 25 de septiembre 2008, “Por el cual se reglamenta la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras; se establecen los requisitos para el Registro de Consejos Comunitarios y Organizaciones de dichas comunidades y se dictan otras disposiciones” conceptúa que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional la Consulta Previa es un derecho fundamental.

Para finalizar, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en sus distintas jurisprudencias han sido enfáticas en que la Consulta Previa es un derecho fundamental, por lo tanto, a las comunidades étnicas se les debe dar el trato diferencial según sus costumbres, formas de vida, cosmovisión, territorio ancestral, entre otros. Es por ello que el Estado debe propender por ser garantista ante este derecho, no solo por lo

establecido en la Constitución sino también en los Tratados internacionales.

ILEGALIDAD DE LA REGULACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA

Pese a que en Colombia existe un amplio marco normativo en referencia con los pueblos étnicos, además de los que se refieren a la Consulta Previa, unos ratificados en Tratados internacionales, y otros simplemente reglamentaciones internas; en este trabajo se afirma que no es el Gobierno el llamado a regular positivamente este derecho fundamental, ya que, al tener esta naturaleza, debe ser reglamentado mediante una ley estatutaria, de conformidad con la Constitución.

Al ser el Gobierno quien lo regula, afecta el núcleo esencial de dicho derecho; en este sentido, el Consejo de Estado en Sentencia del 16 de abril (2015) manifestó que la Consulta Previa como derecho fundamental pertenece a las mencionadas comunidades, y como tal, su regulación debe tener origen en la Ley Estatutaria, teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial, y el artículo 152 de la Constitución Política, que prevé, que mediante Ley Estatutaria el Congreso de la República, debe regular los derechos y deberes fundamentales de las personas, y los procedimientos y los recursos (PH.d Vásquez Avellaneda, s.f.).

Para dotar de validez esta posición, es necesario recordar que, en materia de derechos humanos, las intervenciones sobre estos pueden provenir de cualquiera de las ramas del poder público. Sin embargo, en materia de derechos fundamentales, término que se ha dejado para el derecho constitucional y, más genéricamente para el iuspositivismo (Campos, 2007, p.34), las intervenciones deben provenir directamente del

Legislador y no del Ejecutivo, ya que, con arreglo al principio democrático, el Legislador es el órgano del Estado a quien de forma natural corresponde intervenir sobre los derechos.

Es oportuno recordar que los derechos fundamentales tienen un tratamiento especial, ya que todos tienen reservas de ley, lo que significa que no se pueden desarrollar sino única y exclusivamente por ley. Estas reservas en los derechos fundamentales, están estrechamente ligadas con el principio de legalidad, porque cuando en la Constitución existan reservas de ley, conlleva a que las materias deban ser desarrolladas, reguladas, en una norma de rango legal lo más completamente posible, de donde el reglamento, los actos administrativos, solamente pueden referirse a aspectos de detalles.

76

Por su lado, la legalidad obliga y determina, que todos los temas que puedan ser desarrollados por funcionarios y órganos del Estado, deben estar previamente regulados por una norma de carácter legal, ese es el principio de legalidad: todos los asuntos tienen que tener previa autorización, – llámese operaciones, actos y funciones de los órganos del Estado– deben ser amparados en una ley, esa es la regla general.

Ahora bien, de manera genérica las reservas de ley se relacionan con el principio de legalidad, bajo el entendido que todos los temas le corresponden en principio al Congreso de la República, o a quien tenga la capacidad para hacer normas con fuerza de ley, por eso se relacionan; se puede decir, que todos los temas competen al Legislador, o al Ejecutivo en determinadas circunstancias. Valga la pena aclarar, que el Presidente hace de manera excepcional y por mandato constitucional, normas con fuerza de ley, Decretos leyes (si

se trata de legislación delegada) y Decretos Legislativos (si son expedidos dentro de las facultades del Presidente para afrontar los estados de excepción).

Pero solo en estos casos, y esas normas, tienen el mismo nivel de la ley, única y exclusivamente por mandato de la Constitución, ya que el fundamento del valor de la ley que expide el Congreso (este es de origen popular, órgano representativo de los diversos intereses de la sociedad), que es superior al reglamento, se encuentra en su legitimación democrática, consecuencia de la fundamentación del principio de jerarquía (Sierra Porto, 1997).

Naturalmente, la configuración de la reserva de ley responde a dicha idea: es el Legislador y no la Administración, quien se encuentra en mejores condiciones para articular los intereses individuales y colectivos, y ello exige sin duda alguna afectación de los primeros. Es más, el Congreso en el caso colombiano, no puede delegar esta tarea en la Administración, toda vez que si la ley habilita en blanco al reglamento a intervenir sobre los derechos, vulneraría la reserva de ley y resultaría por ello en inconstitucional (Roca, 2012, p.3).

77

Sobre este punto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha sido del criterio que la cláusula de reserva de ley atiende al desarrollo del principio de división de poderes, unido a la necesidad de que el derecho, además, de ser legal, sea legítimo. El significado de la legitimidad del derecho se encuentra fuertemente vinculado al principio democrático de elaboración de las leyes. Las normas que rigen una sociedad, deben ser el producto de un procedimiento en el que se garanticen en especial dos principios: de soberanía popular, en virtud del cual los límites al ejercicio

de las facultades de las personas que hacen parte de una colectividad, tienen como único origen legítimo la voluntad popular. Y el principio del pluralismo, como una garantía de participación de la diversidad de los individuos y grupos que componen una sociedad, que no es homogénea. (República de Colombia, en su Corte Constitucional, Sentencia C-823, 2011).

78

Como corolario de lo anterior, el Legislador no tiene la facultad de trasladarle su deber reglamentario sobre una materia al Gobierno, al punto de desligarse de la competencia que constitucionalmente se le ha atribuido. En virtud de ello, el desarrollo de la potestad reglamentaria desarrollada por el Gobierno, exige que la ley haya configurado previamente una regulación básica o materialidad legislativa, a partir de la cual, el Gobierno puede ejercer la función de reglamentar la ley, con miras a su debida aplicación, que es de naturaleza administrativa, y está entonces sujeta a la Ley. En un lenguaje más ambiguo, si el Legislador no define la materialidad legislativa, estaría delegando en el Gobierno, lo que la Constitución ha querido que no sea materia de reglamento sino de ley (Sentencia C-823, 2011). Y bajo ese supuesto, el acto fruto de esa relación viciada es inconstitucional.

Es importante mencionar que el Consejo de Estado se ha pronunciado en lo concerniente a las facultades reglamentarias del Presidente de la República indicando que:

De antaño tiene establecido nuestra jurisprudencia que por medio de dicha potestad el ejecutivo no se convierte en legislador, sino en guardián de los mandatos del legislador, de suerte que, si lo hace, se arroga una facultad

que no tiene y en consecuencia sus actos están viciados de nulidad. (2011)

Ahora bien, para precisar la relación entre legalidad y reservas de Ley, se utiliza frecuentemente la expresión reserva absoluta de Ley, para hacer referencia a una serie de temas que ni siquiera pueden ser regulados por el Ejecutivo, a través de la delegación legislativa, y menos dentro de las facultades del Presidente para afrontar los estados de excepción, ya que por la reserva absoluta de la Ley, son temas que solo los puede desarrollar el Congreso, y estos son, los que están contenidos en el artículo 150, numeral 10, de la Constitución Política. Es decir, no pueden ser objeto de delegación legislativa, las leyes orgánicas, estatutarias, Códigos, leyes marco; en fin, todos los temas que están contenidos en la norma suprema reseñada.

79

Lo expuesto, en relación con el derecho a la Consulta Previa de comunidades indígenas que son reglamentadas por el gobierno nacional a través de actos administrativos, notoriamente viola la reserva de Ley, por ello, urge que se tomen los correctivos constitucionales y legislativos al respecto. Nótese que el Consejo de Estado de Colombia, en múltiples ocasiones ha definido la naturaleza de las directivas presidenciales y, en sus decisiones, afirma que por ser estas un acto administrativo reglamentario, expedido en ejercicio de la función administrativa, pueden ser ilegales si violan la reserva de Ley, además porque en el parecer de la Corporación ello implica el desconocimiento del principio de legalidad (República de Colombia, en su Corte Constitucional, Sentencia, 2015).

En este mismo orden de ideas la República de Colombia, en su Corte Constitucional, en Sentencia C-068 (Sentencia

de Constitucionalidad, 2013) exhortó al Gobierno nacional y al Congreso de la República para que se expidiera una regulación específica sobre el tema de la Consulta Previa de conformidad con los preceptos constitucionales y normas internacionales que regulen la materia, teniendo en cuenta que esta debe corresponder al marco de flexibilidad según lo dispone el artículo 34 (antes referenciado) del Convenio 169 de 1989.

80

Por su parte, el Consejo de Estado (2015) se ha pronunciado también al respecto, señalando que frente a la regulación del derecho a la Consulta Previa por ser un derecho fundamental, esta debe tener origen en una ley estatutaria, con base en todo el precedente jurisprudencial y al artículo 152 de la Constitución Política, que prevé que mediante Ley Estatutaria, el Congreso de la República es quien debe regular los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y los recursos para su protección.

Ahora bien, la ausencia de esta regulación se ha evidenciado en distintas ocasiones, por ejemplo, en fallo emitido el 20 de febrero de 2014 el Consejo de Estado, citado con anterioridad, actuando como juez constitucional, en sede de tutela, resolvió una solicitud con el objeto de amparar el derecho fundamental a la Consulta Previa de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, el cual había sido desconocido al otorgarse licencia ambiental a un proyecto de desarrollo ecoturístico denominado “Proyecto Los Ciruelos en el Parque Tayrona”.

Se anota que en cuanto a la Consulta Previa como derecho fundamental, manifiesta que tiene como base, entre otros, los artículos 1, 7, 70, 171, 176, 246, 286, 329 y 330 de la Consti-

tución Política, el Convenio 169 de la OIT y otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas adoptada en el 2007.

Considera el Consejo de Estado que la participación es el instrumento que tienen las comunidades étnicas para tomar las decisiones que les competen con la finalidad de cumplir con el objetivo de garantizar su integridad cultural, por lo tanto, este solo se cumple cuando se les informa de manera oportuna sobre aquellos aspectos que puedan afectarlas directamente para que se puedan pronunciar sobre su viabilidad. En esta ocasión, el Ministerio del Interior certificó que en el área del Parque Nacional del Tayrona no existían asentamientos de comunidades indígenas y por lo tanto no era necesario cumplir con el requisito de la Consulta Previa (República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia, 2014).

81

El fallo en mención llamó la atención sobre la precariedad de la reglamentación existente con respecto a la Consulta Previa, la cual depende de la discrecionalidad de entidades y funcionarios poco comprometidos o que respondan a intereses particulares. De hecho, el caso al que se refiere esta sentencia quedó al descubierto de manera azarosa, por unas declaraciones del Presidente de la República en las cuales se daba cuenta de unas inversiones en el Parque Tayrona. Fue entonces la presión social y mediática la que llevó a las autoridades competentes a revisar el caso, pues las comunidades afectadas desconocían la existencia del proyecto.

Así las cosas, en desarrollo de la investigación desplegada por el aparato jurisdiccional, para resolver la acción de tutela

que se interpuso por parte de una entidad en nombre de las comunidades indígenas, se detectaron inconsistencias y errores en los documentos oficiales emitidos por el Ministerio del Interior para determinar que no había asentamientos indígenas en el territorio afectado por el proyecto, y por lo tanto no era necesaria la Consulta Previa.

Finalmente, el Consejo de Estado ordenó la revisión de los documentos, incluyendo la elaboración de un mapa en el cual se determinará claramente la “línea negra” que delimita el territorio que corresponde a las comunidades indígenas de Santa Marta, incluyendo los lugares donde ejecutan sus ritos y pagamentos sagrados, como quiera que esto -para las comunidades allí asentadas- significa unas líneas que tienen un valor sagrado, espiritual y de su propia cosmovisión del territorio.

82

Cabe mencionar otro caso puesto en conocimiento del Consejo de Estado (Consejo de Estado, 2015) en el que la ausencia de una regulación clara dejó entredicho la posición del Gobierno Nacional en cabeza del Ministerio del Interior, puesto que esta Entidad había emitido un concepto en el que señaló que no era necesario adelantar el proceso consultivo en lo referente a unas resoluciones que habían creado unos bloques y áreas estratégicas mineras.

Ante esta situación, el Consejo de Estado (2015) llamó la atención del Ejecutivo precisando que decisiones de tanta envergadura no pueden tomarse a la ligera. En tal sentido, indicó que se debe hacer un estudio más minucioso por quienes se encargan de garantizar la protección de este derecho, como quiera que se emitió un concepto negativo sobre la necesidad de la Consulta Previa basándose en que no se iban a entregar

títulos mineros, sino que había “meras expectativas” en la exploración.

Por otro lado, la figura de la reserva de Ley en la voz del Consejo de Estado, es una técnica que se refiere a la exigencia, dentro del ordenamiento jurídico, de que ciertas materias se regulen necesariamente mediante normas con fuerza de ley. En otras palabras, los asuntos reservados a las normas legislativas, no pueden ser regulados mediante decretos reglamentarios ni resoluciones, ya que todos los preceptos constitucionales en los que existe reserva de Ley, imponen la obligación que los aspectos principales, centrales y esenciales de la materia objeto de reserva, estén contenidos en una norma de rango legal en cualquiera de las variantes que pueden darse en el Congreso de la República. Las materias que son objeto de reserva de ley pueden ser delegadas solo mediante ley de facultades extraordinarias al Ejecutivo, para que este sea quien regule la materia mediante decretos leyes. Pero las materias objeto de reserva de Ley no pueden ser ‘deslegalizadas’, esto es, el legislador no puede delegar al Ejecutivo que regule esa materia mediante reglamento, en desarrollo del artículo 189 numeral 11 superior (República de Colombia, en su Corte Constitucional, Sentencia, 2015).

83

Seguidamente, cabe destacar que en un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana, únicamente el Congreso de la República, en tanto órgano representativo y democrático por excelencia, puede establecer limitaciones al ejercicio de los derechos constitucionales (República de Colombia, en su Corte Constitucional, Sentencia C-593, 2005). En tal sentido, la reserva de Ley estatutaria en materia de derechos fundamentales ha de interpretarse de manera restrictiva, toda vez que solo estas de conformidad con el

artículo 152 superior, pueden regular derechos fundamentales, sus elementos estructurales y mecanismos para su protección (República de Colombia, en su Corte Constitucional, Sentencia C-831, 2001).

84 En el tema de los derechos fundamentales, el límite de la ley es que no pueden desconocerse, que no se puede afectar el contenido de los derechos fundamentales, la relación entre la ley y los derechos fundamentales es necesaria; los derechos fundamentales en nuestro país tienen eficacia jurídica directa, no necesitan de ley para ser aplicables; pero en el evento de que no haya ley, se tienen que aplicar los derechos fundamentales. Esta afirmación no significa que no sea necesaria y conveniente que la ley desarrolle, implemente y especifique cuál es el alcance y la manera en que se protegen los derechos fundamentales, es decir, digámoslo de alguna manera, es necesario, conveniente, es casi indispensable para el adecuado cumplimiento y protección y vigencia de los derechos fundamentales, que haya un desarrollo legislativo.

La jurisprudencia ha sostenido que los criterios determinantes para identificar si una disposición que regule derechos y deberes fundamentales debió ser tramitada como ley estatutaria son los siguientes:

(i) en primer lugar la materia regulada pues ha de tratarse de derechos y deberes de carácter fundamental, (ii) que trate sobre los elementos estructurales y los principios básicos del derecho o deber en cuestión, (iii) que se refiera a los contenidos esenciales del derecho, (iv) que regule aspectos inherentes al ejercicio del derecho, (v) que consagre límites, restricciones, excepciones y prohibiciones que delimiten el núcleo esencial, (vi) cuando

se trate de un cuerpo normativo que pretenda regular de manera integral, estructural y completa un derecho fundamental, (vii) que aludan a la estructura general y principios reguladores pero no al desarrollo integral y detallado (viii) que la disposición se refiera a situaciones principales e importantes de los derechos (República de Colombia, en su Corte Constitucional, sentencia C-791, 2011)

Entonces, para saber cuáles son los temas propios de leyes estatutarias, debemos mirar que cuando la ley tenga como objetivo definir, configurar el derecho fundamental o actualizar el contenido, eso tiene que ser mediante ley estatutaria; lo demás, es lo que normalmente hace la ley frente a los derechos fundamentales, ponderar y armonizar los distintos derechos para su plena vigencia; en ese caso no se requiere de Ley estatutaria, se requiere de Ley ordinaria. Ese es el criterio general que se utiliza.

85

Particularmente, la teoría tradicional de la Corte Constitucional, o el concepto decidido para determinar cuándo una ley debe ser estatutaria, para regular derechos fundamentales, partía de una conclusión, se enunciaba de una manera, que está siendo objeto de transformaciones. Se decía, que la ley tiene que ser estatutaria si afecta el contenido esencial del derecho fundamental, esa era la formulación al inicio. Pero, ¿qué es el contenido esencial del derecho fundamental? Allí es donde está el punto, el contenido esencial es aquella parte del derecho fundamental, que no puede modificarse, que no puede desconocerse, que no puede alterarse, porque de hacerse, el derecho deja de ser tal, se desnaturaliza; ese es el contenido esencial. En últimas, el contenido esencial

del derecho fundamental, es una salvaguarda que hace la Constitución para evitar abusos del principio democrático por parte de los partidos y por parte del Congreso. En este sentido, el núcleo esencial de un derecho fundamental ha sido entendido como:

[l]a naturaleza jurídica de cada derecho, esto es, el modo de concebirlo o configurarlo. Desde esta óptica, constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito, sin las cuales el derecho se desnaturalizaría (RAE).

86 Igualmente, se ha dicho que el núcleo esencial se refiere a los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula del derecho. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho, para hacer referencia a aquella parte del contenido que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De ese modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

La jurisprudencia de esta Corte ha sido enfática al señalar que las disposiciones que deben ser objeto de regulación por medio de Ley estatutaria, concretamente, en lo que respecta a los derechos fundamentales y los recursos o procedimientos para su protección, son aquellas que de alguna manera tocan su núcleo esencial o mediante las cuales se regula en forma “íntegra, estructural o completa el derecho correspon-

diente” (República de Colombia, en su Corte Constitucional, Sentencia C-620, 2001).

En otra oportunidad reiteró:

En líneas generales, tales derechos responden a la idea de unos derechos que se radican en cabeza de toda persona, exclusivamente en razón de su condición como tal y como presupuesto para el desarrollo de la dignidad humana. En esa perspectiva, resulta clara la pretensión del constituyente de amparar esos derechos con la garantía especial que se deriva de la reserva de ley estatutaria. La Corte, sin embargo, de manera reiterada ha señalado que “... las disposiciones que deben ser objeto de regulación por medio de ley estatutaria, concretamente, en lo que respecta a los derechos fundamentales y los recursos o procedimientos para su protección son aquellas que de alguna manera tocan su núcleo esencial o mediante las cuales se regula en forma ‘íntegra, estructural o completa’ el derecho correspondiente”. (República de Colombia, en su Corte Constitucional, Sentencia C-910, 2004)

87

La figura del contenido esencial del derecho fundamental tiene precisamente ese objetivo, es un instrumento que se le da a la justicia constitucional para evitar abusos del Congreso a través de la elaboración de las leyes; no se puede hacer cualquier cosa con los derechos fundamentales, no se puede decir de los derechos fundamentales cualquier cosa. Por ello, las materias estatutarias están vedadas a los decretos leyes, ahí opera la reserva absoluta. En este sentido, el máximo tribunal constitucional ha indicado:

La Jurisprudencia ha señalado que resulta imperativo tramitar por la vía de las leyes estatutarias aquellas disposiciones que contengan cláusulas que desde el punto de vista material afecten, restrinjan, limiten o condicionen de modo significativo el alcance de los derechos fundamentales, o contengan una regulación integral de los mismos. Y, en este contexto cabe precisar que, por el contrario, no están sujetas a esa reserva especial aquellas disposiciones procesales cuyo objeto no consista en establecer limitaciones o restricciones a derechos fundamentales garantizados por la Carta, y en particular al debido proceso, sino que, por el contrario, se orienten a establecer, en un caso concreto, los mecanismos adecuados para la efectividad de un deber que se deriva de la propia Constitución, sin hacer, de manera general, una regulación integral del procedimiento tributario. (República de Colombia, en su Corte Constitucional, C-910, 2004)

En consecuencia, resulta imperativo tramitar por la vía de las leyes estatutarias aquellas disposiciones que contengan cláusulas que desde el punto de vista material afecten, restrinjan, limiten o condicionen de modo significativo el alcance de los derechos fundamentales, o contengan una regulación integral.

Ahora bien, atendiendo a que la Directiva Presidencial #10 de 2013 tiene apoyo normativo en el Decreto 1320 de 1998 y, este a su vez invoca a los artículos 189, 11 y 330 de la Constitución Política de Colombia, es necesario tener en cuenta que el tema objeto de estudio denota que, sin lugar a dudas, existe un mal entendimiento por parte del Ejecutivo

de las normas constitucionales que hacen una aproximación al derecho a la Consulta Previa, y de las cuales se pretende nutrir la directiva presidencial en comento.

En el pensamiento del Gobierno colombiano, la Consulta Previa no es un derecho fundamental, dada que su regulación –como se advierte– afectó el núcleo esencial de dicho derecho, y va en contra de la reserva Ley que en este caso es del tipo estatutaria. Peor aún, es el hecho de que se quebrante uno de los límites impuestos a los derechos fundamentales, el cual es: el principio de proporcionalidad y sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta (Roca, 2012, p.9).

Al afectarse el principio de proporcionalidad, se produce un serio impacto directo en los intereses y derechos fundamentales de los distintos grupos indígenas del país, pues en principio, no son consultados sobre las medidas reglamentarias que dan lugar a la imposición de procedimientos que los puedan afectar, desde esa óptica, el subprincipio de la idoneidad se vulnera notablemente, porque la medida no es adecuada para el fin que se pretende.

Asimismo, se vulnera el subprincipio de la necesidad, porque al establecerse el derecho a la Consulta Previa en decretos administrativos, la violación a los derechos de los pueblos indígenas se hace más notoria, ya que por su funcionalidad no se escoge entre diversas opciones la más favorable y constitucionalmente admisible, que, en este caso, sería la reglamentación mediante ley estatutaria. Por último, el principio de proporcionalidad se vulnera, porque no se concilia la norma constitucional de reconocimiento del derecho a la Consulta

Previa (Organización de los Estados Americanos, 2006) y las directivas presidenciales.

Por otra parte, un tema de vital importancia que debe ser traído a colación es el Control de Convencionalidad, ya que, a partir de él, desde el momento en que se pretendió legislar por parte del Ejecutivo el derecho a la Consulta Previa, debieron haberse tenido en cuenta no solo las normas internacionales que la regulan, sino, también, los pronunciamientos que han emanado de los organismos internacionales en derechos humanos que fungen como intérpretes oficiales de dicha normativa. A tal efecto, es deber del Ejecutivo atender a lo señalado por el Relator de Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas, el Comité Tripartito de la OIT, la doctrina del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y los pronunciamientos de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia, entre otros.

90

Habría que entrar a estudiar un tema concreto frente a una contraposición y avistamiento, entre el Estado y organismos internacionales. La normatividad que recoge la figura en la Consulta Previa, se despliega así el convenio 169 como se ha desglosado en el desarrollo del trabajo, trae unos componentes que le dan gran trascendencia a los grupos y pueblos ancestrales; ahora bien, en el plano nacional la Constitución Política de Colombia de 1991, le da igualmente una connotación distinta a estas comunidades, en tanto, que en los principios, se reconoce que Colombia es un Estado pluriétnico, y como tal, debe proteger a las distintas culturas cuando quiera que se vean vulneradas en sus derechos.

Igualmente, en virtud del principio *Pacta Sunt Servanda*, el Estado colombiano está en la obligación de darle cumpli-

miento al Convenio 169 de la OIT, pues fue ratificado por parte del Estado y en virtud del artículo 93 de la Carta Magna, por lo cual se expidió la Ley 21 de 1991, dentro de esta se establecen las medidas para que se adopte el Convenio teniendo en cuenta las condiciones propias de este país.

En relación a lo anterior en noticias del 2 de agosto del 2014 en el diario *El Espectador*, se hizo mención a la problemática actual de la Consulta Previa y fue denominada como la papa caliente que nadie en el gobierno quiere coger, y desde hace casi dos años, el gobierno Santos viene trabajando en un proyecto de ley para reglamentar el proceso de consulta, *El Espectador* conoció la última versión que se trabaja, mencionando que su elaboración se está llevando a cabo casi en secreto por un reducido grupo de empresarios y funcionarios del Ministerio del Interior. El primer problema del proyecto de Consulta Previa es que las organizaciones indígenas y afrodescendientes no han sido consultadas y no han participado en la construcción de la ley que regulará su derecho fundamental (El Espectador, 2015).

91

Ahora bien, de todo lo desarrollado anteriormente se puede concluir que, del compendio normativo se vislumbró que la concepción del reconocimiento de los derechos de estos grupos parte del Convenio 169 de la OIT que lo adopta el ordenamiento mediante la Ley 21 de 1991, se tendría entonces que decir que esta se quedó corta, pues lo que se requiere es una ley estatutaria, como la que está en proyecto, que regule esta materia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aclaración de voto a la Sentencia de Constitucionalidad, C-620 (Corte Constitucional 29 de julio de 2003).

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (13 de septiembre de 2007). *Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Recuperado el 12 de agosto de 2015, de Documentos Asamblea: http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá, Colombia: Gaceta.
- Campos, G. B. (2007). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Argentina: Ediar.
- Colombia. Decreto 1320 de 1998.
- Colombia. Decreto 2613 de 2013.
- Colombia. Decreto-Ley 1278 de 2002.
- Colombia. Ley 1021 de 2006.
- Colombia. Ley 1437 de 2011.
- Colombia. Ley 21 de 1991.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH. (2008). Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Marco jurídico interamericano del derecho a la libertad de expresión. Capítulo III.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1981). Situación de los derechos humanos en la República de Colombia.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2000). Sobre la situación de los derechos humanos en el Perú. Capítulo X. Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2002). Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2004). Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2004). Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales I. Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2007). Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia

- el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Sistema Interamericano de Derechos humanos.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2008). Informe anual de la relatoría especial para la libertad de expresión. Informe Anual, Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). Informe de Seguimiento - Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (27 de diciembre de 2002). Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), Informe N° 75/02, Caso 11.140.
- Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice). Informe N° 40/04, Caso 12.053 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 12 de octubre de 2004).
- Congreso de la República de Colombia. (11 de julio de 2014). “Por el cual se regula el Derecho Fundamental a la Consulta Previa y se dicta, Proyecto de Ley Estatutario.
- Congreso de la República. (2014). Proyecto de Ley Estatutario “Por el cual se regula el Derecho Fundamental a la Consulta Previa y se dictan otras disposiciones”. Recuperado el 02 de 09 de 2015, de Andi.com: <http://www.andi.com.co/es/CSL/CS/CC/Normas%20de%20Inters/Proyecto%20de%20Ley%20Estatutaria.pdf>
- Consejo de Estado, Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00128-00 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera 16 de abril de 2015).
- Consejo de Estado, Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00143-00 (52149) b (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección C-2015 de mayo de 2015).
- Consejo de Estado. (2011). Actor: Consejo Comunitario de la Organización Popular y Campesina de Alto Atrato-Copomopoca Demandado: Presidencia de la República Expediente núm. 11010324000201200025 00

- 94 Corte Constitucional (2 de noviembre de 2011). Sentencia C-823. [M.P.: Juan Carlos Henao Pérez].
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-823, 2011.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Constitucionalidad, C-418 (Sala Plena 28 de mayo de 2002).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Tutela, T-380 (Sala Tercera de Revisión 13 de septiembre de 1993).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-380 de 13 de septiembre de 1993 (Sala Tercera de Revisión). Expediente T-13636.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-634. Radicación número: 5091 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera 20 de mayo de 1999).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia, N°. 70001-23-33-000-2014-00178-01(AC) (Sala de lo Contencioso Administrativo 19 de febrero de 2015).
- Corte Constitucional de Colombia. Sierra Porto, H. (1997). *Concepto y Tipos de Ley en la Constitución Colombiana*. Madrid, España: Universidad Autónoma.
- Corte Constitucional Sentencia de Tutela, T-471-1993 [M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa].
- Corte Constitucional. Sentencia 13 de diciembre de 2005. Asociación de Autoridades Tradicionales del Consejo Regional Indígena del Medio Amazonas vs Congreso de la República y otros. Radicación número: 25000-23-25-000-2005-01764-01(AC) (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 13 de diciembre de 2005).
- Corte Constitucional. Sentencia 21 de marzo de 2013. Autoridades Tradicionales Wayúu del Resguardo de la Alta y Media Guajira y Otras Comunidades. Radicación número: 44001-23-33-000-2012-00061-01(AC) (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección Aa, 21 de 03 de 2013).
- Corte Constitucional. Sentencia C-593, Expediente: D-5505, Sección VII, (Sala Plena 9 de junio de 2005).
- Corte Constitucional. Sentencia C-620, expediente D-3157.

**La insuficiencia normativa en la regulación de la Consulta
Previa de acuerdo a los parámetros internacionales y jurisprudenciales**

- (Corte Constitucional. Sala Plena 13 de junio de 2001).
- Corte Constitucional. Sentencia C-791/11, Referencia: expediente D-8483. (Sala Plena 20 de octubre de 2011).
- Corte Constitucional. Sentencia C-831, Expediente: D-3371, Sección VI, (Sala Plena 8 de agosto de 2001).
- Corte Constitucional. Sentencia C-910, Referencia: expediente D-5074. (Sala Plena 21 de septiembre de 2004).
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad, C-030 (Sala Plena 23 de enero de 2008).
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad, C-068 (Sala Plena 13 de febrero de 2013).
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad, C-169 (Sala Plena 14 de febrero de 2001).
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad, C-175 (Sala Plena 18 de marzo de 2009).
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad, C-208 (Sala Plena 21 de marzo de 2007).
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad, C-418 (Sala Plena 28 de mayo de 2002).
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad, C-461 (Sala Plena 14 de mayo de 2008).
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad, C-620 (Sala Plena 29 de julio de 2003).
- Corte Constitucional. Sentencia de Tutela T-188, Expediente T-7281. (Sala Tercera de Revisión 12 de mayo de 1993).
- Corte Constitucional. Sentencia de Tutela, Sentencia T-461 (5 de junio de 2003).
- Corte Constitucional. Sentencia de Tutela, T-007 (Sala Segunda de Revisión 16 de enero de 1995).
- Corte Constitucional. Sentencia de Tutela, T-188/93 (Sección II.1 1993).
- Corte Constitucional. Sentencia de Tutela, T-652 (Sala Cuarta de Revisión 10 de noviembre de 1998).
- Corte Constitucional. Sentencia de Tutela, T-698 (Sala Octava de Revisión 20 de septiembre de 2011).
- Corte Constitucional. Sentencia de Tutela, T-769 (Sala

- Séptima de Revisión 29 de octubre de 2009).
- Corte Constitucional. Sentencia de Tutela, T-880 (Sala Octava de Revisión 26 de octubre de 2006).
- Corte Constitucional. Sentencia de Tutela, T-955 (Sala Octava de Revisión 17 de octubre de 2003).
- Corte Constitucional. Sentencia de Unificación, SU-037 (1997).
- Corte Constitucional. Sentencia de Unificación, SU-039 (Sala Plena 3 de febrero de 1997).
- Corte Constitucional. Sentencia de Unificación, SU-383 (Sala Plena 13 de mayo de 2003).
- Corte Constitucional. Sentencia T-002. Referencia: expedientes acumulados T-3120650 y T-3120654 (La Sala Tercera de Revisión 11 de enero de 2012).
- Corte Constitucional. Sentencia Tutela T-462, Expediente: T-428, Sección II.5, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. (Sala de Revisión N°624 de junio de 1992).
- 96 Corte Constitucional. Sentencia, Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00501-00 (2176) (Sala de Consulta y Servicio Civil 21 de mayo de 2014).
- Corte Constitucional. Sentencia, Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00214-00 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 02 de diciembre de 2010).
- Corte Constitucional. Sentencia, Radicación número: 47001-23-31-000-2013-00008-01(AC) del 20 de febrero de 2014 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta 20 de febrero de 2014).
- Corte Constitucional. Sentencia, Radicación número: 70001-23-33-000-2014-00178-01(AC) (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta 19 de febrero de 2015).
- Directiva Presidencial No. 10 (Presidente de la República de Colombia 7 de noviembre de 2013).
- Directiva Presidencial, No. 01 (Ministerio del Interior 26 de marzo de 2010).
- El Espectador. (14 de agosto de 2014). Si no hay concertación, decide el Estado. Recuperado el 15 de agosto de 2015,

- de Redacción Política: <http://www.elespectador.com/noticias/politica/si-no-hay-concertacion-decide-el-estado-articulo-508262>
- El Espectador. (agosto de 19 de 2015). (<http://www.elespectador.com/noticias/politica/si-no-hay-concertacion-decide-el-estado-articulo-508262>). Obtenido de El espectador: (<http://www.elespectador.com/noticias/politica/si-no-hay-concertacion-decide-el-estado-articulo-508262>).
- Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, A/HRC/12/34 pp.13-20. (Consejo de Derechos Humanos 2009 de 15-Julio).
- Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, A/HRC/9/9, p.40 (11 de agosto de 2008).
- Informe provisional del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/15/37 (19 de julio de 2010).
- Morales Alzate, J. (2014). *Consulta Previa un derecho fundamental*. Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Morales Alzate, J. (2014). *Consulta Previa un derecho fundamental* (2ª edición ed.). Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- OIT. (10 de 11 de 2009). Principios del Comité Tripartito.
- OIT. (1989). Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989, Convenio núm. C169. (La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, 1989).
- OIT. (2001). Principios del Comité Tripartito.
- OIT. (27 de junio de 2006). Sobre pueblos indígenas y tribales, Convenio 169 (Organización Internacional del trabajo, OIT, 27 de junio de 1989).
- Organización de los Estados Americanos. (Recomendación 2006). AG/RES. 2234 (XXXVI-O/06).
- Real Academia Española (octubre de 2014). Real Academia

Española. Recuperado el 21 de agosto de 2015, de Diccionario de la Lengua Española: <http://lema.rae.es/drae/> Relativa a los derechos de los pueblos indígenas. Recomendación General No. 23, párr.5. (51° período de sesiones 1997).

República de Colombia. (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá, Colombia: Gaceta.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-823, 2011.

República de Colombia. Ley 21, 1991, Art. 7, No. 3

Roca, E. (2012). *Programa de apoyo para las defensorías regionales*. España: Universidad Alcalá de Henares.

Vásquez Avellaneda, D. (s.f.). *Hacia la consolidación del derecho al ambiente sano como un derecho fundamental*. (E. d. EIDENAR, Ed.) Cali, Colombia: Universidad del Valle.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- 98 Acceso a la Justicia e Inclusión Social. (7 de agosto de 2009). *El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia, Informe de Seguimiento*. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40.
- Acción Pública de Inconstitucionalidad, C-326/97 (Sala Plena 1997).
- ACNUR. (23 de octubre de 2009). *El Trabajo del ACNUR con Pueblos Indígenas*. Recuperado el 28 de julio de 2015, de ACNUR: <http://www.acnur.org/t3/pueblos-indigenas/pueblos-indigenas-en-colombia/>
- Admisión de demanda y procedencia de suspensión del acto administrativo. Ref: Expediente Núm. 2010-0025 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera 3 de diciembre de 2014).
- Anaya Muñoz, A. (25 de mayo de 2008). *El derecho de los pueblos indígenas a la autonomía política: fundamentos teóricos*. Recuperado el 24 de julio de 2015, de Defensoría del Pueblo: <http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/04/boletin2etnicos.pdf>

- Anaya, J. & Wissner, S. (2007). *OP-ED: The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Towards Re-empowerment*. Washington.
- Aníbal Guerra, D. (2009). El Valor de la Jurisprudencia en el Derecho Comparado. *Revista Justicia*, 134.
- Arteaga Jara, A. (2007). *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y su Reconocimiento Internacional: la Declaración de las Naciones Unidas*. Recuperado el 23 de 07 de 2015, de Universidad de Concepción: 200.10.23.169/images/_pub/memoria%20de%20prueba%20-%20andres%20Arteaga%20jara.pdf
- Carrillo de la Rosa, Y. (diciembre de 2010). *Multiculturalismo, diferencias y derechos de las minorías étnicas en la Jurisprudencia constitucional colombiana*. Recuperado el 23 de agosto de 2015, de Unicartagena: <https://www.unicartagena.edu.co/publicaciones/libroderechomulticulturalismo.pdf>
- Carrillo Salcedo, J. (2001). *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*. San José, Costa Rica: Tecnos.
- Caso Claude Reyes y otros. Serie C No. 151, párrafo 77. (19 de septiembre de 2006).
- Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas 17 de junio de 2005).
- Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 79 (31 de agosto de 2001).
- Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 124 (15 de junio de 2002).
- Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 185. (12 de agosto de 2008).
- Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, serie C No. 127 (Corte Interamericana de derechos Humanos 23 de junio de 2005).

- 100
- Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 127, párr. 225 (junio 23 de 2005).
- Consejo de Estado. Radicación número 11001032600020 0700040-00 (34.144) (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (subsección b) 27 de octubre de 2011).
- Consejo de Estado. Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00128-00 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera 16 de abril de 2015).
- Corte Constitucional de Colombia. (2013). Sentencia C-862. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-068. Referencia D-9139 (Sala Plena 2013 йл 13-02).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-175. Expediente: D-7308 Sección VI, (Sala Plena 18 de marzo de 2009).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-823. Expediente: D-8489, (2 de noviembre de 2011).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-862. Expediente: D-7166, Sección II (Sala Plena 3 de septiembre de 2008).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Constitucionalidad. C-139 de 1996 (Sala Plena 9 de abril de 1996).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Constitucionalidad. C-274/13 (Sala Plena 09 de mayo de 2013).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Constitucionalidad. C-313/14 (Sala Plena 2014).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Tutela. Sentencia T-294 (Corte Constitucional 22 de mayo de 2014).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Tutela. T-188 (Sección II.8 12 de mayo de 1993).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Tutela. T-254/94 (Sección I 1994).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Tutela.

**La insuficiencia normativa en la regulación de la Consulta
Previa de acuerdo a los parámetros internacionales y jurisprudenciales**

- T-342 (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión 27 de julio de 1994).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Tutela. T-376/12 (Sección 2 2012).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. Radicación número: 11000-03-26-000-2009-00041-00(36760) (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera 12 de marzo de 2015).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00128-00 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 16 de abril de 2015).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00143-00(52149) b (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Magistrado Ponente: Olga Mélida Valle (11 de mayo de 2015).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-116/11. Referencia: Expediente T-2.817.405 (Corte Constitucional 24 de febrero de 2011).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-461 (Sección Segunda 2014 del 8-julio).
- Corte Constitucional, C-791. Referencia: expediente D-8483 (Sala Plena 20 de octubre de 2011).
- Corte Constitucional, C-910. Referencia: expediente D-5074 (Sala Plena 21 de septiembre de 2004).
- DANE. (mayo de 2007). Colombia una Nación Multicultural. Recuperado el 25 de julio de 2015, de DANE: http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia_nacion.pdf
- DANE. (octubre de 2006). ACNUR. Recuperado el 25 de julio de 2015, de Población Indígena, ROMy Afrocolombiana: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2007/4886>
- Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, Parra 1058 (30 de diciembre de 2009).

101

- Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre, párr. 1050. (2009).
- Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 30 de 12 de 2009).
- Derecho a la Diversidad Étnica y Cultural, Sentencia T-001 (Sección 3, 11 de enero de 2012).
- Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, Doc. OEA/Ser.L/V/II., párr. 273. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 30 de diciembre de 2009).
- Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, Doc. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09, (30 de diciembre de 2009).
- Dirección de Desarrollo Territorial. (30 de marzo de 2013). Documento de Trabajo Interno. Recuperado el 22 de julio de 2015, de Ministerio del Interior: https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/noticias/apuntes_sobre_consulta_previa_con_grupos_etnicos.pdf.
- Guglielmi F. (2006). *Construcción de la otredad en la filosofía contemporánea. Rastreo de sus orígenes en Karl Marx y Friedrich Nietzsche*. Recuperado el 24 de agosto de 2015, de Universidad Nacional Nordeste: <http://www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/cyt2006/02-Humanidades/2006-H-032.pdf>
- Hernández, C. (2013). *Consulta Previa: la explotación de los recursos naturales y su incidencia en los grupos étnicos nacionales*. Bogotá: Universidad Libre.
- Informe de Seguimiento - Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, párr. 158. (7 de agosto de 2009).
- Informe del relator especial sobre la situación de los Derechos Humanos. (12 de agosto de 2004). *La situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas*. A/59/258.

- Jara, A. A. (2007). Los Derechos de los Pueblos Indígenas y su Reconocimiento Internacional. *Concepción*, 155.
- Los derechos de las minorías (Artículo 27 del PIDCP). Observación General No. 23 1/Add.5, párrafo 7. (1994).
- Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), Informe No. 75/02, párr. 140. (27 de diciembre de 2002).
- Ministerio de Educación Nacional. (23 de junio de 2007). *Población Étnica*. Recuperado el 23 de julio de 2015, de Colombia aprende la red del conocimiento: <http://www.colombiaprende.edu.co/html/mediateca/1607/article-84457.html>
- Moreno, M. (2007). Tratado Elemental de Derecho Constitucional. *Ediar*, 34.
- Morris, M., Rodríguez Garavito, C., Orduz Salinas, N. & Buritaca, P. (2012). *La Consulta Previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*. Buenos Aires, Argentina: Six Barrel.
- OIT. (2001). *Informe en el que se alega el incumplimiento por el Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL)*. Disposiciones Comité Tripartito de la OIT.
- OIT. (2009). Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica, programa para promover el convenio No. 169 de la OIT (PRO 169) Departamento de Normas Internacionales del Trabajo (Instrumento Europeo para la Democracia y los Derechos Humanos de la Comisión Europea (IEDDH) y el Ministerio de Relaciones Exteriores Danés (Danida) 2009).
- Organización Nacional indígena de Colombia. (2008). Capítulo 4. Derechos de los pueblos indígenas y sistemas de jurisdicción propia. Jurisdicción especial indígena. En O. N. *Indígena, Trabajo Colectivo Indígena*. Bogotá, Colombia: Área de Derechos Humanos y Educación.
- Oxman, D. P. (2011). *El derecho a la Consulta Previa, libre e*

informada de los pueblos indígenas la situación de Bolivia, Ecuador y Colombia. Perú: Fundación para el debido proceso legal.

Paz, S. (13 de febrero de 2015). *La Consulta Previa y los desafíos internacionales.* Recuperado el 30 de julio de 2015, de Ámbito Jurídico.com LEGIS: [http://www.ambito-juridico.com/BancoConocimiento/N/noti-140213-06la_consulta_previa_y_los_desafios_internacionales/ noti-140213-06la_consulta_previa_y_los_desafios_internacionales.asp?Miga=1](http://www.ambito-juridico.com/BancoConocimiento/N/noti-140213-06la_consulta_previa_y_los_desafios_internacionales/noti-140213-06la_consulta_previa_y_los_desafios_internacionales.asp?Miga=1)

Porto, H. S. (1998). *Concepto y Tipos de Ley en la Constitución Colombiana.*

Procuraduría General de la Nación (8 de mayo de 2015). Sitio Web de Procuraduría General de la Nación. Recuperado el 24 de agosto de 2015, de Funciones Territoriales Procuraduría: http://www.procuraduria.gov.co/portal/territoriales_funciones.page

104 Procuraduría General de la Nación. (8 de mayo de 2015). [Procuraduria.gov.co](http://www.procuraduria.gov.co). Recuperado el 24 de agosto de 2015, de A. Sitio Web de Procuraduría General de la Nación: http://www.procuraduria.gov.co/portal/territoriales_funciones.page

Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Serie C. 245, párr. 145 (Fondo y Reparaciones 17 de junio de 2012). Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00128-00 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera 15 de 04 de 2015).

Recomendación, AG/RES. 2234 (XXXVI-O/06), p.2. (2006). Resolución (XXXVI-O/06), AG/RES. 2234, p.2. (16 de 02 de 2006).

Resolución (XXXV-O/05), AG/RES. 2073, p.2. (7 de junio de 2005).

Rodríguez Garavito, C. (2010). *La Consulta Previa a pueblos indígenas los estándares del derecho internacional.* Bogotá: Justicia Global y Derechos Humanos Universidad de los Andes.

Rodríguez, G. A. (2014). *De la Consulta Previa al consenti-*

**La insuficiencia normativa en la regulación de la Consulta
Previa de acuerdo a los parámetros internacionales y jurisprudenciales**

- miento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia.* Bogotá: Universidad del Rosario.
- Ruiz Chiriboga, O. & Donoso, G. (2013). *Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones. Derecho al veto.* Bogotá, Colombia.
- Salcedo, J. A. (2001). Soberanía de los Estados y Derechos Humanos. *Tecnos*, 151.
- Saramaka Vs. Suriname, Serie C No. 151. Serie C No. 172. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de noviembre de 2007).
- Situación de los derechos humanos en la República de Colombia, OEA/Ser.L/V/II.84, Cap. XI (14 de octubre de 1993).
- Walzer, M. (1997). *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad.* México: Fondo de Cultura Económica.
- Wissner, J. A. (2007). *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Towards Re-empowerment.*
- Wissner, S. (2008). Indigenous sovereignty: A Reassessment in lighth of the UN declaration on the rights of indigenous People. *Vand. J. Transnat'L*, (41), 11-41. 105

Cómo citar este capítulo:

Navarro-Suárez, D. del C., Acuña-Castañeda, S. J., Cortina Acevedo, A. & Isaza-Zuluaga, C. (2017). La insuficiencia normativa en la regulación de la Consulta Previa de acuerdo a los parámetros internacionales y jurisprudenciales. J. Enamorado Estrada & D. del C. Navarro Suárez (Comp.) *Perspectivas ambientales contemporáneas* (pp.45-105). Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

Capítulo 3

Compatibilidad entre el desarrollo económico y la protección al medioambiente

Paola Carvajal-Muñoz¹
Marcela Viviana León-García²
Eduardo Palencia-Ramos³
José David Usta Caicedo⁴

107

-
- 1 Abogada, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla. Magíster en Ciencia Política y Derecho Público, Universidad de Zulia Venezuela. Docente Universidad de la Costa, Departamento de Derecho.
pcarvajal@cuc.edu.co
ID orcid.org/00002-0002-6661-8044
 - 2 Abogada, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla. Magíster en Derecho Administrativo. Docente investigadora del Programa de Derecho Universidad Simón Bolívar, Barranquilla. Adscrita al grupo de investigación de Derechos Humanos, Tendencias Jurídicas y Socio-jurídicas Contemporáneas, línea Derechos Humanos, Cultura de Paz y Género.
mvleon@unisimonbolivar.edu.co
ID orcid.org/0000-0001-9553-5080
 - 3 Abogado, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla. Magíster en Ciencia Política y Derecho Público, Universidad de Zulia Venezuela. Docente investigador del Programa de Derecho, Universidad Simón Bolívar Barranquilla. Adscrito al grupo de investigación de Derechos Humanos, Tendencias Jurídicas y Socio-jurídicas Contemporáneas –línea Perspectivas y Retos del Derecho Constitucional y Administrativo.
epalencia@unisimonbolivar.edu.co
ID orcid.org/0000-0003-2535-1854
 - 4 Fonoaudiólogo, Universidad Metropolitana de Barranquilla. Especialista en Salud Ocupacional de la Universidad Libre de Barranquilla. Máster en Tráfico, Movilidad y Seguridad Vial, Universidad José Camilo Cela, España. Docente investigador de la Corporación Universitaria de Ciencias Empresariales y Salud, Departamento de Salud y Seguridad en el Trabajo.
justa@corsalud.edu.co

La industrialización a nivel mundial ha generado efectos adversos en el medioambiente, un ejemplo de ello es el deterioro progresivo de la capa de ozono y el calentamiento global masivo originado por los gases de efecto invernadero. Es esto la consecuencia del afán que tiene el hombre de incrementar su economía.

El cuarto informe de evaluación del cambio climático del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (cuyas siglas en inglés IPCC significan (*Intergovernmental Panel on Climate Change*) revela las evidencias de las dramáticas alteraciones que en los últimos 100 años ha enfrentado la capa de ozono debido a la emisión de gases de efecto invernadero; la diseminación de grandes cantidades de pequeñas partículas en la atmósfera como los aerosoles y los cambios en el uso del suelo. Todo ello producto de la mano del hombre (Fajardo Suárez, 2016).

El deterioro ambiental representa una creciente preocupación no solo para los Estados, involucra a los organismos internacionales, la academia y la comunidad en general. Si bien las causas responden a contextos históricos y la responsabilidad de los impactos ambientales se atribuye específicamente a los países que hacen uso de armas y químicos que de forma agresiva han menoscabado los recursos naturales, el compromiso por recuperar y mantener procesos que logren satisfacer necesidades y a su vez conserven el equilibrio ecológico, es de interés y obligación de todos.

El medioambiente posee características distintivas de carácter difuso y de interés colectivo, que nace en una categoría de derechos de tercera generación del cual son titulares todos los individuos sin distinción alguno. Por considerarse un derecho

indivisible, su protección insta a los países a articular una normatividad que logre armonizar la explotación de los recursos naturales para suplir necesidades y acrecentar el desarrollo económico sin desconocer un razonable nivel de calidad ambiental. Para la Corte Constitucional el derecho a un medioambiente sano, es concebido como un derecho colectivo, al cual le ha reconocido que gozar de algunos de tipo individual como el de la vida, la salud y la intimidad depende de igual forma que se garantice el cumplimiento del derecho al medioambiente (República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-271, 2010).

A pesar de que el desequilibrio ecológico data de unas cuantas décadas, el estudio resulta novísimo teniendo en cuenta que la preocupación se ha agudizado ingentemente en los últimos años, a partir de los evidentes cambios climáticos, la extinción de especies y ni hablar de la disipación de reservas de agua, que dieron los vestigios y advirtieron que los recursos de la naturaleza son finitos y muchos de ellos con procesos lentos de renovación.

109

Ante esta situación que se roba la atención mundial, surgen en el seno de Naciones Unidas pronunciamientos de carácter declarativo y obligacional en materia de protección al medioambiente en relación con el ser humano. Esta producción legal permitió desarrollar las bases teóricas y principios del derecho internacional del medioambiente que regula las relaciones entre los Estados en materia ambiental.

En Colombia, los antecedentes para la protección de derechos ambientales se registran desde el siglo XIX, en el Código civil, sancionado en 1873, adoptado por la Ley 57 de 1887, el cual establece en su artículo 1005 –acciones populares– que a

bien es preciso señalar debido a su pertinencia con lo que hoy se protege a través de este recurso:

110 Acciones populares o municipales: La municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados. Y siempre que a consecuencia de una acción popular haya de demolerse o enmendarse una construcción, o de resarcirse un daño sufrido, se recompensará al actor, a costas del querellado, con una suma que no baje de la décima, ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad. Código Civil (1873), art 1005.

Posteriormente, en el año 1989 se expide el Decreto 2303, el cual en su título IX, en su artículo 118, establece la protección del ambiente rural y los recursos renovables a través de la Acción Popular.

Con lo anterior, se suma una producción normativa de mayor relevancia, a razón que alcanza rango constitucional la protección de los derechos del medioambiente con la Constitución Política de 1991 direccionada por los convenios y declaraciones internacionales que armonizan con la creación del Ministerio de Medio Ambiente y disposiciones legales pertinentes.

**Compatibilidad entre el desarrollo económico
y la protección al medioambiente**

Cabe mencionar la inclusión de las acciones populares como un recurso al alcance del ciudadano, consagrado en el artículo 88 de la Constitución Política y desarrollado en la Ley 472 del 1998, el cual permite que la colectividad, bajo un sentido de pertenencia, solicite ante los estrados judiciales la protección del bien común, es decir, atribuye la calidad de titular a todos los individuos pertenecientes a una comunidad. En la norma se encuentran enunciados los derechos colectivos; no obstante, deja un espacio abierto señalando la protección de otros de similar naturaleza.

Para identificarlos, se plantea el inciso primero del artículo 88 constitucional no son taxativos, en la medida que la misma norma difiere con el legislador el señalamiento de otros derechos e intereses colectivos que considere deban ser protegidos por medio de este mecanismo procesal siempre y cuando se entiendan como inherentes a la finalidad pública o colectiva.

111

A fin de precisar cuáles derechos e intereses colectivos son regulados en el ordenamiento jurídico colombiano, se hace necesario estudiar el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, el cual los relaciona, haciendo énfasis en los literales: a) Goce de un ambiente sano... c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medioambiente... y el i), la libre competencia económica.

Al respecto, cabe advertir que el aparte dogmático de la Carta Magna de 1991 ha contribuido a la protección de derechos ambientales y al desarrollo de las disposiciones legales pertinentes sobre las acciones populares –recurso al alcance del ciudadano para solicitar la protección judicial– y el diseño de políticas públicas encaminadas al cuidado de recursos naturales como bienes finitos del territorio.

En este sentido, se observa que el Estado colombiano se encuentra en consonancia con la cuestión ambiental tratada internacionalmente como una problemática global, por tanto la responsabilidad al respecto es vinculante para los Estados en puntos específicos como: velar por el ambiente, atenuar los daños ambientales que resultan necesarios para suplir necesidades y atribuir responsabilidad a particulares por alteraciones al medio.

112

Partiendo de la premisa que la crisis ambiental es un tema que debe abordarse en el plano económico, social y político, se analizan y aclaran los conceptos de desarrollo económico, el bienestar social y la producción legal que hoy tutela el tesoro invaluable, la naturaleza. El equilibrio de estos aspectos puede ser catalogado como una utopía; no obstante, a medida que estos planteamientos logren adaptarse a las necesidades, cultura, tradición de los países, la brecha de desigualdad para el goce de los recursos naturales será cubierta y los intereses individuales serán desplazados.

El individualismo es uno de los factores que mantiene vivo al subdesarrollo, y puede inferirse como un padecimiento difícil de erradicar, pero no debe entenderse como irrealizable; de hecho, a lo largo de la historia se ha planteado la construcción de una sociedad integrada de individuos conscientes de

que los destinos del Estado inciden en el suyo. En líneas del francés Alexis de Tocqueville, en su labor de analizar el sistema democrático de Estados Unidos, advierte el modo de combatir el individualismo en el contexto americano, desde el momento en que se tratan en común los asuntos comunes, cada hombre se percata de que no es tan independiente de sus semejantes como se figuraba al principio y que para obtener su apoyo a menudo debe prestarles cooperación.

Los intereses individuales han sido un tema de poca atención, que será tratado toda vez que tiene connivencia con la crisis ambiental y la resistencia silente por mantener utilidades a favor de pocos, con la explotación de un bien público. Cuando se habla de bien público vale la pena recordar que su definición comprende dos frentes: el jurídico y el económico. Desde el punto de vista del Derecho es entendido como todo aquel destinado a satisfacer las necesidades de los asociados de una comunidad (Duguit, 1931).

113

Por otra parte, es el referente para abordar el concepto de bien público con una visión económica, entendiéndolo como aquel que es útil a varios consumidores y de su consumo no puede ser excluido nadie. Hoy por hoy, el medioambiente se ha visto afectado por un deterioro progresivo; ello debido a que su consumidor no ha sido capaz de asumir la totalidad de sus costos, situación que sin duda alguna lleva a que la sociedad en general sufra las graves consecuencias de este acto, que podría llamarse inhumano. Tal vez la situación particular radica en el hecho de saber que, al ser los bienes ambientales de todos, nadie tiene sus derechos de propiedad, lo que los hace ajenos a la asignación de un precio, que quizás lo lleve a ser utilizado eficientemente (Samuelson, 1954)

114 Los efectos causados al medioambiente, es decir, el impacto ambiental negativo, se deben a razones que entran en fricción con intereses de tipo económico, justificados en la necesidad de progreso de los Estados, aun se debe abordar y aclarar todo aquello que está relacionado con el desarrollo económico y no puede desligarse del de las sociedades que involucra, sin lugar a dudas, todas las necesidades del individuo. Particularmente, estos hechos dejan entrever la relación que existe entre la degradación del ambiente y la pobreza, cuando años atrás explicó Prakash (1997) que la pobreza estimula la sobreexplotación del medioambiente. No obstante, pretender encontrar un punto de compatibilidad en el progreso de los Estados y la protección de sus recursos naturales, parece utópico, pero debe recordarse que es un tema debatido y estudiado que devela grandes retos que poco se asumen, pero esta compatibilidad es el norte para la aplicación de teorías, principios y legislación vigente.

El planteamiento de Ferdinand Lasalle (1994) es puntual a la ocasión hoy objeto de estudio. Las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social". (p.66). Por analogía, se puede deducir que el derecho ambiental ha experimentado un gran desarrollo en Colombia y a nivel mundial, en cuanto a imperativos constitucionales legales, tratados, documentos vinculantes y otros no obligacionales, no obstante, si este producto legal no coincide con la realidad social traducida en bienestar, entonces es un contenido inane sostenido por la intención aparente de proteger el medioambiente.

Y en este punto se puede comprender cómo se pasa de una utopía a una necesidad de encontrar el punto de equilibrio entre los intereses económicos representados en la explotación desmedida de los recursos naturales frente a la conservación de la biodiversidad.

La estructuración de esta disquisición estará desarrollada de la siguiente manera: La primera parte, integrada por una breve reseña del derecho ambiental como respuesta a la crisis, partiendo de la referente normativa internacional y nacional, se alude a hechos históricos ligados al deterioro del medioambiente, con el fin de fundamentar la importancia de la actividad proteccionista a nivel global. En la segunda parte se analizará el concepto de desarrollo económico teniendo en cuenta los aspectos que motivan el interés en la producción y la captación de utilidades como objetivo inmediato, los cuales dejan en un segundo plano el costo ambiental. Por último, pero sin ser menos importante, se esbozará el concepto de desarrollo humano que integra todo lo pertinente al bienestar social, con el propósito de encontrar aspectos compatibles y equilibrados en la utilización de recursos para acrecentar riquezas que suplan las necesidades del ser humano bajo principios de racionalidad en la explotación de la naturaleza como bien finito.

115

LA RESPUESTA PROTECCIONISTA DEL DERECHO AL DAÑO AMBIENTAL

El deterioro ambiental es un tema debatido en la actualidad, pero ha buscado sus orígenes en diferentes etapas de la evolución del hombre y sus comunidades; se orienta a los siglos XVIII y XIX, momento histórico que deslumbró

por la creación de fábricas y empresas, la perfección en la producción de artículos necesarios para la subsistencia y el mejoramiento en la calidad de vida. La industrialización ha sido referenciada como el inicio del progresivo daño ecológico; no obstante, no puede ignorarse que fue un proceso necesario para conquistar otros escenarios donde los Estados migran de una economía basada en la agricultura a una fundamentada en el desarrollo industrial. El proceso de industrialización pasa a la historia como sinónimo de un avance; en este punto los impactos ambientales se convirtieron en sistemáticos, manejando niveles de responsabilidad muy bajos, opacados por intereses bélicos, políticos y económicos.

En este sentido

116

La preocupación por la preservación del medioambiente quedaba circunscrita a la defensa de determinados elementos, calificados hoy en día como ambientales, pero en aquel momento eran apreciados especialmente por sus repercusiones económicas o comerciales. (Amaya, 2012, p.73)

Entre 1939 y 1945 con la Segunda Guerra Mundial, se inician algunas inquietudes ecológicas, por ejemplo, “los pronunciamientos destacables van referidos a espacios naturales y a las riquezas biológicas de determinados enclaves que empezaron a verse afectados por la colonización” (Amaya, 2012, p.73)

Los impactos ambientales de la Primera y Segunda Guerra Mundial pueden ser interpretados como referentes históricos del deterioro de los recursos naturales debido a los estragos causados por las naciones implicadas en el conflicto

que alteraron la biodiversidad de amplios territorios. Sin duda alguna entre las consecuencias que arrostra el mundo por los conflictos se pueden mencionar; la destrucción del hábitat como sucedió en la guerra de Vietnam, en la cual las fuerzas militares estadounidenses hicieron uso de herbicidas y defoliantes conocidos como ‘agente naranja’ con el fin de destruir toda la vegetación y dejar al descubierto a los soldados enemigos. El uso de estos químicos afectó la vegetación, el suelo y la genética de las generaciones futuras, cuyos nacimientos presentaban padecimientos congénitos. Dichos efectos medioambientales se derivan del asentamiento de grupos de personas en nuevas áreas; la caza y la caza clandestina; y las armas biológicas, químicas y nucleares.

Ante los factores que dejaron al descubierto el desequilibrio ambiental relacionado con el desmejoramiento en la calidad de vida de las generaciones próximas, se generan inquietudes de distintos sectores, frente a la posibilidad de disminuir ostensiblemente los recursos naturales poniendo en riesgo la supervivencia.

117

Con el objetivo único de lograr contrarrestar en algo el daño causado al medioambiente surge Club Roma, una asociación independiente, sin ánimo de lucro que agrupa académicos, científicos, políticos, hombres de negocio y funcionarios, para diseñar modelos de sustentabilidad, el medioambiente, el crecimiento económico, el consumo de recursos, la paz, la seguridad y la demografía mundial. Así las cosas, el tema de sustentabilidad se ha configurado como un nuevo reto de carácter global y motivo de estudio para investigaciones y proyectos de índole mundial, regional y local.

Desde principios del siglo XX, se vislumbró el auge del derecho medioambiental en el seno de las naciones. Los Estados iniciaron a legislar sobre el tema, demostrando su compromiso en la protección del ambiente. No obstante, la tendencia se impone en los setenta con la Conferencia de Estocolmo (1972), que se llevó a cabo en el marco de las Naciones Unidas cuyo propósito principal es la protección del ambiente en relación con el ser humano, es decir, la protección del entorno.

Por considerarla de gran estima frente a la generalidad que guarda con los pronunciamientos posteriores se hace necesario analizar la primera proclamación de Estocolmo, informe de la conferencia de la ONU sobre el medio humano (1972) que dice:

- 118 El hombre es a la vez obra y artífice del medioambiente que lo rodea, el cual le da el sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente. En la larga y tortuosa evolución de la raza humana en este planeta se ha llegado a una etapa en que, gracias a la rápida aceleración de la ciencia y la tecnología, el hombre ha adquirido el poder de transformar, de innumerables maneras y en una escala sin precedentes, cuanto lo rodea. Los dos aspectos del medioambiente humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma. (ONU, 1972)

Este criterio orientador realza el desarrollo del ser humano en diferentes aspectos, sin dejar de lado el medioambiente como elemento indispensable para su plenitud. A pesar de que ha

sido un progreso científico que le da poder de cambiar su entorno, el bienestar de sí mismo y su existencia es inherente a la preservación del planeta. Por tanto, asegurar la continuidad del ambiente no representa una simple labor voluntaria, sino una obligación directa como antecesor a generaciones futuras que demandan recursos.

Ahora bien, el principio 8, establecido en la Conferencia, expresa en su tenor literal:

El desarrollo económico y social es indispensable para asegurar al hombre un ambiente de vida y trabajo favorable y crear en la Tierra las condiciones necesarias para mejorar la calidad de la vida. (ONU, Principio 8, 1972)

De lo anterior cabe señalar que el desarrollo debe ser entendido como aquellos factores que implican una evolución social para el individuo, tal como lo afirma el Banco Mundial (2014): El desarrollo social tiene como objetivo central las personas, e incluirlas en los procesos de desarrollo. Muchos de los damnificados tienen la percepción de que la pobreza no solo significa bajos ingresos; ella tiene un nexo con la vulnerabilidad, la exclusión, el aislamiento, las instituciones irresponsables frente a sus deberes, la falta de poder, sin dejar de lado el riesgo de la exposición a la violencia. 119

Siguiendo el marco de fundamentos jurídicos internacionales se puede destacar que Estocolmo y Río de Janeiro son por excelencia, documentos con posiciones e intenciones concretas entre los Estados, catalogados como protagonistas en la implementación de medidas medioambientales que influyeron en el ordenamiento interno.

Tocando un poco el plan nacional, en 1974 Colombia expide el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medioambiente. Posterior a ello la política exterior colombiana, según la Misión Permanente de Colombia ante la ONU en New York, reconoce el protagonismo de Colombia en el desarrollo de foros y acciones importantes de decisión mundial en las Naciones Unidas, en el campo ambiental, dentro de las cuales se destacan: la Comisión de Desarrollo Sostenible, las negociaciones de un Protocolo sobre Bioseguridad y las discusiones intergubernamentales sobre bosques.

120 Una de las respuestas ante la crisis ambiental fue abordada por el Informe Brundtland (1987), que define el concepto de desarrollo sostenible como aquel que es capaz de satisfacer las necesidades actuales sin comprometer los recursos y posibilidades de las futuras generaciones, es decir en palabras sencillas, infiere que cuando se habla de actividad sostenible se refiere a toda aquella que se puede mantener sin perjudicar a otros. Básicamente está invitando a replantear el concepto de desarrollo económico y sostenibilidad ambiental, a partir del avance o el progreso ante un costo ambiental alto e irrecuperable. Y este planteamiento esencial de esta disquisición pretende contrastar estos aspectos y determinar un punto de compatibilidad entre lo económico y lo ecológico.

El desarrollo económico, debe propender por analizar las políticas de desarrollo económico globalizador porque anteriormente la visión de desarrollo se limitaba a aspectos cuantitativos que crearon una brecha ostensible alejada del desarrollo humano, aunque existen razones o planteamientos justificativos de la economía en cuanto al subdesa-

rollo, progreso social y desequilibrio medioambiental. Sin embargo, el desarrollo necesita una visión amplia dotada de aspectos cualitativos como equidad, oportunidades de formación y empleo, y programas sociales a la población de mayor vulnerabilidad.

Siguiendo la línea preservacionista del medioambiente, se asiste a un escenario en el que el tema central continúa siendo el desarrollo sostenible. En la conferencia liderada por Naciones Unidas en Río de Janeiro (1992) se replantean los temas ambientales, logrando posicionarse como uno de los escenarios jurídicos con un contenido declarativo y vinculante; se logró que los Estados se comprometieran en temas relevantes como diversidad y cambio climático. Conviene hacer mención que el Estado colombiano ha diseñado un marco jurídico específico en tales temas, el cual incluye políticas públicas ejecutadas desde los Ministerios y todo lo comprendido al sector administrativo de medioambiente y desarrollo sostenible, entidades descentralizadas y corporaciones autónomas.

121

Para la década de los 90, se puede notar que la Declaración de Río de Janeiro fue un precedente en el derecho ambiental internacional porque consolida la concepción de la elaboración de políticas de desarrollo que incluyan aspectos ambientales, sociales y económicos. Se suman a ello factores como la protección a la salud, asentamientos humanos y la pobreza y establece criterios o lineamientos para traducir el concepto de desarrollo sostenible en acciones para todos los implicados; en este caso el Estado, los particulares, las instituciones, los sectores y grupos sociales.

Otro documento para señalar es la Declaración de Johannesburgo (2002), de contenido enriquecido en política e ideología para enfrentar el subdesarrollo invaluable, que resalta aspectos como el principio de dignidad; en el modelo de desarrollo sustentable en el punto 14 se alude a la globalización, que comprende: la movilidad de capitales la, integración rápida de capitales, y los aumentos en el flujo de inversiones, que pueden favorecer el modelo de desarrollo sustentable.

122 Asimismo, manifiesta que los beneficios y costos en materia no son equilibrados entre los países, lo cual significa que cualquier medida que regula el comercio para conservar la naturaleza constituye un retroceso en el camino correcto, lo que se ha llamado liberalización comercial, y es visto como una restricción arbitraria y encubierta al comercio. Y no se entiende como una consecuencia lógica de las necesidades de conservación ambiental (Bermejo, 2006).

Cabe añadir que la mencionada declaración ha sido catalogada como un documento político no vinculante para los gobiernos, por tanto, insuficiente, para los avances logrados en la Cumbre de Río de Janeiro.

Sin embargo, los antecedentes referenciados resultan exigüos si no se alude al Protocolo de Kyoto (2005), el protagonista de los instrumentos jurídicos vinculantes, cuyo tema central es el cambio climático; ha tenido gran receptividad e interés, a razón que todos los Estados han experimentado las consecuencias negativas por las emisiones de gases de efecto invernadero que causan el calentamiento global. Es un reto que no conoce frontera, ni intereses particulares, el impacto ambiental lo afronta el mundo. Cabe anotar que

este documento logró vincular a 187 países que ratificaron el acuerdo internacional y asumieron la responsabilidad como entes contaminantes.

Como última apreciación, el concepto de sustentabilidad puede tener contraposición por autores que consideran que el tema tratado de forma global puede resultar incongruente a la realidad de sociedades.

En ese orden de ideas, el concepto de desarrollo sustentable fue llevado a objetivo social deseado aparentemente por todo el mundo. Pero igual que otros como el de justicia social y libertad es un concepto que se presta para ser objeto de discusión y variadas interpretaciones, algunas incompatibles entre sí (Riechmann, 1995).

La sustentabilidad es un compromiso a nivel mundial enmarcado en la preservación del medioambiente, justicia social y desarrollo fundamentado en Tratados de aceptación mundial; estas directrices marcan el rumbo a cambios sustanciales de conservación, lo que representa un rediseño de políticas públicas a nivel local, entiéndase regional, departamental, municipal. Por tanto, es necesario implementar estrategias que permitan el resguardo de la cultura, costumbres y creencias de los pueblos, y que finalmente resulte exitoso en la adecuación de programas que reconozcan las particularidades y necesidades del individuo en su contexto.

Atendiendo las realidades del estado Colombiano, se pueden advertir como presupuestos legales pertinentes en materia medioambiental y desarrollo sostenible los siguientes:

- Decreto 2811 de 1974: enuncia cómo deben usarse los elementos ambientales y los recursos naturales renovables.

- Ley 99 de 1993, Ley del Medio Ambiente: establece la protección y recuperación de la biodiversidad.
- Ley 152 de 1994: establece la importancia de la sustentabilidad ambiental como uno de los principios generales que rigen las actuaciones de las autoridades nacionales, regionales y territoriales en materia de planeación.
- Bases para una política de población y asentamientos humanos - Ministerio del Medio Ambiente - 2001.
- Lineamientos para optimizar la política de desarrollo urbano en Colombia - Documento Conpes 3305 de 2004. Consejo nacional de política económica y social.
- Ley 1083 de 2006, sobre planeación urbana sostenible: Conservación, integración y bienestar para los pueblos de Latinoamérica.

124 Es de referir que los fundamentos constitucionales son novísimos en el ordenamiento jurídico colombiano; aunque lo anterior solo es una muestra de la producción normativa, se puede colegir que la responsabilidad del Estado y los particulares es un imperativo, reflejado también en la Constitución Política que expresa: “Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación” (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 8).

Partiendo de los preceptos constitucionales se precisa añadir que la *Constitución Verde*, como ha sido catalogada, reservó un acápite que establece un conjunto de garantías para la protección del ambiente, tal como se advierte en el título II capítulo 3 en los artículos 78 a 82 en materia de derechos colectivos y de medioambiente. De forma explícita el artículo 79 protege el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano y manifiesta la responsabilidad del Estado,

en la diversidad e integridad del ambiente y conservar las áreas de especial importancia ecológica (Constitución Política de Colombia, 1991).

No es menos importante resaltar lo estipulado en el artículo 80 constitucional, el cual consagra:

El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas. (Constitución Política, 1991, Art. 80)

125

En el mencionado precepto se evidencia la responsabilidad del Estado en el manejo de los recursos naturales de la nación y se deriva la obligación de diseñar políticas públicas proteccionistas, es decir, un equilibrio entre las actividades que representan un crecimiento económico y el desarrollo integral de la sociedad. Colombia siendo consecuente con su participación y vinculación en documentos esgrimidos por Naciones Unidas, eleva a rango constitucional la adopción del modelo de desarrollo sostenible, concepto acuñado por organizaciones internacionales.

Otro aspecto concebido en el mismo artículo, que especifica los controles que debe ejercer el Estado en la imposición de sanciones ante la ocurrencia de daños, se puede traducir en que la responsabilidad es conjunta entre Estado, personas

naturales y jurídicas, que en la realización de actividades puedan causar deterioro ambiental.

En lo concerniente al mecanismo judicial al cual pueden los administrados recurrir para la protección de estos derechos, se encuentra la vía de acción, acciones populares contenidas en el artículo 88 de la Constitución Política de 1991 y el artículo 2 de la Ley 472 de 1998.

Así las cosas, estas son entendidas como los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos, los cuales se ejercen para evitar daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible (Ley 472, 1998, Art. 2).

126

De forma específica la Ley 472 de 1998 enmarca el procedimiento de las acciones populares y de grupo, como aporte invaluable para materializar la protección de estos derechos de manera rápida y sencilla ante los estrados judiciales.

De conformidad a lo referido, es significativo acudir a las decisiones de la Corte Constitucional como máxima autoridad guardiana de la Constitución en materia de protección ambiental, una de ellas perteneciente a la década anterior que demuestra cómo los imperativos internacionales se encuentran en total armonía con el derecho interno. La República de Colombia, en su Corte Constitucional, Sentencia C-519 de 1994, declara Exequible el Convenio sobre Diversidad Biológica celebrado en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992, así como su ley aprobatoria, esto es, la Ley 165 del 9 de noviembre de 1994 atendiendo a la necesidad mundial para lograr el desarrollo sostenible.

Bajo la misma línea se encuentra, la República de Colombia, en su Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2007, donde se desarrolla el concepto de ecologización de la propiedad privada, es decir, la propiedad tiene función social y ecológica, otorgando responsabilidad a sus propietarios de respetar los derechos de todos los miembros de la sociedad en cuanto a las actividades realizadas o promovidas en el bien.

Por su parte, la República de Colombia, en su Corte Constitucional, Sentencia C-035 de 2016, deja ver el nuevo reto en protección al medioambiente, descubriendo los desaciertos de las autoridades ambientales, y de los gobiernos anteriores y presente, que manifestaron el exiguo sentido de pertenencia y responsabilidad en el aprovechamiento de recursos naturales y el cuidado de las zonas de mayor valor ecológico. Se resalta la importancia de los Páramos como bioma poco común que proporciona privilegios ambientales por ser reguladores del ciclo hídrico y capturar del carbono; otra característica para su protección en la vulnerabilidad, fragilidad y dificultad de recuperación de los ecosistemas. Por tanto, la Corte señala la obligación que tiene el Estado de brindar protección más amplia y especial, dirigida específicamente a preservar esta riqueza natural.

127

EL DESARROLLO ECONÓMICO EN COMPATIBILIDAD CON EL MEDIOAMBIENTE

No aplica como objetivo de este acápite restar protagonismo a los conceptos de desarrollo económico, desarrollo social y medioambiente, porque cada uno ha contribuido al progreso y continuidad del individuo en sociedad. También se precisa señalar que existen diferentes enfoques que desarrollan lo positivo o negativo de cada aspecto. Se pretenden clarificar

los conceptos a fin de ilustrar un criterio amplio que permita establecer connivencia entre los intereses económicos y la obligación imperativa de mantener una sostenibilidad ambiental.

Desde la simplicidad de lo que representa el interés del individuo a producir, se desencadena la explicación de aspectos que motivan al hombre en la acumulación de riqueza, y este aspecto es insoslayable para hallar respuesta a una realidad que sugiere una complejidad. Todo ser humano que realiza una actividad económica aspira que esta sea realmente lucrativa, está en la búsqueda constante de maximizar sus utilidades, el criterio de rentabilidad primará en gran medida sobre intereses de tipo social o ambiental. En líneas de Serna (2015):

128 ...el empresario trata de que la producción colocada en el mercado tenga por lo menos un mínimo de utilidad para ser vendida. De ahí que este tenga como punto vital de su actividad la convertibilidad en dinero de la producción vendida, mas no tiene en su inmediato interés la satisfacción directa de las necesidades sociales. (p.39).

Habida cuenta de lo anterior, el individuo bajo necesidades ya no básicas, pero sí importantes, ha labrado un devenir con protecciones legales a un conjunto de derechos económicos, por lo menos en los países de economía capitalista, que se encuentra bajo tres pilares fundamentales: la propiedad privada, la libre empresa y la libertad de competencia, protegidos todos constitucionalmente en Colombia.

Se debe considerar que la triádica ideológica antes mencionada corresponde a la concepción liberal que no solo se configuró

en el ámbito político sino también se dimensionó, vehementemente, en materia económica. Varios países del orden mundial asumieron este modelo, máxime, los ubicados en el continente americano, pues como se sabe Estados Unidos se erige como uno de los países insignia de este modelo.

Es preciso aludir a los movimientos que dieron inicio al liberalismo a nivel universal, países como Inglaterra, Francia y el ya mencionado Estados Unidos pasaron a la posteridad por ser epicentros de este modelo; cada uno de ellos aportó desde sus revoluciones políticas y sociales, aspectos diferentes, no obstante, consustanciados con la libertad. La característica principal del movimiento constitucionalista, como suele denominarlo Naranjo (2010), fue la racionalización del poder hasta ese momento ostentado por las monarquías absolutas, a su vez la creación de un documento en donde se establecieran los derechos, deberes y libertades ciudadanas, denominado Constitución.

129

En cuanto a los aportes que cada uno de estos Estados realizó se puede destacar en Inglaterra la Carta Magna de 1215, *habeas corpus*, la petición de derechos y el *Bill of Rights* o Carta de Derechos. Por su parte Estados Unidos inicia un proceso emancipador con la creación de las declaraciones de derechos en las trece colonias, destacándose Massachusetts y Virginia para posteriormente crear la Carta Política de Filadelfia en 1787. Es importante reseñar que fue en este país donde se instituyó por primera vez un sistema federal, y el mandato presidencial. En el caso de los franceses con la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano en 1789, se establece el derecho de propiedad privada; de ahí toma sentido el aspecto económico, pues la burguesía que

hasta antes de ese momento no contaba con esta garantía, pasa a apoderarse de ella, haciendo uso exclusivista, suele aquí presentarse una paradoja pues de ser clase subalterna y soslayada se transforma en dominante monopolizadora del poder económico.

De tal forma que el liberalismo, que tiene un importante apéndice político es también un modelo económico, ya que uno se deriva del otro; la libertad que en principio parecía una prerrogativa loable se tornó individualista; el ciudadano de los siglos XVIII y XIX advertía que nada ni nadie podía intervenir en su esfera personal. Como una obviedad se entiende que el Estado era un simple protector –Estado gendarme–.

130 A la vista de lo anterior se forma el clásico Estado liberal en el que existían libertades ciudadanas pero la economía estaba reservada para particulares; se genera el carácter privatista en las relaciones humanas y el Estado era un simple observador. Durante los años 80 se estableció una revaluación de las premisas “dejar hacer, dejar pasar”, propias del antiguo liberalismo, pues se instituyó el “más mercado menos Estado” muy característico en Estados Unidos, Inglaterra y la mayoría de países latinoamericanos.

Al establecer lo anterior, se acude al escenario histórico y político en el cual se apoyan los derechos y libertades de la actividad económica. Entendido este proceso como un paso necesario para motivar la economía de los países, estas garantías consagran la iniciativa de los particulares dentro de los límites del bien común y las responsabilidades pertinentes. Desde un punto de vista clásico del liberalismo se puede anotar que la intervención del Estado es mínima,

casi exigua. Aunque el sistema capitalista en la actualidad mantiene postulados liberales, ha revaluado el concepto de libertad, el cual permite realizar actividades de tipo económico de una forma libre, con la intervención del Estado no como óbice sino como garante de la racionalidad económica y la justicia social.

El uso del término desarrollo económico y –no de crecimiento económico– se debe a razones conceptuales que han sido debatidas alrededor de la década de los sesenta hasta la actualidad; para mayor especificidad se entiende por crecimiento económico el incremento del ingreso real *per cápita* medido a través del PIB –como principal indicador–, factores productivos –capital, fuerza de trabajo, comercio, consumo total, tasa de inversión–, que genera aumento de bienes y servicios. Estas apreciaciones cuantitativas evidencian la riqueza o pobreza en los países. No obstante, el proceso económico puede tener limitantes cuando los fines del crecimiento económico no corresponden con el desarrollo. En este punto se debe advertir que el desarrollo económico abarca los aspectos cuantitativos y los contrasta con las necesidades que debe suplir a fin de mejorar las condiciones socioeconómicas de la población.

131

Por su parte, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), en el área de desarrollo económico, tiene como objetivo la promoción de un crecimiento económico equitativo de largo plazo y la generación y asignación eficiente de recursos financieros para apoyar el desarrollo y la igualdad en los países de América Latina y el Caribe.

Es así como se puede afirmar que el desarrollo económico merece una proximidad con la protección del medioam-

biente, toda vez que con las bondades de rentabilidad que ofrece, el proceso económico afecta en gran manera el ritmo de renovación de los recursos naturales, siendo así causante de estragos ambientales cuando los excesos individuales – aumento de expectativas de rentabilidad– afectan el bienestar social. Esto representa un costo ambiental que en ocasiones no se asume por las partes implicadas. En este punto es necesario la participación de un ente jurídico capaz de evitar el detrimento de los intereses colectivos. En palabras de Serna (2015): “Dicho ente sería el Estado, quien lograría introducir el equilibrio más allá de la rentabilidad; de esta manera, el Estado aparecería como un ente que salva al capitalismo” (p.40).

132

Teniendo en cuenta lo expresado, conviene señalar que la exploración y explotación de los recursos naturales es una actividad económica en la cual se conjugan los aspectos anteriormente mencionados como la participación de multinacionales, con fines de acrecentar su capital; el Estado como garante de la economía interna y la protección de recursos naturales, y los habitantes de los territorios poseedores de las riquezas. Estos últimos en su mayoría han sido relegados debido a la falta de protección y garantía estatal sobre los efectos y riesgos que se derivan de la explotación del ecosistema, lo cual se puede apreciar en el contexto colombiano con la entrega de concesiones y licencias ambientales con mínimas exigencias para su adquisición, sumado a ello la flexibilización de trámites mal llamados simplificación cuando realmente le restan rigurosidad.

Se puede demostrar con el Decreto 2041 de 2014, cómo se ha acelerado el trámite de las licencias ambientales, pasando

de 24 meses de duración a solo 3 meses, dejando un tiempo escaso para la realización de estudios sobre los impactos ambientales. Este proceso de licenciamiento es realizado y finalmente otorgado por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA); al mismo tiempo debe anotarse que los informes técnicos solicitados a los interesados no es una pretensión sino es el medio legal que protege todo aquello que compone el ecosistema, ante la actividad económica que pretende realizarse. Es decir, no es un obstáculo para mantener activa la economía del país, es la garantía de un proceso realizado con el cuidado requerido en los preceptos constitucionales en materia ambiental como el disfrute del ambiente sano y la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible.

133

Lo expresado anteriormente es un escenario común donde se puede advertir, y es aquí donde surge el cuestionamiento de encontrar compatibilidad de objetivos opuestos: por un lado, el interés económico de aquel que realiza una actividad esperando una rentabilidad que devela una prioridad y por otro lado, el Estado en su rol garantista de derechos colectivos y de medioambiente.

De esta manera, se desprende la responsabilidad del Estado plasmada en la parte dogmática de la Carta Magna que ahora debe centrar su atención en la aplicación de estas garantías en su accionar teniendo en cuenta que para afrontar los desafíos actuales se precisa un ente jurídico capaz de compaginar las intenciones con la salvaguarda de los intereses sociales.

El Estado ejerce una función social importante para el progreso del conglomerado; esta se hace patente desde el surgimiento de los denominados Estados Sociales, cuyo fundamento fue el de la primacía del interés general sobre el particular. La característica más importante del referido es la de fortalecer los servicios básicos del ciudadano, es decir en salud, educación y trabajo. A su vez se entiende que el individuo ya no es un medio sino el fin del Estado y que por ende, este merece respeto y el cumplimiento de sus aspiraciones; esto último es a lo que se refiere la dignidad humana, fundamento de todo estado social.

134

Conviene expresar que el concepto social del Estado ha sido adoptado en Colombia; no obstante en la práctica es sutil, teniendo en cuenta los desaciertos que ponen al descubierto un Estado enredado en contratos con multinacionales que terminan alejándose del ciudadano, de las realidades sociales, que en medio de esa lejanía aumenta la brecha de desigualdades, transgresión de derechos y la indiferencia por la conservación de la biodiversidad; esta última entendida como un aspecto protocolario para obtener permisos.

En este punto, el Estado se muestra como causante de desequilibrios entre el desarrollo económico y la protección al medioambiente, toda vez que al facilitar las actividades económicas pierde sentido la adopción de tratados y normas proteccionistas, lo que se puede evidenciar en la falta de claridad en la protección de páramos en Colombia.

En este orden de pensamiento, entre 2002 y 2010, la superficie titulada para actividades mineras pasó de 1,13 a 8,53 millones de hectáreas, algunas ubicadas dentro de los páramos. Según el Código de Minas, está prohibida la

actividad minera en estos lugares, los cuales deben encontrarse delimitados teniendo en cuenta los factores sociales, económicos y ambientales.

En Colombia existen varios territorios con gran riqueza natural, donde sus habitantes se han visto mínimamente beneficiados con empleos derivados de la minería que les permite sobrevivir, entre estos tenemos el municipio de Vetás; el Páramo de Santurbán, ubicado en Norte de Santander y Santander, el cual comprende varias localidades, y el municipio de California. Actualmente median procesos estudiados por la Corte Constitucional, e investigaciones realizadas por las autoridades ambientales en Colombia, aunando esfuerzos para solucionar la situación compleja que ha desencadenado efectos ambientales y socio económicos debido a las inconsistencias.

135

No puede ocultarse que parte de estas responsabilidades se derivan del Estado que ha perdido su norte, es decir ha desconocido sus fines y por tanto ha inclinado la balanza a los particulares que ejercen las actividades de explotación. No obstante, se precisa hacer mención de los gobiernos que han favorecido la actividad económica; es el caso del gobierno de 2002-2010 del presidente Uribe Vélez en el cual aumentó ostensiblemente la entrega de títulos mineros, seguido del gobierno de Santos Calderón (2014-2018), en el cual se expide el Plan de Desarrollo por la Ley 1753 de 2015, la cual permitía la minería en los páramos que habían obtenido los permisos pertinentes antes de febrero de 2010. Como reza el artículo 173 en su parágrafo 1.

Al interior del área delimitada como páramo, las actividades para la exploración y explotación de recursos naturales no renovables que cuenten con contrato y licencia ambiental con el instrumento de control y manejo ambiental equivalente, que hayan sido otorgados con anterioridad al 9 de febrero de 2010 para las actividades de minería, o con anterioridad al 16 de junio de 2011 para la actividad de hidrocarburos, respectivamente, podrán seguir ejecutándose hasta su terminación, sin posibilidad de prórroga.

136 A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las autoridades ambientales deberán revisar las Licencias Ambientales otorgadas antes de la entrada en vigencia de la prohibición, en las áreas de páramo delimitadas, mismas que estarán sujetas a control, seguimiento y revisión por parte de las autoridades mineras, de hidrocarburos y ambientales, en el marco de sus competencias y aplicando las directrices que para el efecto defina el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (Ley 1753, 2015, Art. 173).

Por lo anterior, la Corte a través de la República de Colombia, en su Corte Constitucional, Sentencia C-035 de 2016 ha considerado:

La libertad económica y los derechos de los particulares a explotar los recursos de propiedad del Estado deben ceder debido a tres razones principales. En primer lugar, debido a que los páramos se encuentran en una situación de déficit de protección, pues no hacen parte del sistema de áreas protegidas, ni de ningún otro instrumento que les provea una protección especial. En segundo lugar, los páramos cumplen un papel fundamental en la regulación del ciclo del agua potable en

nuestro país, y proveen de agua económica y de alta calidad para el consumo humano al 70% de la población colombiana. En tercera medida, los páramos son ecosistemas que tienen bajas temperaturas y poco oxígeno, y que se han desarrollado en relativo aislamiento, lo cual los hace especialmente vulnerables a las afectaciones externas. Finalmente, la Corte concluyó que el parágrafo del artículo 173 no provee una protección real mediante instrumentos jurídicos reafirmando el déficit de protección. (República de Colombia, Corte Constitucional, C-035, 2016)

Con lo expuesto, se puede evidenciar que las riquezas naturales en Colombia se encuentran vulnerables ante los impactos ambientales, que pasan desapercibidos para las instituciones a cargo; sumado a ello, las investigaciones al respecto han sido motivadas por los negativos efectos socio económicos que asumen los habitantes de estas áreas, debido a que los estudios técnicos de los páramos realizados por el Instituto Humboldt hacen referencia a las condiciones biológicas y físicas de altitud, tipos de vegetación, suelos y temperaturas, pero carecen de información sobre las condiciones sociales y económicas de las comunidades aledañas.

137

Considerando por un lado, la economía de un país que se encuentra en un proceso de desarrollo, y por el otro, la influencia de multinacionales, se requiere buscar el reconocimiento de factores económicos como medio para conseguir los fines y no lo que hasta ahora prima, el crecimiento como un fin que privilegia a pocos. Y es esencialmente el Estado el que puede orientar la dinámica de la utilización de recursos naturales.

Aunque sin pretender dejar exentos de responsabilidad a los particulares, se debe observar que en un sistema capitalista donde prevalece la producción y ganancia, tal como lo menciona Serna (2015) desarrollando planteamientos de Godelier (1979, citado por Serna, 2015, p.68) menciona que:

el sistema capitalista de producción tiende al desarrollo ilimitado de las fuerzas productivas y de la acumulación del capital; pero este desarrollo está regido por la búsqueda de la utilidad y no por la satisfacción de las necesidades de la sociedad.

Por tanto, es responsabilidad estatal ejercer control y vigilancia a todo aquello que pueda causar un detrimento del bien común.

138

La razón de mantener límites en la actividad económica es evitar cualquier monopolio que pueda ser consolidado por intereses de pocos, en ocasiones de inversionistas extranjeros que reducen sus intereses a la rentabilidad; generando desequilibrios que solo pueden ser balanceados por el Estado. En consonancia con Godelier (1979), los desequilibrios son controlados por el Estado, que a través de su intervención puede llegar a ajustar el modo de producción capitalista. Esta es la fórmula conveniente para mantener incólume los fines esenciales del Estado, consagrados en el artículo 2 de la Constitución Política de Colombia.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, es necesario aludir al desarrollo humano y bienestar al cual está llamado todo individuo derivado de sus derechos naturales hoy positivados en nuestra máxima norma. El desarrollo

humano en líneas de Silva (2013), es comparado con el crecimiento dando luces conceptuales y diferenciales así:

el crecimiento es creación social de riqueza, disponibilidad de los bienes y servicios necesarios para vivir, o sea producción de medios; el desarrollo implica la distribución equitativa de la riqueza creada, la utilización de esos bienes y servicios para que los seres humanos puedan vivir mejor. (p.124)

El informe sobre desarrollo humano del año 2015, enriquecedor valorar en este punto, rotuló que este se centra en mejorar la vida de las personas, en lugar de profesar que el crecimiento económico llevará de forma automática a mejores oportunidades para todos. Si bien es cierto que es un importante medio para el desarrollo, no es un fin en sí mismo. Continúa señalando los tres aspectos esenciales del desarrollo humano. Así por ejemplo habla de vivir una vida sana y creativa, adquirir conocimientos y tener acceso a los recursos que proporcionan un nivel de vida digno. Sin duda alguna, existen otros aspectos importantes, especialmente aquellos que crean las condiciones necesarias para el desarrollo humano, como la sostenibilidad medioambiental y la igualdad entre hombres y mujeres (Selim, 2015).

139

Estos aspectos solo pueden fortalecerse por el Estado-Nación, que participe en los procesos socioeconómicos globales, bajo el propósito de fortalecer la economía nacional, vulnerable en países que se encuentran en proceso de desarrollo. El Estado-Nación como “una serie de factores que van más allá del simple concepto de población o del vínculo político o jurídico con un Estado...//...contribuyen factores ante todo de orden histórico, cultural y sociológico” (Naranjo, 2010,

p. 90). Es decir, un Estado regulador que pueda armonizar sus fines con la realidad existente, donde deben primar las necesidades de la sociedad y utilizar los bienes y servicios generados por el crecimiento económico.

Se reitera la necesidad de la intervención de Estado porque dentro de la actividad económica, el medioambiente y las necesidades socioeconómicas no son prioridades, sus intereses esenciales no se encaminan a ello; en ocasiones pueden exceder sus límites.

La participación del Estado no ha sido desconocida por teóricos epónimos de la economía de mercado como Adam Smith, que con todas sus ideas liberales no olvidó que el mercado necesita tanto apoyo como restricciones de las instituciones para evitar efectos sociales como la pobreza.

140

Retomando la idea central, el Estado colombiano se encuentra fundamentado constitucionalmente en su parte dogmática y orgánica, en un cúmulo de preceptos que lo revisten de autoridad para brindar el equilibrio de la actividad económica y el bienestar, tomando como referencia la Carta Magna que establece:

La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportuni-

dades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso, el gasto público social será prioritario... (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 334).

Por último, el desarrollo humano se traduce en el bienestar de los individuos pertenecientes a un determinado lugar. Para materializar el buen vivir se precisa un Estado capaz de promover y garantizar acciones que propendan por una prosperidad económica estable, capaz de transformarse el medio y reducir la desigualdad, la pobreza, la falta de oportunidades, la inequidad. Es decir, todo aquello que el individuo necesita para su existencia, iniciando con la protección de sus derechos naturales y todo lo que guarda relación con su preservación.

141

Dentro de estos derechos se encuentra la conservación al medioambiente, como elemento vital para la calidad y permanencia del individuo y su entorno. De ahí la importancia de cómo este se visualiza, se concibe su utilidad y el valor que se le da. Este último se ha transformado en aspectos cuantificables para imponer costos ambientales a los responsables; no obstante, existen imprecisiones entre el valor retribuido y la necesidad que a futuro puede resultar impagable o compensada, teniendo en cuenta que la explotación de recursos de lenta renovación, recibe impactos acelerados por las nuevas tecnologías implementadas a estas prácticas. Es decir, el hombre ha sobrecargado el planeta para suplir

necesidades básicas y un ingente deseo de acumulación de riquezas que no se refleja en el buen vivir de la humanidad.

En conclusión, el ser humano se encuentra envuelto en un espejismo de prosperidad material, que le ha generado una separación y un divorcio de su medioambiente. En la actualidad existen territorios que logran experimentar la complejidad de estos estragos, muchos de ellos irreversibles, otros en menor proporción los vivencian. No obstante, el costo ambiental ya ha comenzado a hacer mella en la calidad de vida del individuo y en la variedad de flora y fauna que componen el mundo.

142 Se colige, que las multinacionales y particulares en general, motivadoras de las actividades de explotación de recursos, deben asumir responsabilidades y así lo establecen los sistemas normativos nacionales e internacionales, pero en ocasiones los gobiernos desconocen los fines del Estado, para acomodar licitaciones, permisos... en resumidas cuentas, facilitar la contratación estatal, inclinada a los particulares.

Otro aspecto de gran estima para considerar, es la economía ambiental como una rama de la economía, que aporta soluciones de tipo cuantitativo a los impactos ambientales. Es importante la injerencia de la economía en materia ambiental, toda vez que de esta no solo se esperan respuestas numéricas al costo ambiental, sino la posible armonía entre la economía y la visión proteccionista medioambiental.

Para lograr el objetivo de compatibilidad del desarrollo económico y medioambiente, se precisa recurrir a ideologías tecnocéntricas y ecocéntricas, las cuales establecen parámetros de explotación de recursos, bajo el concepto de desarrollo sostenible, que revisten al medioambiente de valor

instrumental y al hombre como artifice de su entorno que asume responsabilidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Amaya, O. (2012). *El desarrollo sostenible y el derecho fundamental a gozar de un ambiente sano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Artaraz, M. (2002). Teoría de las tres dimensiones de desarrollo sostenible. *Revistas Ecosistemas*, 11(2). ISSN 1697-2473. Asociación Española de Ecología Terrestre.

Bermejo, R. (2006). *Libre comercio versus sostenibilidad, en la protección de los bienes comunes de la humanidad*. Madrid: Editorial Trotta.

Bermejo, R. *Globalización económica y medioambiente*. Recuperado en: <http://www.unescoetxea.org/dokumentuak/RobertoBermejo.pdf>

Código Civil de Colombia. Recuperado en: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Colombia.pdf

Constitución Política de Colombia. Bogotá, Colombia: Ediciones Ecoe. 143

Corte Constitucional (21 de noviembre de 1994). Sentencia C-519. [M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa].

Corte Constitucional (25 de septiembre de 2007). Sentencia T-760. [M.P.: Clara Inés Vargas Hernández].

Corte Constitucional. Sentencia C-035 de 2016.

Corte Constitucional. Sentencia T-271 de 2010. M.P.: María Victoria Calle Correa.

Cumbre de Johannesburgo. (2002). Recuperado en: http://www.un.org/spanish/conferences/wssd/cumbre_ni.htm

Chinchilla, T. (2009). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

De Tocqueville, A. (2007). *La democracia en América*. Madrid, España: Ediciones Akal S.A.

Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano (Declaración de Estocolmo). (1972). Recuperado en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2005.pdf>

- Declaración de Río sobre el medioambiente y el desarrollo (1992). Recuperado en: http://www.cedaf.org.do/eventos/forestal/Legislacion/Inst_internac/DECLARACION_RIO.pdf
- Desarrollo Social. Recuperado en: <http://www.bancomundial.org/es/topic/socialdevelopment/overview>
- Díaz, R. (2016). El fracaso de Santurbán. *Semana*, 14, 10-16.
- Duguit, L. (1931). *Tratado constitucional*. Paris: Broccad.
- Fajardo Suárez, F. (2016). Productividad industrial enemiga del medioambiente: Reflexiona aún hay tiempo. *Rayox*, 5-10.
- Informe sobre Desarrollo Humano (2015). Recuperado de: <http://hdr.undp.org/es/content/%C2%BFqu%C3%A9-es-el-desarrollo-humano>
- Lasalle, F. (1994). *¿Qué es una Constitución?*. Bogotá, Colombia: Talleres de Gráficas Modernas.
- Los efectos de la guerra en el medioambiente. Recuperado en: <http://vidamasverde.com/2013/los-efectos-de-la-guerra-en-el-medioambiente/>
- Naranjo, V. (2010). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Política exterior colombiana en materia de medioambiente. Recuperado en: <http://nuevayork-onu.mision.gov.co/politica-externa-colombiana-materia-medio-ambiente>
- Prakash, S. (1997). Poverty and Environment Linkages in Mountains and Uplands: Reflections on the 'Poverty Trap' Thesis. *CREED Working Paper*, 1-36.
- Protocolo de Kyoto. Recuperado en: http://unfccc.int/portal_espanol/informacion_basica/protocolo_de_kyoto/items/6215.php
- República de Colombia. Ley 472 de 1998. Acciones Populares y de Grupo.
- República de Colombia. Ley 685 de 2001. Código de Minas.
- República de Colombia. Ley 99 de 1993. Ministerio de Medioambiente.
- Riechmann, J. (1995). *Desarrollo sostenible; la lucha por la*

**Compatibilidad entre el desarrollo económico
y la protección al medioambiente**

- interpretación*. Recuperado en: <http://www.istas.ccoo.es/descargas/desost.pdf>
- Samuelson, P. (1954). The Pure Theory of Public Expenditure. *The Review of Economics and Statistics*, 387-389.
- Selim, J. (2015). *Informe sobre Desarrollo Humano 2015*. Nueva York: PBM Graphics.
- Serna, C. (2015). *Racionalidad económica y medioambiente*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez S.A.
- Silva-Colmenares, J. (2013). *Nuevo modo de desarrollo*. Bogotá, Colombia: Ediciones Aurora.
- Smith, A. (1759). *Teoría de los sentimientos morales*. Traducido. R. Meléndez. Editorial de Antioquia. ISBN: 978-958-714-522-9.

Cómo citar este capítulo:

Carvajal-Muñoz, P., León-García, M. V., Palencia-Ramos, E. & Usta Caicedo, J. D. (2017). Compatibilidad entre el desarrollo económico y la protección al medioambiente. J. Enamorado Estrada & D. del C. Navarro Suárez (Comp.) *Perspectivas ambientales contemporáneas* (pp.107-145). Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

Incredulidad ciudadana en la Administración Pública a la luz del conflicto de tierras en Colombia*

Carolina Isaza-Zuluaga¹
Doris del Carmen Navarro-Suárez²
Magda Ligia Djanón-Donado³

* Este capítulo derivado de la tesis doctoral. La reconstrucción de la identidad de las víctimas del conflicto armado en situación de desplazo en la región Caribe colombiana. Caso las Palmas realizado por la doctora Doris del Carmen Navarro Suárez con la Universidad Autónoma de Nuevo León, México.

- 1 Abogada Universidad del Rosario. Especialista en Negociación, Conciliación y Arbitraje y Magister en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-CEPC-Madrid, España. Profesora-Investigadora de la Universidad Simón Bolívar, Barranquilla. Conciliadora-Centro de Conciliación y Arbitraje “Ana Bolívar de Consuegra”. Adscrita al grupo de investigación Derechos Humanos, Tendencias Jurídicas y Socio-jurídicas Contemporáneas -línea Perspectivas y Retos del Derecho Constitucional y Administrativo.
cisaza@unisimonbolivar.edu.co
ID orcid.org/ 0000-0001-6322-2469.
- 2 Abogada, Universidad de la Costa. Especialista en Derecho del Medioambiente, Universidad Externado de Colombia. Magister en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia. Doctorante en Filosofía con Orientación en Ciencias Políticas de la Universidad Autónoma de Nuevo León México. Docente investigadora del Programa de Derecho, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla. Adscrita al grupo de investigación Derechos Humanos, Tendencias Jurídicas y Socio-jurídicas Contemporáneas-Línea Tendencias Ambientales Contemporáneas-Perspectivas y Retos del Derecho Constitucional y Administrativo.
dnavarro1@unisimonbolivar.edu.co
ID orcid.org/0000-0002-7865-9433.
- 3 Abogada, Universidad Simón Bolívar. Conciliadora, Magister en Derecho Administrativo, Universidad Libre, Bogotá. Doctoranda en Derecho Universidad Libre-Bogotá. Profesora de Pregrado y Posgrado Docente investigadora adscrita al grupo de investigación Derechos Humanos, Tendencias Jurídicas y Socio-jurídicas Contemporáneas.
mdjanon@unisimonbolivar.edu.co
ID orcid.org/0000-0002-3724-395X.

INTRODUCCIÓN

148 Como parte del vacío de Acción Pública acumulado de años, la inexistencia del Estado sobre las causas de la violencia en Colombia, algunos autores que esta se debe –más que a la pobreza– a la inequidad y vacío de poder de un Estado débil como un motivador social de gran fuerza. López y García (2000) afirman que, en la resolución de los grandes, medianos y elementales problemas de la sociedad y la duración sin fin de un conflicto armado de insurgencia al margen de la ley de más de seis décadas, la población en Colombia tiene una visión incrédula frente a los ejercicios de la Administración Pública para la resolución de la problemática. Esto ha generado, por acumulación, una cultura victimológica que, como aquí se expondrá, podría cambiarse a través del elemento fundamental del perdón.

Realizar un estudio sobre dicha cultura victimológica exige la iniciación de la temática con una primera aproximación desde el contexto histórico del conflicto armado colombiano para aterrizarlo en lo que consideramos la verdadera protagonista de esta historia: la víctima, que, como concepto, debe ser analizada tanto desde la perspectiva individual como la colectiva, tomando como ejemplo casos exitosos de procesos de paz logrados en posconflictos dados en otras latitudes donde se ha logrado la reconciliación ciudadana. En ese sentido, la sociedad colombiana ha aprendido –quizá como ninguna otra– a convivir con una violencia crónica, endémica, permanente; esta se ha convertido en una solución para múltiples y variados conflictos sociales y políticos; pareciera entonces que para los colombianos la violencia es también una forma de relación social (López y García, 2000, p.37).

En un contexto histórico, se busca plantear un cambio en el que la víctima logre abolir el rótulo perpetuo que, en razón de una consagración legal, se le imprimió en Colombia al registrarla como tal para que, por el contrario, asuma su rol de ciudadano en toda su extensión y no por el efecto discriminatorio de ser el sujeto pasivo de un acto o hecho victimizante. Como menciona Fernández (2002), desde una mirada histórica:

La historia colombiana es sin duda prolífica en esta dirección, con relaciones estrechas en el acontecer político de los años 60s en que surgen las guerrillas revolucionarias y repercusiones hacia el hoy colombiano. Una relación con antecedentes remotos en nuestra historia política, que se da, con las guerras civiles del Siglo XIX entre los nacientes partidos, el Liberal y el Conservador, quienes desde muy temprano en nuestra historia republicana apostaron sus proyectos políticos a las armas, a través de las cuales comenzó ese largo tránsito de relación y entrecruzamiento entre violencia y política. Que continúa con las ‘insurrecciones pueblerinas’ del naciente partido político de izquierda, el Partido Socialista Revolucionario antecesor del Partido Comunista, en los años 20s del presente siglo y en las cuales esta agrupación de izquierda acude, como lo habían hecho antes los partidos políticos tradicionales, al recurso de las armas para hacer política. Posteriormente va a ser ese período de nuestra historia reciente que conocemos como la ‘Violencia’ y en el cual los dos partidos tradicionales, el Liberal y el Conservador, de nuevo volvieron al uso de las armas por razones o con

pretensiones políticas, sólo que en esta ocasión no lo realizaron de manera formal, declarando una guerra civil, sino a través de los grupos de guerrillas liberales y conservadoras. Ese desangre colectivo se va a resolver mediante la figura del 'golpe militar', pero lo anterior dejó como secuela un período de bandolerismo, con ribetes en algunos casos de 'bandolerismo social' por sus pretensiones justicieras y los apoyos locales que en algunos casos estos comportamientos generaron (p.16)

150 Para el logro de lo anterior, se busca la eliminación del concepto de víctima, el entendimiento de la solución a la problemática desde la perspectiva de la corresponsabilidad nacional, el afianzamiento de una nueva convivencia nacional, el entendimiento de una visión colectiva de futuro y la búsqueda de la paz que tenga un efecto tranquilizador. Sin embargo, no podría faltar dentro de la enumeración de estos elementos el perdón como aspecto esencial para el cambio del pensamiento cultural, tanto en la víctima como en el colectivo social, con efecto de obtener una verdadera reconciliación en Colombia.

La Violencia es la guerra civil que tuvo lugar en Colombia entre 1945 y 1965. De acuerdo con Daniel Pécaut, ésta no pertenece ni a las revoluciones ni a las contra-revoluciones, donde la idea de ruptura está siempre presente. La Violencia, contrariamente, está inscrita en la continuidad. Se inicia por la voluntad de preservar o restablecer un orden político; prosigue con una mezcla de estrategias ofensivas y defensivas; y termina dejando una situación aparentemente inmodificada, conformada por las mismas estructuras sociales, las

mismas alianzas partidistas, la misma precariedad del Estado Central. Sólo el lenguaje de la repetición parece el adecuado para describirla, y principalmente, el de la repetición de las luchas partidistas. (Fernández, 2002, p.16)

Como es ampliamente conocido, Colombia ha padecido un conflicto interno armado de más de seis décadas; pero ahondando un poco más en esta observación histórica, se advierte que el escenario de violencia existe desde el mismo momento en que nace como república independiente. Este sustrato factual ha fomentado que el individuo que ha padecido actos violentos y agresivos para sí, su familia y/o sus bienes inexistan de forma absoluta para el Estado, encontrándose alejado de la posibilidad del resarcimiento por vía judicial –nacional e internacional– a través de indemnizaciones patrimoniales. Hoy por hoy en Colombia, y como consecuencia del Proceso de Paz que se adelantó con una de las guerrillas más antiguas y combativas del mundo, las FARC-EP, se hace cada vez más posible que el Estado colombiano tenga fuertes motivaciones para promover esas indemnizaciones.

151

Esta indemnización la entienden los Principios de la ONU sobre el Derecho a una Reparación como “dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva [...] en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición”. Una adecuada y completa restitución no podría estar por debajo de incluir el derecho al

“regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes” (Deng, 2014, p.14).

En nuestro país se han expedido multiplicidad de leyes para el reconocimiento a las víctimas, y estas mismas normas también han cambiado los términos en que se reconocen a estas personas. Actualmente, se está bajo la vigencia de la Ley 1448 de 2011, cuyo objeto muestra un sendero en esencia indemnizador al establecer:

152

(...) La presente ley tiene por objeto establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas, en beneficio de las víctimas de las violaciones contempladas en el artículo 3° de la presente ley, dentro de un marco de justicia transicional, que posibiliten hacer efectivo el goce de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición, de modo que se reconozca su condición de víctimas y se dignifique a través de la materialización de sus derechos constitucionales.

Con fundamento en la Ley 1448, se ha puesto en marcha una política pública para el cumplimiento de lo ordenado en ella, pero, ante todo, para hacer cumplir lo que autos, fallos y sentencias de la Corte Constitucional han ordenado en ejercicio de su función como órgano supremo que interpreta y guarda la Constitución Política de Colombia.

El hecho de que el Estado no impidiera los desplazamientos forzados llevó a la Corte Constitucional a dictar varias sentencias, entre ellas la República de Colombia, en su Corte Constitucional, Sentencia T-025

en 2004, que concluyó que la política estatal sobre el desplazamiento constituía un “estado de cosas inconstitucional”. En 2005, el gobierno elaboró un plan de acción nacional para abordar algunos de los motivos de preocupación planteados por la Corte Constitucional, incluidas las medidas para promover el acceso a la tierra y la restitución de tierras, así como la formalización de la propiedad de la tierra. No obstante, la República de Colombia, en su Corte Constitucional, desde su Sentencia T-025, la Corte Constitucional ha criticado repetidamente a las autoridades colombianas por no cumplir sus órdenes respecto a la población desplazada, incluidas las relativas al acceso a la tierra, y por no proporcionar a la Corte la información necesaria para que pudiera evaluar mejor el grado de cumplimiento de la T-025. Deng, 2014, p.17)

153

Este documento se centra en la política pública establecida por la Ley 1448 de 2011, desde la perspectiva y la acción de la Administración y el Estado colombiano, actuando como un todo incluyente, de conformidad con lo ordenado por el artículo 113 constitucional, sabiendo que la colaboración armónica de los poderes públicos para el logro de los fines del Estado tiene como finalidad el bienestar general con protección y prevalencia de los derechos fundamentales de los asociados, la prevalencia de los principios democráticos de libertad, igualdad, vida digna, debido proceso, economía, eficiencia, eficacia, participación ciudadana y, sobre todo,

la justicia como valor y principio de realización de nuestra sociedad.

LA POLÍTICA PÚBLICA DE LA LEY 1448 DE 2011. LAS VÍCTIMAS Y LA RESTITUCIÓN DE SUS TIERRAS

La actividad de la Administración Pública se desarrolla en los conceptos de derechos humanos, política, conflicto armado, sociedad, Estado y moral para poder cumplir con sus funciones administrativas frente a la población colombiana que ha sido víctima del conflicto armado.

154 Como señala Amnistía Internacional, una de las causas fundamentales del conflicto armado interno que azotó por 50 años a Colombia se debió a la violenta lucha para controlar el territorio por motivos económicos, militares y políticos, unida a los altos niveles de pobreza rural y a la elevada concentración de la propiedad de la tierra en manos de un número relativamente reducido de propietarios. Se ha dado mostrado un ‘apetito insaciable’ por lograr y mantener el control sobre ciertas porciones del territorio que consideran fundamentales para sus intereses. El reclamo por el control de la tierra en Colombia proviene de diferentes frentes: Fuerzas de seguridad, paramilitares, grupos guerrilleros, élites políticas y empresariales, narcotraficantes y demás grupos al margen de la ley (Amnistía Internacional, 2014, p.4).

El control sobre el territorio por parte de los diferentes actores y grupos violentos ha permitido que proyectos de infraestructura a gran escala y las empresas de agroindustria, agrocombustibles y extractivas, nacionales e internacionales, se hayan beneficiado con bastante frecuencia de la violación a los derechos humanos consistente en el desplazamiento

forzado y el acaparamiento de tierras, mediante la expulsión de comunidades de zonas estratégicas elegidas para su explotación. Por muchos años, los actores de la violencia amenazaron y mataron a civiles en el escenario de la explotación de los recursos económicos, expulsándolos de sus tierras (Amnistía Internacional, 2014). El propósito de esta dinámica era lograr la sumisión total de la población local.

Evidencia de la rampante violación a los derechos humanos está en el reconocimiento de que, por ejemplo, el acceso a la tierra les permite a los campesinos satisfacer sus derechos fundamentales, lo cual es esencial para la supervivencia diaria y el bienestar de estas comunidades. La tierra es para las comunidades rurales su recurso más importante a la hora de hacer realidad sus derechos económicos, sociales y culturales, los cuales están vinculados –también– a la realización de sus derechos a la alimentación, el agua, el trabajo y la vivienda. Solo los pueblos indígenas tienen internacionalmente reconocido como tal el ‘derecho a la tierra’, pero el derecho a la propiedad y el no verse afectados en ella sí está consagrado en variados instrumentos internacionales. Es claro que, si bien no existe un derecho humano a la tierra en sí mismo, sí existen derechos relacionados con él, como son el derecho a un nivel de vida y vivienda adecuada, el derecho al trabajo, a la salud y la alimentación (Amnistía Internacional, 2014).

155

Aunque hay derechos a la propiedad fundamentalmente vinculantes, no existe ningún instrumento internacional jurídicamente vinculante que garantice la restitución de tierras para las comunidades que han

sufrido desplazamiento forzado. No obstante, todas las víctimas de violaciones de derechos humanos tienen derecho a un recurso efectivo. Este derecho ha sido reconocido por una serie de tratados internacionales y regionales de derechos humanos, como la DUDH, el PIDCP, el PIDESC, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer o la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como por el derecho internacional consuetudinario. El derecho a un recurso efectivo incluye el derecho de las víctimas a una reparación adecuada, efectiva y sin demora por el daño sufrido. (Amnistía Internacional, 2014, p.12)

156

Conocer la verdadera situación política de los Derechos Humanos en Colombia y Latinoamérica suele convertirse, en términos generales, en un acto de verdadera interpretación mística, pues si bien la realidad que observamos *in situ* no corresponde con los informes de la observadora internacional *Human Rights Watch*, reportes que parecerían ser el instrumento oscuro de grupos económico-políticos con intereses bien definidos.

El desconocimiento de la realidad política no es solo una carencia de *Human Rights Watch* sino del común de los colombianos a quienes poco importa saber qué dice y cuáles son las repercusiones de los informes anuales de esa entidad supranacional. La explicación de semejante apatía frente a dicha situación puede encontrarse en la repetitiva realidad a la que la población se ha acostumbrado a vivir desde tiempos inmemoriales; ejemplo de lo cual se encuentra: violencia indiscriminada de los actores armados, desplazamiento de

sus territorios, violencia por la pobreza que agota hasta al más paciente convirtiéndose en un violador de los derechos fundamentales (en el entorno familiar, de la comunidad y el espacio territorial), violencia de los medios de comunicación (los que ahora, además, tienen la capacidad de suplir al Estado y a las leyes, estableciendo el sentido de la política, los fallos judiciales en casos concretos y los candidatos a las elecciones). En este sentido se expresó Gerry Stoker (1992-1997), cuando refiriéndose al “Buen gobierno” hacía mención de que a lo público y a los medios de comunicación les faltaba un marco de legitimación.

La conciencia social colombiana se encuentra altamente cargada de información sobre violación a los derechos humanos, razón por la cual no muestra reproche alguno o sensación de malestar por lo inhumano que acontece con el otro conciudadano. Pareciera que los ciudadanos de este país se han convertido en complacientes autómatas de los medios de comunicación, de los fallos ilícitos, de los falsos positivos, de la trata, desaparición y el desplazamiento forzado de personas, del narcotráfico, de los secuestros, de la tortura, de la venta de armas de guerra. Es decir, existe un claro acostumbramiento como colectivo, como ciudadanía, a las formas ilegales y corruptas de obrar como sociedad.

157

En ampliación de esta idea, podría afirmarse que:

Una paradoja mayor atraviesa el desarrollo de la sociedad colombiana a partir de los años noventa, y es que, junto con la consagración de los derechos fundamentales, la ampliación formal de los derechos sociales y el reconocimiento de derechos específicos a las minorías étnicamente diferenciadas, justo durante esa época se produce

un mayor recrudecimiento de la violencia política y un aumento en los índices de otro tipo de violencias que normalmente se las considera culturales o, simplemente, delincuenciales. El asunto es que, mientras la convocatoria al constituyente primario de 1991 parecía el efecto de un consenso que debería crear un clima de armonía social, en realidad sucedió todo lo contrario. Esta incompatibilidad de lo fáctico y lo normativo, expresada en la proliferación de violencias que han aparecido en la vida social al mismo tiempo que se amplía el marco incluyente de la ley, obligaría a reconocer una suerte de fracaso del Estado Social de Derecho consagrado en la Constitución, lo cual no pone en cuestión la Constitución en sí, sino la realidad política y social, que parece cada vez más esquiva a las explicaciones monocausales o a las simplificaciones ideológicas de cualquier tipo. Por efecto de tal paradoja, durante estos catorce años se han afianzado formas comunitarias de vida y se han puesto en práctica derechos sociales que responden al intento de formación de una nueva ciudadanía, pero, igualmente, se ha hecho visible la violación masiva de los derechos fundamentales, se ha generado una hipertrofia de los derechos patrimoniales ligados a distintas formas de violencia, y se ha instaurado una suerte de justicia paraestatal en amplias regiones del territorio colombiano. (Chaparro, 2009, p.47)

En Colombia, el conflicto ha afectado a la población en general, siendo los más perjudicados los civiles ajenos al mismo. Sin embargo, los rigores de los combates se agudizaron y concentraron ampliamente en la ruralidad, pues se entiende que las guerrillas al ser de origen campesino tienen allí adeptos

y simpatizantes. En el ámbito urbano, sector donde más se advierte el marasmo o indiferencia mostrado en párrafos anteriores, ocurre que como no atañe directamente o no se ven los grados abyectos próximos de una guerra, la sensibilización puede llegar a ser poca.

Incluso, se ha evidenciado que, más que la droga, el negocio más rentable son las armas, porque, además, se encuentra encubierto bajo el manto de legalidad de las fábricas estatales productoras del insumo del aparato de la guerra. El punto al respecto es que en una dinámica de guerra se arma el que es violento y también el que quiere defenderse, pero los grandes damnificados son aquellos que no se arman nunca o no saben cómo se asegura la herramienta de guerra, y, por ende, no se interesan por el desarme de la guerra. En ese sentido,

159

Decenas de miles de civiles han perdido la vida en el conflicto. Miles de personas han sido víctimas de desaparición forzada a manos de las fuerzas de seguridad o de los paramilitares, o han sido secuestradas por grupos guerrilleros. La toma de rehenes, sobre todo por parte de los grupos guerrilleros, y la tortura a manos de las fuerzas de seguridad, los paramilitares y las fuerzas de la guerrilla, son algunas de las tácticas para sembrar el terror utilizadas en un conflicto que también se ha caracterizado por la utilización de niños y niñas soldados y la violencia sexual generalizada contra mujeres y niñas. Tales abusos han dado como resultado una de las mayores crisis de personas desplazadas que se conocen en el mundo; se cree que entre tres y cuatro millones de colombianos han huido de sus casas para escapar

de la violencia. Estos crímenes son una muestra del desprecio que todas las partes implicadas en el conflicto exhiben por el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos. (Amnistía Internacional, 2014, p.46)

Es de público conocimiento, en el mundo entero, que los propietarios de las fábricas de guerra son los Estados del primer mundo, los que no obstante haber sufrido el horror de la guerra, ya sea en territorio propio o por el ataque terrorista, siguen produciendo en forma masiva tales elementos activadores de violencia y violación de los derechos humanos.

160 En lo anterior se ve, claramente, una dinámica de confrontación y cultura de violencia que ataca la confianza, la moral y las buenas costumbres de los ciudadanos, pues resulta contradictorio que aquellos que con más ahínco pregonan el respeto a los derechos humanos sean quienes, por el contrario, promuevan, con la producción de armas en serie, la proliferación de la guerra y los conflictos armados en nuestras sociedades. En este sentido, Carlos Alberto Patiño Villa, afirma para el caso español que:

Las nuevas tecnologías para hacer la guerra han aumentado la ingobernabilidad, pues permiten que pequeños grupos de guerreros independientes pongan en jaque a países enteros y alteren procesos políticos con España. El terrorismo ha permitido además que las tradiciones árabes en particular, de pequeños grupos armados sean efectivas en el escenario internacional. Por ello, lejos de ganarse la guerra contra el terrorismo, ésta se perderá y la violencia será cada vez mayor. La geopolítica de los conflictos internacionales de hoy se

expande con rapidez y las reivindicaciones son cada vez más variadas, complejas e incompatibles. (Patiño, 2004, pp.317-342)

Patiño (2004) presenta también, unas características que le servirán para dar un planteamiento sobre los valores de la modernidad y la globalización, y en tal sentido afirma que los Estados modernos crearon formas de relaciones internacionales específicas, orientadas a la institucionalización de los conflictos entre Estados, desde la paz de Westfalia en 1648 hasta llegar a convertir esta institucionalización en un creciente proceso de constitucionalización, como en los acuerdos de paz de Versalles en 1919, y de San Francisco en 1945. En ese orden del pensamiento,

Colombia ha ratificado, y por tanto está obligado a cumplir, una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos que afirman los derechos económicos, sociales y culturales; entre esos instrumentos se encuentran la DUDH, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio 169 de la OIT). (Amnistía Internacional, 2014, p.12)

161

La institucionalización de las relaciones internacionales ha traído implícitos tres supuestos: que todos los Estados que participan en las relaciones internacionales son Estados

modernos, y que han asumido la definición de Estados-Nación; que todos los Estados son sujetos de derecho y que pueden y deben ser regulados por reglas públicas a las que deben someterse, o esperar recibir castigo por su desconocimiento, y todos los Estados en tanto que instituciones modernas, logran gobernar y controlar sus poblaciones, sus territorios, sus economías, sus delitos, sus movilizaciones sociales, sus amenazas y la violencia generada por la sociedad que gobierna (Patiño, 2004, pp.317-342).

162

Lo anterior puede evidenciarse a través del control político que nuestros gobernantes tienen de las guerras, como una manera de someter a sus sociedades a un caos de gran magnitud para que no puedan cuestionar la gestión de las Administraciones Públicas. En este fin inicuo ayudan los grupos al margen de la ley, actuando como sofisma de distracción al realizar secuestros con tomas de los asentamientos de la población civil, comunidades étnicas, entre otros.

Los informes internacionales, incluyendo el *Human Rights Watch*, generan incredulidad entre los colombianos, así como también los fallos condenatorios recibidos por el Estado a nivel internacional. Los políticos presentan programas que no se corresponden con lo que la comunidad internacional les pide que hagan, lo cual resulta algo complicado de resolver en la práctica, ya que tales modificaciones o proyectos deben hacerlos durante el tiempo en el que están en el poder y los años resultan insuficientes. La sanción a la imposibilidad de lograr estos objetivos o promesas políticas podría dar lugar a la revocatoria de sus mandatos, pero esto resulta improbable, ya que generaría –incluso– más violencia en contra de quien proponga dicha expulsión política. En suma, a todos

los grupos les conviene el caos del terrorismo que generan las nuevas formas de guerra de la modernidad.

En este punto, debe mencionarse que Colombia está organizada como Estado democrático fundado en las libertades individuales, el respeto a los derechos fundamentales e inherentes al ser humano, traducidos en principios y reglas a seguir; pero la guerra del terrorismo ha resquebrajado los cimientos de nuestro sentido de seguridad como sociedad, pues no se trata solo de muerte o atentados en establecimientos públicos o políticamente visibles, sino a un cambio profundo en la moral y las buenas costumbres que estamos obligados a adoptar.

La Corte Constitucional, como guardadora e intérprete natural de nuestra Constitución Política, manifestó sobre la moral cristiana y las buenas costumbres que la moral o costumbre está constituida por un conjunto de normas de conducta admitida y tenida por (*sic*) incondicionalmente válidas y obligatorias en absoluto, en una época, sea para un grupo determinado de personas o para una persona. La moral no concierne al orden jurídico sino al fuero interno de cada persona (República de Colombia, Corte Constitucional Sentencia C-224 de 1994)

163

Los iusnaturalistas consideran que la moral es universal e inmutable, esto es, válida para todos los pueblos, en todos los tiempos. Otros, como los teóricos del iuspositivismo escéptico, por el contrario, afirman que la moral, como todo lo social, está en relación con el espacio y el tiempo histórico, y que es relativa. La aparente contradicción no existe si se acepta la distinción entre la moral general y la moral positiva, entendiendo la primera como aquella

aceptada por todos los hombres en todas las épocas, y la segunda como la de cada pueblo en el momento particular de su devenir histórico.

Dicho, en otros términos, la moral es una, pero sus manifestaciones cambian en razón de la diversidad de las sociedades en el espacio y en el tiempo.

164

Toda la moral consiste en este proceso de sublimación, purificación o catarsis de la conciencia individual, merced al cual esta se reúne a lo universal, y en esto concuerdan sustancialmente todos los preceptos morales de todos los pueblos y de todas las filosofías. Concordancia que es bien notable y significativa, cuando se piensa que se llega a las mismas conclusiones morales partiendo de diversos criterios (por ejemplo, ateísmo o naturalismo), o usando métodos opuestos (por ejemplo, empírico o racional)". (Sentencia C-224 de 1994)

No es otro el significado de la máxima evangélica: "No hagas a los demás aquello que no querrías que te hicieran a ti" (máxima expresada en forma parecida por Confucio).

En este orden de ideas, la misma idea expresada en forma filosófica más rigurosa, es la de Kant: "Obra de modo que la máxima de tu conducta pueda valer como un principio de una legislación universal" (Del Vecchio, 1946, p.591). Hay, pues, una moral común, genérica, que incluye todos los hombres y que constituye el mínimo indispensable para todos. Pero cada pueblo en un momento histórico, determinado por las circunstancias sociales, económicas y culturales, tiene una moral positiva, es decir, la manifestación de la moral

universal e inmutable en su propia circunstancia. Recasens Siches (1946) escribió:

Hay valores éticos y jurídicos que se refieren a la esencia de lo humano y, por tanto, fundan normas ideales de aplicación general para todos los hombres y todas las sociedades. Pero, así mismo, hay otros valores que (teniendo validez también objetiva) implican en su propia materia o contenido una indicación particular a la situación de una persona, de una nación o de un momento histórico. Existe, desde luego, una moral común, genérica que incluye a todos los hombres y que constituye el mínimo indispensable para todos, pero además de los valores que fundan esas normas generales, hay una serie de morales vocacionales y de las situaciones concretas e individuales que no contradicen ni menoscaban aquella moral general, aunque la complementan. La actualización de los deberes concretos de cada una de esas morales vocacionales y situacionales está determinada por la presencia de los hechos de vocación o de situación congruentes. De la misma manera que hay vocaciones individuales – las cuales son el resultado de la articulación de una persona concreta con un contorno también concreto–, así mismo hay vocaciones para las colectividades. Cada situación de un proceso histórico determina la posibilidad de conocimiento y el deber de realización de tareas fundadas en valores singulares cuya ocasión quizá sea singular, intransferible y no se repite. Y así como desde el punto de vista moral podríamos decir que cada individuo tiene el deber de ser auténtico, fiel a sí mismo,

165

fiel a su vocación, de igual manera podríamos decir que a cada época histórica y a cada pueblo le corresponde el cumplimiento de determinadas misiones; porque cada época, cada colectividad –lo mismo que cada individuo– ocupa una especial perspectiva en virtud de la cual puede y debe realizar valores singulares. (Recasens Siches, 1946).

En resumen, siempre hay una moral social, que es la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia. Entendida así, la moral no es individual.

166 De las afirmaciones de la Corte puede colegirse, con efectos para este escrito, que no es posible una separación radical entre la moral y la guerra porque nuestro ordenamiento jurídico está fundado –claramente– sobre un concepto de moral pública –social–, representada en el derecho natural a través de los conceptos de libertad y dignidad.

Como lo afirma la Corte, la moral no es individual, lo individual es la valoración que cada uno hace de sus actos en relación con la moral social y, moralmente, la guerra no tiene soporte en la sociedad colombiana.

Además, la Constitución consagró la moralidad como uno de los principios fundamentales de la función administrativa, una de las banderas para atacar la corrupción, la desidia y el desangre de lo público. (El preámbulo y los artículos 1, 7, 13, 19, 40, numerales 6, 209 y 241, numeral 4º, así como también el Título II, Capítulo 5, de la Constitución Política de Colombia lo evidencian).

Nos encontramos en presencia de un momento histórico en el que si la sociedad cambia su concepto moral de la guerra, con fines de justificar sus intereses individuales –el gran negocio de la venta de armas a nivel mundial–, le estaremos dando vía libre a la más execrable confrontación con connotaciones enormes de implantación del terror y la violencia. Se demanda unión consciente a favor de la paz, para evitar que esto pueda llegar a pasar en un país como Colombia que ha mostrado un conflicto armado durante décadas. Estamos claramente en un momento trascendental, ante la posibilidad de un proceso de paz serio con las guerrillas, que históricamente han estado reacias a la salida negociada del conflicto y a la espera de que los acuerdos alcanzados establezcan el sometimiento de tales grupos a la justicia especial que les haga responder por sus actos violentos y violatorios de los derechos humanos.

167

La guerra en Colombia se desenvuelve en un contexto de violencia generalizada, en el que se manifiestan diversas formas de ésta: política, económica y social. La violencia política interactúa con estas otras formas de violencia. Los efectos de esta situación son diversos. La violencia se ha banalizado, incorporado a la existencia cotidiana y la capacidad de respuesta y censura social se ha reducido. Se han ampliado los espacios abiertos para el ejercicio de la “justicia privada” y debilitado la confianza en la capacidad del Estado para tramitar pacíficamente los conflictos, con lo cual se ha fortalecido el “mercado de la violencia”. Las interacciones entre la violencia política y las otras han debilitado al extremo las fronteras entre el delito político y el común hasta el punto de que en algunos casos resulta difícil establecer las autorías de

los secuestros o de los atentados: bien pueden devenir de organismos de seguridad, paramilitares, guerrillas o delincuentes comunes. (Zuluaga, 2006, p.18).

La voz que se alza será la llamada a una verdadera voluntad internacional al desarme, pues en un mundo de connotaciones globales como en el que vivimos actualmente, la escalada del conflicto podría darse en términos de que esos grupos guerrilleros tuvieran bombas nucleares y armas químicas de destrucción masiva. Brotes de violencia tan preocupantes como los ataques a París, Bruselas, Estambul y Niza, así como las pruebas nucleares del mandatario norcoreano, refuerzan la necesidad de la idea de la confluencia de la comunidad internacional a favor de la paz mundial.

168 Como es conocido, en el último siglo cambió sustancialmente la forma de hacer la guerra, pero lo que no ha cambiado, en definitiva, es la violación reiterada de los derechos humanos, así como la oposición al terrorismo en el caso de los inmigrantes sirios, iraquíes, turcos y africanos, quienes desde sus diferentes actores han consagrado mejores instrumentos de coerción, respeto y consolidación de la moral, con ética social, para impedir que impere la filosofía de los violentos. La violencia no es justificable desde ningún punto de vista, ni aun desde aquel en el que se necesita para la adaptación a la sobrevivencia. Lo único que debe imperar, para acabar de raíz con la justificación de la guerra, es la libertad y la dignidad humana. Para ellos se hace necesario apoyarse en toda la estructura de la ética global y, como lo afirma Amelia Valcárcel, luchar contra el olvido, “porque la conciencia no nos deja creer que es bueno para otros lo que no deseamos para nosotros” (Valcárcel, 2002 p.25).

Además de los grupos armados al margen de la ley, en el contexto actual surge otro tipo de insurgencia, 'la no armada', definida como aquella población excluida socialmente y que ha mantenido una distancia del Estado como única opción para el desarrollo de su fuerza de trabajo desde la sobrevivencia, quienes, además, en su desarrollo histórico se han relacionado con la insurgencia armada, colocando su fuerza de trabajo al servicio de estos, con mediación del poder puesto en las armas.

Desde la anterior perspectiva, el discurso de la insurgencia no armada es entendido como el resultado de un proceso de exclusión social en el que intervienen aspectos socioeconómicos, políticos y culturales. Los insurgentes 'no armados' serían las personas que, dejadas al margen del sistema de bienestar del Estado, se unen para darse apoyo mutuo, desarrollar fuerza de trabajo y establecer reglas mínimas para la sobrevivencia, alejándose del Estado que no les ha proporcionado la garantía de bienestar que ellos necesitan (PNUD, 2003, p.32).

Lo antes planteado nos hace pensar en la necesidad de revelar los discursos marginales que circulan en el contexto del conflicto en Colombia, para hacer evidentes las resistencias que se configuran, desde lo local, y abrir el diálogo reflexivo que permite el cuestionamiento de los discursos generalizados por el empoderamiento de las lógicas marginales de la insurgencia no armada y los insurgentes en nuestro país.

Actualmente, la legislación en Colombia establece diferentes estrategias de atención a la población considerada como

vulnerable –desplazados, adultos mayores, niños y niñas, personas discapacitadas, entre otros–, creando un claro marco de discriminación positiva que pone en desventaja a la población en general considerada no vulnerable. Ser declarada población vulnerable se propuso como una salida de emergencia que termina enmascarando la necesidad del ejercicio natural de los derechos de las personas, pues, dependiendo del tipo de discriminación positiva en la que sea clasificado, se debe demostrar y evidenciar con cartas, certificados, carnets... como requisito para acceder a un producto o servicio que satisfaga las necesidades básicas.

170

La nueva Ley de víctimas (Ley 1448 de 2011) no zanjó la situación anterior, muy por el contrario, muestra una discriminación al establecer cómo se adquiere la condición de víctima: “La condición de víctima se adquiere con independencia de que se individualice, aprehenda, procese o condene al autor de la conducta punible y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima”.

Esta misma ley establece que,

Cuando los miembros de la Fuerza Pública sean víctimas en los términos del presente artículo, su reparación económica corresponderá por todo concepto a la que tengan derecho de acuerdo al régimen especial que les sea aplicable. De la misma forma, tendrán derecho a las medidas de satisfacción y garantías de no repetición señaladas en la presente ley... //Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley no serán considerados víctimas, salvo en los casos en

los que los niños, niñas o adolescentes hubieren sido desvinculados del grupo armado organizado al margen de la ley siendo menores de edad. Para los efectos de la presente ley, el o la cónyuge, compañero o compañera permanente, o los parientes de los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley serán considerados como víctimas directas por el daño sufrido en sus derechos en los términos del presente artículo, pero no como víctimas indirectas por el daño sufrido por los miembros de dichos grupos. (Ley 1448 de 2011)

Y se deja como más vulnerables, y sin reconocimiento para su reivindicación por falta de ser reconocidas como víctimas, a quienes han sido perjudicados por delitos comunes: “Parágrafo 3°. Para los efectos de la definición contenida en el presente artículo, no serán considerados como víctimas quienes hayan sufrido un daño en sus derechos como consecuencia de actos de delincuencia común”. (Ley 1448 de 2011)

171

Más cuestionable aún resulta el que a aquellas personas que siendo reconocidas en su calidad de víctimas por haber sido objeto de violaciones de derechos humanos en su familia, bienes y honra por hechos ocurridos antes del 1° de enero de 1985, ellos solo tienen derecho a: “la verdad, medidas de reparación simbólica y a las garantías de no repetición previstas en la presente Ley, como parte del conglomerado social y sin necesidad de que sean individualizadas” (Parágrafo 4 de la Ley 1448 de 2011).

Pero quizás uno de los apartes de esa ley que más disconformidad genera en las víctimas es el estatus político que busca la guerrilla de las FARC-EP con el Gobierno colombiano, con cuotas directas a los escaños del Congreso, así como también

a las asignaciones burocráticas en la Administración Pública en todos los órdenes del Estado. La controversia mayor está por lo consagrado como principio directriz de las normas de Derecho Internacional que establece:

172

Parágrafo 5. La definición de víctima contemplada en el presente artículo, en ningún caso podrá interpretarse o presumir reconocimiento alguno de carácter político sobre los grupos terroristas y/o armados ilegales, que hayan ocasionado el daño al que se refiere como hecho victimizante la presente ley, en el marco del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos, de manera particular a lo establecido por el artículo tercero (3º) común a los Convenios de Ginebra de 1949. El ejercicio de las competencias y funciones que le corresponden en virtud de la Constitución, la ley y los reglamentos a las Fuerzas Armadas de combatir otros actores criminales, no se afectará en absoluto por las disposiciones contenidas en la presente ley. (República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-253 A de 2012 - Ley 1448 de 2011)

El ejercicio de las competencias, como funciones constitucionales, además de las que les establece la ley a las Fuerzas Armadas, decreta que no se afectará en absoluto por las disposiciones contenidas en la Ley 1448 de 2011. Lo antes dicho debe analizarse a la luz de la práctica real, en la ejecución directa de la mencionada ley, pues podría convertirse en otra política pública, reglada bajo los afanes de un contexto político de acción bajo la inmediatez y sin una verdadera planeación para la Administración Pública, directa aplicadora de estas disposiciones.

Es preciso en este momento hacer aquí planteamientos sobre el concepto de la Justicia, concepto ambiguo en su interpretación, para lo que se utilizará la definición propuesta por Rawls (1971): “La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales”. De esta forma, en una humanidad llena, desde siempre, de instituciones, buscar un significado sobre este concepto implica hacer un viaje por la historia de la civilización y analizar el momento político, económico y social que vivan las naciones. Sin embargo, puede decirse que ese significado que le asigna la civilización crea un marco de acción para castigar los delitos y resolver las controversias entre los ciudadanos o entre estos y el Estado de acuerdo al orden legal.

En Colombia la dirigencia se ha ufano desde siempre en decir que vivimos en un Estado regido por las leyes, respetuoso de las normas y de instituciones democráticas con base en desarrollos de Constituciones como la de Rionegro y Cúcuta, así como la de 1886 y, actualmente, la Carta de 1991.

173

La Constitución de 1991 ha consagrado una organización política con forma de república unitaria, bajo la concepción de un Estado Social de Derecho, en donde se respeta la dignidad de la persona, la protección de los derechos humanos y la promoción del bienestar de la comunidad bajo los fines de la prevalencia del interés general y la búsqueda de la garantía efectiva de los principios, derechos y deberes.

Aunque, cuando se tiene la oportunidad, porque los hechos sobre los que se desarrollará una controversia enfrenta derechos que pueden ser difusos o enfrenta una nueva realidad jurídica social, es cuando se pueden hacer cuestionamientos al concepto de justicia que se pretende obtener.

Hacer cuestionamientos al concepto de justicia es una labor de por sí compleja, pero entrar a determinar el ordenamiento jurídico al cual dicho concepto debe estar suscrito o hacer frente a la cantidad de formulismos que obstaculizarían el que esos derechos difusos o no claramente fundamentales se les aplique la prevalencia del derecho sustancial, es aún mucho mayor. Es aquí donde adquiere relevancia la función interpretativa de esos derechos por parte de la Corte Constitucional.

Esto genera obvios interrogantes acerca del concepto de justicia y la interpretación de los derechos que se hace bajo su filtro, como: ¿Qué es una interpretación correcta de justicia?, ¿Es la que se hace literalmente de la norma?, ¿Es la que se hace solo con la lectura de la norma o la que ve el espíritu del legislador o el constituyente en su caso? ¿Se debe buscar el

174 ordenamiento jurídico integrado?

Hay claramente una ambigüedad en estos planteamientos y en las respuestas que de ellos podrían obtenerse, por lo que tal situación pone a un ciudadano del común en una clara posición de desinterés por la justicia que le sea aplicada; este es el caso de las víctimas del conflicto armado, ya que al ser tan complejo el entendimiento de la justicia aplicable opta por no recurrir a la defensa de sus derechos. Lo anterior no es contradictorio bajo un sistema de justicia rogada, en el que se administra justicia a quien la solicita porque la necesita; sin embargo, no puede pasarse por alto que en muchos casos la ignorancia de los derechos hace que los ciudadanos no soliciten la aplicación de justicia a su caso. En el Estado Social de Derecho la organización política debería propender por la aplicación y protección de esos derechos, no bajo demanda sino bajo oferta por parte de los operadores de

justicia, especialmente los servidores públicos en la Administración estatal.

Con esta situación bajo análisis, suscita temor pensar que lo que se tiene en el fondo es la incoherencia del ordenamiento estatal, lo cual requeriría la creación de nuevos derechos y nuevas formas de justicia formal y no formal. La legalidad de la que se recubre la práctica judicial limita al juez a estar ceñido a un determinado esquema de juicio, sin poder explorar nuevas formas justiciables de aplicar la norma. No obstante, dada la ambigüedad de las normas, de los derechos y deberes, la reglamentación que hace el Ejecutivo, resulta conveniente la legalidad como principio garante del proceder judicial para hacer prevalecer el derecho sustancial; aunque los resultados de dicha administración de justicia no se correspondan en absoluto con la verdadera justicia social o material.

175

El caso específico de las víctimas en Colombia, por ejemplo, nos lleva nuevamente, al terreno de los valores, ya que estos nos sirven de referencia para buscar el significado etimológico de las palabras y para comprender el momento histórico del juicio que hace el juez o quien proyecta el fallo para la materialización de la justicia. Los valores morales tienen gran peso en la adjudicación del derecho, pues el juez podría ser completamente autónomo hasta que desconociera el debido proceso (República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-084 de 1998).

En esta medida, muchos jueces olvidan que, en su función judicial, dentro del Estado Social de Derecho, ellos son los encargados de manejar el derecho como un fin primordial de aquel; en la búsqueda de la solución a los conflictos para

el mantenimiento de la armonía social. Es por esto último que se han creado, paralelamente, nuevas formas de justicia no convencional (MASC), que buscan una decisión con base en el equilibrio armónico entre lo equitativo y lo justo. Esta forma de administración de justicia es realmente una justicia material, pues se establecen de igual forma instituciones procesales de obligatoria observancia, que satisfacen los derechos y expectativas de una justicia pronta y efectiva.

Las nuevas formas de administración alternativa de justicia, más que constituir un peligro frente al tipo formal o convencional de Administración de Justicia, sirven para optimizar esta última, logrando aumentar el nivel de legitimidad del aparato de justicia estatal al permitir la mejor de las condiciones de la justicia: la prontitud.

176 Sin embargo, esto solo se logrará en la medida que la sociedad haga avances y conquistas educativas que permitan una sana y armónica convivencia, permitiéndole identificar al ser humano la necesidad de acudir a una u otra forma de Administración de Justicia, sin sentirse violentado en sus derechos o verse burlado el debido proceso que le garantiza que no tiene una posición disminuida frente a su contradictor o al juez.

Aquí podríamos estar frente a la posibilidad de la transdisciplinariedad de la función judicial, al encontrarnos con la aplicación de principios e institutos generales del derecho por parte de operadores no abogados, es decir, por personas que se capacitan en administrar justicia sin ser profesionales en la rama jurídica, con identificación de las teorías filosóficas, políticas, etimológicas, que requiere este tipo de ejercicio.

Un sistema de Administración de Justicia consolidado bajo los anteriores postulados sería el fundamento de un verdadero sistema democrático de confrontación de ideas, otorgamiento de iguales oportunidades para todos los ciudadanos, participación activa en el mantenimiento de una sociedad que se funda en la justicia social pregonada por los preceptos constitucionales, planes de gobiernos, leyes, partidos políticos y oposiciones. Esto se corresponde con la diversidad de nuestra nación, la cual es heterogénea no solo en lo ecológico, lo geográfico, lo étnico sino, también, en los intereses que le dan al ciudadano un patrón de pensamiento diverso.

Aunque no deben desconocerse los riesgos de la Administración de Justicia por operadores no profesionales del derecho, podría reevaluarse el principio de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa al generar otro tipo de conflictos. Pero, la realidad es que dicha propuesta de juzgamiento para la reconciliación de los colombianos haría que los jueces en equidad o ciudadanos regulares participaran en la reconstrucción de nuestra sociedad y su tejido a través de la adjudicación del derecho y la resolución de los conflictos.

177

El debate sobre la ignorancia de la ley por los legos administradores de justicia fue dirimido por la Corte Constitucional al afirmar que aun a los denominados especialistas de las disciplinas jurídicas siempre les falta algo por aprehender y el precepto jurídico no está centrado en el ciudadano del común, que la mayoría de las veces está sumergido en la confusión que crea la ambigüedad de las normas y las actuaciones de los poderes públicos.

La Corte Constitucional también ha expresado que ni aun el caso de ignorancia de la ley sirve de excusa para no aplicar los preceptos que llevan a la tan anhelada justicia social, que no es otra que la realización de la justicia material establecida en la República de Colombia, en su Corte Constitucional, (Sentencia C-651 de 1997). Lo cierto es que, y como lo señalara Giraldo Ángel (2012) La justicia alternativa es tan rica en mecanismos, y en actores, que en la actualidad está cumpliendo esta doble función: “resolvedora” de conflictos, y creadora de una cultura de convivencia ciudadana. En la variada gama que ofrece nuestra legislación, unos cumplen primordialmente la primera función: la asignación de funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas, la conciliación en derecho y el arbitramento; mientras otros, la mediación, la conciliación en equidad y la justicia de paz, la segunda.

CONCLUSIONES

La Ley 1448 de 2011 es una apuesta fuerte a que algunas víctimas del conflicto en Colombia obtengan la propiedad formal de sus tierras y sean reparadas; sin embargo, el proceso de restitución de tierras no resuelve el problema de quienes no pueden retornar a ellas porque fueron despojados, forzados a abandonarlas por la violencia. La norma tiene defectos que facilitan la ocupación de las tierras por quienes las han adquirido ilegalmente y ahora podrían adquirir de forma legal. Claramente un defecto a corregir es la ampliación del concepto de víctima a todas aquellas personas que lo han sido, sin que la misma norma genere exclusiones ni desplazamientos.

El verdadero éxito de la Ley 1448 se evidenciará en su capacidad de crear las condiciones que permitan a las víctimas de desplazamiento forzado por la violencia, regresar en condiciones de seguridad y sostenibilidad. Solo así se podrá garantizar el derecho fundamental de las víctimas a una verdadera reparación.

Se espera una protección decidida de las Autoridades Públicas para que den garantías efectivas a las víctimas, aunque sean un concepto limitado por la Ley 1448.

La inacción de la Administración Pública ha generado desconfianza y ha sido motor de reproducción de la violencia y de la cultura victimológica en nuestro país.

Los procesos de paz y la promesa de que algún día las reparaciones, frente a los abusos de las épocas violentas se darían, han dejado desazón y escepticismo de ambas orillas del conflicto.

179

Pero debe tomarse en cuenta que la incredulidad ha provenido, en principio, de los actores del conflicto armado, quienes siempre se han mostrado desconfiados ante la posibilidad de soluciones negociadas. Los ejemplos históricos de 1984 en el gobierno de Belisario Betancur y de 1998 bajo la presidencia de Andrés Pastrana dan prueba de ello. Como corolario se esgrime que si desde el alto poder se profesa y profusa sospecha, es lógico que desde las bases se sienta lo mismo.

Ante el momento que se experimenta es menester lograr una cohesión social, saber que es de excepcional trascendencia la debida implementación que se dé a los acuerdos logrados entre guerrilla y Estado. No se requiere que haya un consenso generalizado, pues hasta las voces en contra contribuyen a la

construcción de una nación democrática que propugna por el pluralismo; se precisa convicción ciudadana al momento de decidir, saber que nuestra conciencia no puede estar signada por las apreciaciones de los políticos de turno sino por una verdadera voluntad popular.

Las funciones de los poderes estatales serán determinantes para la materialización de los acuerdos; no solo basta con las voluntades de los acordantes (Estado-FARC), pues con ellas solo inicia el verdadero proceso. Se precisa el cumplimiento de lo refrendado, por ende el denominado posconflicto será determinante; allí es absolutamente necesario la gestión encomiable de todos los sectores.

180 La Administración de Justicia para el posconflicto jugará un papel fundamental para el cambio en la cultura victimológica de nuestra sociedad; sobre todo de garantías de aplicación de justicia efectiva y de no repetición.

El conflicto no se debe olvidar; al contrario, debe recordarse siempre. Las garantías de no repetición solo se logran si existe memoria histórica, este es un elemento fundamental de progreso de las sociedades. Las naciones que las tienen presentes no incurrir en nuevos procesos bélicos, los evitan tratando de no repetir errores. En el caso colombiano: la desigualdad, inequidad, exclusión y corrupción.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- “¡Déjenos en paz!” (2008). *La población civil, víctima del conflicto armado interno de Colombia*. Madrid, España: Editorial Amnistía Internacional.
- Amnistía Internacional. (2014). Un título de propiedad no basta: por una restitución sostenible de tierra en Colombia.
- Arango, X. (2016). *Diapositivas sobre transparencia en el módulo de la Administración Pública, clases del Doctorado*

- en Filosofía con orientación en Ciencias Políticas*. México: Universidad Autónoma de Nuevo León.
- Canto, M. (2008.) Gobernanza y participación ciudadana en las políticas públicas frente al reto del desarrollo. *Revista Política y Cultura*, 30, 9-37.
- Concha, G. & Naser, A. (2012). *El desafío hacia el Gobierno Abierto en la hora de la igualdad. Colección de documentos de Proyectos Naciones Unidas*. Chile: CEPAL.
- Constitución Política Colombiana. (1991). Editorial Temis.
- Correa, E. (2010). *Análisis Geopolítico y Derechos Humanos. Módulo Maestría en Derecho Procesal*. Universidad de Medellín Convenio con la Universidad Simón Bolívar de Barranquilla.
- Corte Constitucional Colombiana (29 de marzo de 2012). Sentencia C-253 A [M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-224 de 1994.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-651 de 1997.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-893 de 2001. 181
En alusión a lo expresado por el autor Jerold Auerbach S. en su texto *Justice Without Law*. Oxford: University Press, 1983, p.16.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-084 de 1998.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-339 de 1997.
- Chaparro, A. (2009). *Procesos de subjetivación, conflicto armado y construcción del Estado-Nación en Colombia*. Bogotá, Colombia: Red Revista Estudios Socio-Jurídicos.
- Del Vecchio, G. (1946). *Filosofía del derecho*. Tomo I. México: Unión Tipográfica - Editorial Hispano americana.
- Deng, M. (2014). *Un título de propiedad no basta: por una restitución sostenible de tierras en Colombia*. Madrid, España: Editorial Amnistía Internacional.
- Derechos Humanos, Violencia y Políticas Públicas (2005). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Etxeberria, X. (2006). *Impunidad y perdón en la política*. Bogotá: Red Reflexión Política.
- Fernández, E. (2002). *El narcotráfico y la descomposición*

política y social: el caso de Colombia. México, D.F.: Plaza y Valdés, S.A. de C.V.

Giraldo Ángel, J. (2012). *Problemas Insolutos de la Justicia en Colombia.* Ibagué: Universidad de Ibagué.

Kaufmann, D. (2005). Diez mitos sobre la gobernabilidad y la corrupción. *Revista Finanzas y Desarrollo. Banco Mundial*, 42(3). 41.

López, C. y García, A. (2000). *Many studies have analyzed the causes of Colombia's armed conflict and violence. Recently, a study by the National Planning Department (DNP) documented several of their findings and went on to present some new results. Concerning the determinants of violence, this work suggests that, contrary to traditional interpretations, poverty per se cannot be considered the fundamental cause of violence. Inequality is a more important explanation. Thus, inequality under a weak State that cannot assume its basic duties of enforcing legality, mediating conflicts, providing for collective welfare, and educating citizens is much more likely than poverty to motivate social (even armed) conflict (DNP 1998).*

182

López, J. (2008). *Una aproximación al concepto de Insurgencia No Armada en Colombia. Ponencia en la Mesa Humanitaria de Antioquia dentro del diplomado Hermenéutica del Conflicto y Derechos Humanos.*

Patiño, C. (2004). *Modernidad, confusión y sentido de las nuevas violencias. Modernidad y violencia colectiva* (coord.). Beriain Razquin. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. ISBN 84-7476-371-1.

PNUD (2003). *Informe Nacional de Desarrollo Humano para Colombia 2003: El conflicto, callejón con salida.* Bogotá: Panamericana.

Proyecto Cátedra UNESCO. *Planteamiento del problema de investigación.* Bogotá.

Ramírez, D. (2006). *A propósito de la Justicia Material, Reflexiones sobre la Justicia en el Proceso Vs. La Justicia Material. Artículo elaborado dentro de la investigación denominada "La Justicia Judicial hacia la Justicia Social".* Medellín, Colombia.

- Rawls, J. (1971). *Teoría de la Justicia*. Estados Unidos: Harvard University Press.
- Recasens Siches, L. (1944). *Estudios de filosofía del derecho*. México: UTEHA.
- República de Colombia. Ley 70 de 1993 o también conocida como Ley de Negritudes.
- República de Colombia. Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. Ley 1448 de 2011.
- Rivas, J. (2006). *Conflicto armado y militares en Colombia: cultos, símbolos e imaginarios*. Bogotá, Colombia: Red Reflexión Política.
- Solimano, A. (ed.) (2000). *Essays on Peace and Development: The Case of Colombia and the International Experience*. Washington, DC, USA: World Bank Publications.
- Stoker, G. (1992-1997). *El "Buen Gobierno como Teoría": cinco propuestas. Artículo científico desarrollado dentro de la investigación del "Buen Gobierno" del Consejo de Investigaciones Económicas y Sociales del Reino Unido*.
- Taruffo, M. (2006). *Sobre las fronteras. Escrito sobre la Justicia Civil*. Bogotá: Editorial Temis. 183
- Uvalle Berrones, R. (2007). Gobernabilidad, Transparencia, y Reconstrucción del Estado. *Revista Convergencia de la Universidad Autónoma del Estado de México*, 45, 47-74.
- Valcárcel, A. (2002). *Ética para un mundo global: una apuesta por el humanismo frente al fanatismo*. Madrid: Espasa, Calpe, S.A.
- Vargas, A. (2006). *La democracia colombiana tratando de salir de su laberinto*. Bogotá, Colombia: Red Reflexión Política.
- Wroblewski, J. (1979). *Justificación de las decisiones Jurídicas*. Lima, Perú: Editorial Grijley.
- Zuluaga, J. (2006). *La solución política negociada: una oportunidad para la democratización de la sociedad*. Bogotá, Colombia: Red Reflexión Política.

Cómo citar este capítulo:

Isaza-Zuluaga, C., Navarro-Suárez, D. del C. & Djanón-Donado, M. L. (2017). Incredulidad ciudadana en la Administración Pública a la luz del conflicto de tierras en Colombia. J. Enamorado Estrada & D. del C. Navarro Suárez (Comp.) *Perspectivas ambientales contemporáneas* (pp.147-183). Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

Capítulo 5

Derechos de las comunidades indígenas a la Consulta Previa

Álvaro Mozo Gallardo¹
Sandra Plata Coronado²
Shirley Acuña-Castañeda³

185

1 Abogado, Universidad Simón Bolívar Barranquilla. Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Simón Bolívar de Barranquilla. Litigante, candidato a Doctor en Ciencia Política de la Universidad Rafael Belloso Chacín, Venezuela.
alvaromozogallardo27@hotmail.com

2 Abogada, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla. Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Simón Bolívar, Barranquilla.
sandraplatac@hotmail.com

3 Abogada, Universidad Simón Bolívar, Máster en Derechos Humanos Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica y Doctora en Ciencia Política de la Universidad Privada Rafael Belloso Chacín. Docente del Programa de Derecho Universidad Simón Bolívar, Barranquilla.
sacuna6@unisimonbolivar.edu.co
ID orcid.org/0000-0001-6475-2701

INTRODUCCIÓN

Antes de comenzar a hacer mención del derecho de las comunidades indígenas a la Consulta Previa, inevitablemente debemos tomar como referencia el enfoque diferencial sobre el cual debe desarrollarse el estudio de su cultura; es precisamente su cosmovisión distintiva, la que permite realizar una diferenciación objetiva y razonable en aras de no producir una discriminación estructural a los miembros de estas comunidades. Su modelo de vida disímil respecto a la sociedad en general, los lleva a entender el mundo desde una dimensión colectiva y no individual, y es precisamente bajo esta óptica que se deben interpretar sus derechos.

186 Así las cosas, el primer elemento indispensable para la protección de los derechos de las comunidades étnicas, es su reconocimiento colectivo; este derecho se encuentra reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en el artículo 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), y desarrollado por primera vez por la Corte Constitucional, en la sentencia T-830 de 1993, en donde toma como base los artículos 1, 7 y 8 de la Constitución Nacional para contribuir a la ruptura del paradigma individual de derechos fundamentales, y se materializa la idea de derechos fundamentales colectivos, por medio del cual se les permite a las comunidades proteger su diversidad étnica y cultural.

En relación a lo anterior, en los principios fundamentales que trae consigo la Constitución Política en lo que concierne a las comunidades étnicas, encontramos que Colombia es un Estado Social de Derecho, democrático, participativo y pluralista (Art. 1) que tiene entre sus fines facilitar la partici-

pación de la sociedad en las decisiones que los afecten (art. 2), reconociendo y protegiendo la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (Art. 7), así como la protección de sus riquezas culturales (Art. 8).

Además, el respeto a la autodeterminación de los pueblos (Art. 9) consagra que las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios (Art. 10), el deber protección del patrimonio cultural de la nación y la regulación de los derechos especiales que puedan tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica (Art. 72), las tierras comunales de los grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la nación y los demás bienes que determine la ley son inalienables, imprescriptibles e inembargables (Arts. 63 y 329), participación a través de la democracia representativa, que establece la circunscripción especial para el Senado y Cámara de representantes (Art. 171).

187

Por otro lado, el Convenio 169 de la OIT establece la obligación de los Estados de aplicar la Consulta Previa a los pueblos indígenas y tribales de los países independientes (Art. 1).

En relación a lo anterior el convenio 169 de la OIT fue adoptado por Colombia través de promulgación de la Ley 21 de 1991 que integra al ordenamiento jurídico colombiano y se acoge por la doctrina del bloque de constitucionalidad; por lo cual se establece como titulares de la Consulta Previa en Colombia, a las comunidades indígenas, y negras tal como se señala en el Decreto 1320 del 1998.

Anexando a lo anteriormente mencionado el numeral 3o. del artículo 7o. de la Ley 21 de 1991, por la cual se aprueba el

Convenio No. 169 de 1987 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, dispone que: “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 medioambiente 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”, es así, como se le otorga al Gobierno mediante ley, y a sus entidades territoriales la función de velar por el estricto cumplimiento de los fines de la Consulta Previa en pro de las comunidades étnicas.

188

Todo lo anterior permite establecer que las comunidades indígenas son sujetos de Derechos no solo por lo establecido en la constitución y en las normatividades colombianas, sino también por los convenios y tratados internacionales, y que estos derechos son de carácter colectivos y fundamentales en los que el Estado tiene la obligación de garantizar el uso y el goce de estos, sin intervenciones negativas que conlleven a su detrimentos.

El derecho a la Consulta Previa comprende una obligación positiva en cabeza del Estado de brindar a los ciudadanos acceso a la información que está en su poder, y un derecho correlativo de las personas para acceder a la información en poder del Estado; este derecho no se reduce al deber de solo dar la información solicitada por una persona en particular, “entre otras, en este derecho aparece la obligación de hacer visible la gestión pública”, suministrar de oficio la información requerida por el público, cuando ello es condición para el

ejercicio de otros derechos. En efecto, cuando los ejercicios de los derechos fundamentales de las personas dependen de que puedan conocer una información pública relevante, el estado debe suministrar de forma oportuna, transparente y completa la información solicitada, para garantizar el derecho en mención y el mismo funja como un instrumento clave para el ejercicio de otros derechos humanos, máxime, si la garantía de derechos recae sobre sujetos más vulnerables.

Por ello el, “aprovisionamiento de información clara, suficiente y precisa a los pueblos indígenas sobre aquellas intervenciones ya sea estatales o privadas, que puedan afectar su territorio, es condición indispensable para garantizar adecuadamente el ejercicio de sus derechos a la propiedad colectiva sobre territorio y garantía de control, sobre las decisiones políticas que puedan comprometer derechos colectivos de dichos pueblos y los derechos fundamentales que por conexidad resultarían afectados”.

189

Por lo anterior, es menester precisar que debido a la estrecha relación de los pueblos indígenas con su territorio y al enfoque de vida colectiva, el derecho a la consulta, sobre la potencial intervención de terceros en su territorio ancestral, se convierte en un mecanismo necesario para asegurar el ejercicio de otros derechos, tales como: el de la salud, e incluso de la existencia misma como comunidad.

En el mismo sentido, “la CrIDH ha indicado que el ejercicio del derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas requiere, entre otras cosas, que el Estado acepte y brinde información a la comunidad sobre los proyectos a desarrollar en su territorio, e implica una comunicación constante entre las partes que debe realizarse de buena fe, a través de proce-

dimientos culturalmente adecuados y que debe tener como fin llegar a un acuerdo”.

La Consulta Previa se consagra como un derecho fundamental de las comunidades indígenas y permite que ellas tengan mecanismos de participación para aquellas decisiones que puedan afectar su supervivencia, tal como lo ha manifestado la República de Colombia, en su Corte Constitucional, Sentencia SU-039 del año de 1997 en la que se manifiesta que 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:

190

- 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 convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscien-

temente 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.

Como se observa, la Corte establece que la titularidad de la Consulta Previa está en cabeza de las comunidades indígenas y el cumplimiento de este derecho por parte del Estado radica en el deber de protección y cuidado de las comunidades étnicas.

191

IDENTIDAD MULTICULTURAL Y PLURIÉTNICA DEL ESTADO COLOMBIANO

Colombia es uno de los países del continente con mayor asentamiento de grupos étnicos, y desde hace muchos años se encuentran establecidos en algunas regiones específicas, según el último censo del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE, 2007).

En Colombia residen 1.392.623 indígenas que corresponden al 3,43% de la población del país; los afrocolombianos son 4.311.757 personas, el 10,62% del total y el pueblo ROM o gitano está conformado por 4.858 personas que representan el 0,01% de la población total del país.

Ahora bien, se estableció en el mismo censo que los departamentos en los que se encuentran estos grupos y el porcentaje que representan es de tal manera que:

los Departamentos que tienen un mayor porcentaje de población indígena son en su orden: Vaupés (66,65%), Guainía (64,90%), La Guajira (44,94%), Vichada (44,35%) y Amazonas (43,43%). A excepción de La Guajira estos departamentos hacen parte de la Orinoquia y la Amazonia colombiana donde se concentra el mayor número de resguardos indígenas. Otros departamentos con población indígena significativa son: Cauca (21,55%) y Putumayo (20,94%). Los departamentos de La Guajira, Cauca, Nariño, Córdoba y Sucre, concentran el 65,77% del total de la población indígena.

192

Estadísticamente se asevera que los grupos étnicos están ubicados en 27 de los 32 departamentos del país dentro de los 228 municipios de los 1.123 existentes lo cual permite establecer que muy a pesar de ser una minoría ocupan gran parte del territorio colombiano. En ese entendido se puede fácilmente notar que ancestralmente los grupos étnicos han ocupado territorios bajo su idiosincrasia que deben ser preservados por el Estado, con el fin de respetar los asentamientos de estas comunidades, donde no solo se preserve el territorio, sino también su cosmovisión, tradiciones y cultura.

Primeramente, se debe acotar que el grupo étnico es un conjunto con rasgos diferenciales desde el aspecto sociocultural, incuestionable en sus costumbres y tradiciones; un componente o plus que se vislumbra es el sentido de perte-

nencia que tienen los integrantes de las comunidades hacia este, como autorreconocimiento.

En el Estado colombiano estos grupos están conformados por los pueblos indígenas, los afrocolombianos, los raizales, palenqueros, indígenas, entre otros. Sintetizando el concepto de los diferentes grupos se comienzan a desglosar los distintos grupos en primera medida en el concepto de afrodescendiente, que engloba a las personas descendientes directa o indirectamente de la comunidad africana que arribaron a América mediante la trata esclavista. Se encuentran asentados en las ciudades más grandes del país, principalmente en zonas costeras del valle del río Cauca y en el valle del Patía y en las grandes ciudades del país y en sus áreas metropolitanas.

Algunos ejemplos de poblaciones afrocolombianas o afrodescendientes en las dos costas, son los asentamientos étnico-territoriales con título de propiedad colectiva denominados “comunidades negras” por la Ley 70 o Ley de Negritudes, especialmente en el Pacífico colombiano, y la comunidad de San Basilio de Palenque en el Caribe colombiano.

193

De otro modo, encontramos el ROM, un grupo proveniente del norte de la India; igualmente se autorreconocen por sus rasgos culturales como su propio idioma, la descendencia patrilineal y la ley gitana.

Por otro lado, se encuentran los raizales, un grupo nativo del Archipiélago de San Andrés y Providencia, sus rasgos parten de sus raíces que son afro-anglo-antillanas con una fusión con la identidad caribeña. Su lengua propia es el bandé.

Esta comunidad amerindia se autorreconoce igualmente por su cosmovisión, sus costumbres, su lengua y sus códigos

relacionales (socialización); son descendientes de los pueblos originarios o también llamados nativos de América que habitaban mucho antes de que llegaran los españoles a conquistarlos.

Al respecto, el Ministerio del Interior plantea que Los pueblos ancestrales en Colombia se han censado dando como resultado 87 pueblos, esto contrastado con cifras presentadas por las organizaciones que representan a estas comunidades, (ONIC) quienes afirman que existen 102 pueblos indígenas en Colombia, 18 de ellos en peligro de extinguirse. La población indígena total en Colombia se calcula en 1.378.884 personas (DANE, 2007); de ellas 933.800 se asientan en los 710 resguardos existentes”.

194 Los pueblos indígenas han pasado por un sinnúmero de percances, dificultades con ocasión de los problemas y al conflicto armado interno en Colombia; es así como es indispensable estudiar el desplazamiento de los integrantes de las comunidades indígenas, bien sea por las sucesivas amenazas para con su integridad, o su vida reflejadas en las continuas masacres, violaciones, el reclutamiento de los niños indígenas, ocupación de lugares sagrados por grupos armados, las minas antipersonas de las cuales son víctimas...

Es importante traer a colación algunas afirmaciones del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en cuanto a los datos aproximados de los integrantes de las comunidades indígenas que se han visto envueltos en estos conflictos.

Aproximadamente 70.000 de los desplazados internos registrados en Colombia son indígenas. El despla-

miento entre estas comunidades se ha incrementado en los últimos cinco años y creció más que el del resto de la población entre 2006 y 2008. De acuerdo con las cifras oficiales, entre el 2004 y el 2008 se desplazaron 48.318 personas pertenecientes a pueblos indígenas (aproximadamente el 70% del total de desplazamiento indígena registrado). La Organización Nacional de Indígenas de Colombia (ONIC) calcula que las cifras pueden ser mayores teniendo en cuenta que muchos indígenas no tienen acceso al registro, debido a la lejanía de sus tierras o porque no hablan español o no conocen el sistema nacional de registro. (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR)

En síntesis, atendiendo la identidad multicultural y pluriétnica del Estado colombiano, debe replantearse la atención y protección real que el Estado está brindando a estos grupos que con el pasar del tiempo se han vuelto vulnerables, toda vez que debe preservarse la integridad y la subsistencia de las comunidades étnicas ante este flagelo.

195

En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha manifestado al respecto de la visión individual de derechos fundamentales que.

“El reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural.

En este sentido, el reconocimiento y la capacidad de ser titulares de derechos en una dimensión colectiva, constituye un prerequisite para el disfrute de los demás derechos de las comunidades, pues su desconocimiento se traduce en una clara privación a otras prerrogativas esenciales; este ha sido el criterio de la CIDH al afirmar: que “La violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular y gozar de esos derechos y obligaciones, lo cual pone al individuo en una posición vulnerable en relación con el Estado o terceros”, es decir, a través de la garantía efectiva a este derecho, se les permite a las comunidades étnicas gozar de una protección especial a sus prácticas y costumbres ancestrales propias.

196

Una vez garantizada la subsistencia como grupo a estas comunidades, era necesario proteger su cultura y prácticas ancestrales. Fue así como la Corte Constitucional mediante sentencia SU-039 del año 1997, reconoció el derecho a la integridad étnica, cultural y económica de las comunidades, tomando como criterio fundante de este derecho, los artículos 330 y 7 de la Constitución Nacional. A este respecto señaló la Corte que dicha integridad se refiere a “los elementos básicos que constituyen su cohesión como grupo social y que, por lo tanto, son el sustrato para su subsistencia”.

En este sentido, corresponde al Estado, según establece el artículo 2.b del Convenio 169 de la OIT, el respeto de sus costumbres, instituciones y tradiciones, reconociendo sus valores y prácticas sociales, culturales y religiosas en aras de preservar su identidad social y cultural.

Otro elemento fundamental para el desarrollo de las comunidades étnicas es la Propiedad Colectiva; este derecho

constituye un avance significativo en materia de protección a los derechos de los colectivos étnicos, debido al papel trascendental que ocupa su territorio en la cosmovisión propia de estas comunidades. La CIDH ha sido enfática al afirmar en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, “el artículo 21 de la Convención Americana protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con sus recursos naturales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos”.

Entre los pueblos indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que su pertenencia no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. De igual forma, la Corte Constitucional colombiana –siguiendo el mismo planteamiento– declaró que el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad colectiva de sus territorios es un derecho fundamental que, junto con el principio constitucional de protección de la diversidad cultural y étnica, supone implícitamente el derecho a la constitución legal de resguardos en sus tierras.

197

Así las cosas, para una protección efectiva a este derecho, se requieren, en primer lugar el reconocimiento del vínculo especial con su tierra, en segundo lugar el reconocimiento colectivo a la propiedad, y por último, demarcación y titulación a los territorios que habitan ancestralmente. Solo bajo el estricto cumplimiento de estos parámetros se podrá predicar una protección real a este derecho.

Además de los derechos analizados en la jurisprudencia y legislación internacional, se reconocen derechos que se deben interpretar en una dimensión colectiva, tales como la protección a derechos políticos, dentro de los que se

encuentra el tema de análisis central de esta investigación, la Consulta Previa, derecho a la protección medioambiental, a la autonomía colectiva, los beneficios compartidos, entre otros.

Dando continuación al análisis de derechos de las comunidades indígenas como garantía de su integridad cultural es imprescindible traer a colación el Convenio 169 de la OIT que dentro del presente trabajo será abordado minuciosamente, pero para utilidad de este capítulo se toman algunos artículos que resaltan los derechos de las comunidades indígenas, tema provechoso para dar una aproximación a la Consulta Previa.

198 El artículo 8, inciso 2, plantea que “dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”.

En este sentido, se deja sentado que los organismos internacionales recalcan los derechos de los pueblos de conservar sus tradiciones; pero algo para destacar es que este es uno de los problemas que ha acontecido en Colombia pues se encuadra en la delgada línea entre la autonomía de los pueblos indígenas y la vulneración de los estamentos nacionales e internacionales, que se ven contrapuestos entre sí; de tal suerte que debe replantearse el alcance de esa antonimia para evitar ese trastoque o ese revuelto que no permite que a

simple vista puedan comprenderse los límites trazados entre uno y otro.

De la Consulta Previa se deriva el derecho de las comunidades indígenas de que para dar su concepto en la toma de decisiones de la cual son partícipes, este consentimiento debe ser libre e informado.

Ahora bien, la obligación de los Estados, entre estos el colombiano, es ineludible pues el convenio de la OIT responsabiliza a los gobiernos para que asuman el desarrollo conjuntamente con los pueblos indígenas en aras de garantizar su integridad.

El artículo 21.2. plantea al respecto “Esta acción deberá incluir medidas:

- a) Que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población.
- b) Que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones.
- c) Que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las 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”.

Por todo lo anteriormente mencionado se puede aseverar que los derechos de las comunidades indígenas como garantía de su integridad cultural están plenamente establecidos en los distintos ordenamientos; ahora bien, en este sentido puede comenzar a estudiarse la autonomía de los grupos étnicos partiendo del concepto del derecho colectivo de las comunidades indígenas.

AUTONOMÍA DE LOS GRUPOS ÉTNICOS DENTRO DEL CONCEPTO DEL DERECHO COLECTIVO

200 Dado lo anterior, nos detendremos a estudiar la forma cómo el Estado puede garantizar gran parte de los derechos colectivos mencionados, esto es: respetando su autonomía que podría conceptuarse como [“la facultad de diseñar su proyecto integral de vida, en el que deciden su destino, considerando su pasado cultural y su realidad actual para prever un futuro sostenible de conformidad con sus usos y costumbres. También, se considera como la facultad que tienen de organizar y dirigir su vida interna de acuerdo con sus propios valores, instituciones y mecanismos dentro del marco del Estado del cual forman parte”].

Es por ello que se concibe dentro de los derechos de los grupos étnicos la facultad de darse sus propias normas. En la Constitución colombiana y la jurisprudencia se hace alusión a la diversidad étnica y a la forma particular de ver el mundo de las comunidades, lo cual impone el deber al Estado de respetar sus costumbres y su forma de vida tradicional.

La corte establece que

una de las manifestaciones más importantes de la autonomía de las comunidades indígenas es su derecho a ejercer funciones jurisdiccionales en su territorio y respecto de sus miembros. En efecto, el artículo 246 de la Constitución reconoce la autonomía de las comunidades indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes.

El *ius propium* étnico les otorga a las comunidades, la capacidad de autogestionar las relaciones internas respecto a los miembros del colectivo y sus instituciones tradicionales, por ello, la no injerencia por parte del Estado en sus prácticas habituales supone el factor esencial para el pleno respeto de la autonomía de las comunidades.

201

Esta autonomía en la regulación del derecho propio se desglosa como:

- La posibilidad de que existan Autoridades Judiciales propias de los Pueblos Indígenas.
- La competencia de tales pueblos para establecer normas y procedimientos propios.
- La sujeción de la jurisdicción y de las normas y procedimientos indígenas a la Constitución y a la ley.

Analizando la jurisdicción especial indígena la Corte Constitucional ha establecido que existen factores de competencia específicos, tales como el personal, territorial, y material para determinar cuándo corresponde a las comunidades administrar justicia, y solo cumplidos los mismos, resulta aplicable la jurisdicción en mención. La jurisdicción propia étnica

–pese a tener como bases la autonomía de las comunidades– no tiene un carácter absoluto, toda vez que se establecen límites legítimos al ejercicio de esta potestad jurisdiccional. La misma Constitución en el artículo 246 requiere que para la aceptación de las prácticas propias, se necesita la concordancia de las mismas con la constitución y las leyes.

202 Profundizando en el tema, la Corte Constitucional desarrolló la teoría del mínimo esencial de Derechos Humanos o núcleo inderogable de los mismos, la cual funge como límite legítimo al ejercicio del derecho propio étnico, al igual que las afectaciones graves a la dignidad humana. No obstante, los límites fijados por la Constitución y por su intérprete primario, ha señalado también la necesidad de maximizar la autonomía de las comunidades; en este sentido, el argumento de la Corte es que esto se logra cuando existe un mayor grado de respeto a la integridad cultural debido a que se preserva en mayor medida la autonomía de las comunidades.

IMPORTANCIA DE LA CONSULTA PREVIA COMO UNO DE LOS MECANISMOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS GRUPOS ÉTNICOS

Teniendo en cuenta que Colombia es un Estado con una gran población étnica, pero que también enfrenta grandes problemáticas como desplazamiento forzado por causa de los grupos al margen de la ley y la explotación de recursos en los distintos territorios por causa de las multinacionales, la Consulta Previa como derecho de los grupos étnicos toma suma importancia.

Durante muchos años, estos grupos han sido vulnerados –no solo por los grupos armados y algunos personajes del

sector privado sino también— por las instituciones públicas, en tanto que han sido partícipes del rezago monumental que no deja que los pueblos se desarrollen adecuadamente en concordancia con sus costumbres.

Esta noción se sustenta en que, si se remontan nuevamente al descubrimiento de América, se podría decir que las comunidades indígenas han sido transgredidas en sus derechos; toda vez que desde esos inicios las tribus fueron despojadas de sus riquezas y recursos, al tiempo que eran explotados y maltratados; en contraste con lo que hoy se percibe, denota un progreso amplio pues con este mecanismo ellos pueden tomar parte y tienen poder de decisión en los aspectos que los afectan.

Por tal razón, se puede configurar como el restablecimiento del derecho innato de estas poblaciones no solo frente a la tierra que ancestralmente poseen sino sobre la autodeterminación que tienen ya que son ellos mismos quienes deben gobernarse bajo sus propios parámetros.

203

Ahora bien, el derecho como tal es innato a estos grupos, el derecho es reconocido positivamente dentro de la Constitución política y diversas leyes; también se tiene el procedimiento para efectivizar o materializar este derecho mediante la figura de la Consulta Previa tanto en las medidas legislativas o administrativas que vaya a adoptar el Estado siempre que afecten estos grupos.

El Estado Colombiano está en la obligación jurídica, moral y social de proveer para los grupos étnicos muy a pesar de ser una minoría, una garantía real frente a los posibles agresores y frente al desconocimiento de sus derechos, pues bien, son estos los que ancestralmente han habitado estos territorios

difundiendo su cultura, sus costumbres, y en contraprestación solo han recibidos malos tratos, usurpación de riqueza, explotación de tierras y recursos, afrontando sus condiciones de vida.

Tiene gran connotación la protección de los recursos naturales, los territorios y las costumbres de los pertenecientes a las comunidades situadas en todo el territorio nacional. Y debido a la amplia diversidad cultural el Estado debe acoger normas y continuar enriqueciendo las bases normativas para salvaguardar la identidad de las diferentes comunidades, por ello en esta investigación se busca aportar aspectos que ayuden a proteger y salvaguardar la identidad de los pueblos indígenas mediante el análisis de la Consulta Previa.

204

Al respecto, muchos son los expertos en el tema que han sentido su punto de vista frente a la importancia de esta figura. La doctora Sarela Paz (2015) expresó.

“La consulta es un camino hacia la restitución del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas que les fue despojado con el proceso de colonización. En ese sentido, su reconocimiento y procesamiento, por parte de los Estados de la región, tiene una gran importancia en el desafío de descolonizarlos”.

Para ella, son dos razones básicamente las que concentran dicha importancia de la figura de la consulta: La primera, devuelve a los pueblos indígenas la condición política de pueblo, lo que significa la restitución del derecho de decisión sobre sus territorios.

La segunda, transforma cualitativamente la concepción de soberanía del Estado basada en un poder único que radica en el “pueblo” compuesto por ciudadanos; el Estado, al reconocer el derecho de libre determinación, se obliga a desarrollar una noción de soberanía negociada.

En todo este proceso de reconocimiento cultural de las comunidades, la Consulta Previa emerge como un componente preponderante para la prevención de las violaciones que se puedan generar por las acciones del Estado o de particulares; en este sentido es importante precisar en qué eventos los derechos colectivos de las comunidades adquieren tanta relevancia que el consentimiento de las comunidades en la realización de la Consulta Previa se hace necesario para la realización de infraestructura o proyectos de explotación.

Aunado a lo anterior, vale la pena precisar sobre la existencia del derecho al veto en el ordenamiento jurídico colombiano y la jurisprudencia internacional. En principio, la primera aclaración que hace la CIDH sobre el tema es que el deber de consultar y el deber de obtener el consentimiento no es lo mismo, y que para garantizar el derecho a la participación de las comunidades hay que precisar el alcance de cada uno.

205

En el caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, la Corte indicó que en ciertas ocasiones el Estado no solamente debe consultar a los pueblos indígenas o tribales sino también obtener su consentimiento. Para el Tribunal “consulta” y “consentimiento” no son lo mismo. El Consentimiento sería algo adicional a la consulta, que se aplicaría en casos de “grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad”.

La necesidad de Consulta no implica la existencia de un derecho al veto de proyectos. La República de Colombia, en su Corte Constitucional, sentencia T-376 del año 2012 reafirma este criterio señalando: "...la consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales; no constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT...". Sin embargo, a este respecto señaló la Corte, no se puede obligar a una comunidad étnica a renunciar a su forma de vida y cultura por la mera llegada de una obra de infraestructura o proyecto de explotación y viceversa.

206 En virtud de ello, en casos excepcionales o limite los organismos del Estado, y de forma residual el juez constitucional, si los elementos probatorios y de juicio indican la necesidad de que el Consentimiento de las comunidades pueda determinar la alternativa menos lesiva, así deberá ser.

Lo anterior como manifestación de la protección especial que la Constitución otorga a las minorías étnicas en aquellos proyectos cuya magnitud tiene la potencialidad de desfigurar o desaparecer sus modos de vida, motivo por el que la Corte encuentra necesario que la Consulta Previa y el Consentimiento Informado de las comunidades étnicas en general pueda determinar la alternativa menos lesiva en aquellos eventos que:

1. Impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto;
2. Estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas;

3. Representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros.

Lo anterior implica la necesidad de obtener el consentimiento de las comunidades en los casos anteriormente señalados.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Anaya, A. (2014). *El derecho de los pueblos indígenas a la autonomía política: fundamentos teóricos*. Vea en <http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/04/boletin2eticos.pdf>

CIDH, Caso No. 1253, comunidades indígenas mayas del distrito de Toledo (Belice). 12 de octubre de 2004. Párr. 142, anexo 61.

CIDH. Informe anual 2008. Vol. 2: informe anual de la relatoría especial para la libertad de expresión.

Colombia una Nación Multicultural mayo de 2007 DANE, Vea en http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia_nacion.pdf

Convenio 161, 1985.

Convenio 169 de la OITC sobre pueblos indígenas y tribales, 1989. Disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/--normes/documents/publication/wcms_100910.pdf

Corte Constitucional (16 de septiembre de 1997). Sentencia SU-442. [MP. Antonio Barrera Carbonell].

Corte Constitucional (3 de octubre de 2011). Sentencia T-740. [M.P.: Humberto Sierra Porto].

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-254 del año 1994 y C-139 del año 1996.

Corte Constitucional. Sentencia C-139 de 1996 [M.P.: Carlos Gaviria Díaz]. Ver también la Sentencia T-254 de 1994, M.P.; Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-188/93, Sección II.1.

- 208 Corte Constitucional. Sentencia T-376 de 17 de junio de 2012. Serie C. 245, párr. 145.
- Corte Constitucional. Sentencia T-380 de 1993, Sección II.8.
- Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 134.
- Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Suriname. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 166.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Claude Reyes y otros. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párrafo. 77.
- CrIDH, Caso Claude Reyes y otros. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párrs. 86-87.
- CrIDH, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Suriname. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 133-134.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) (2007). *Colombia una Nación*. Bogotá.
- Documento de Trabajo Interno DNP_DDTTS-SODT Dirección de Desarrollo Territorial _ Subdirección de Ordenamiento y Desarrollo Territorial. Véase en: https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/noticias/apuntes_sobre_consulta_previa_con_grupos_eticos.pdf. Consultado el 22 de julio 2015.
- El Trabajo del ACNUR con Pueblos Indígenas, Pueblos Indígenas en Colombia. Vea <http://www.acnur.org/t3/pueblos-indigenas/pueblos-indigenas-en-colombia/>
- ONU. (2006). *Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo*.
- ONU. (2007). *Reconocimiento empresarial de los derechos humanos patronales, globales, nacionales, regionales y sectoriales*. (A/HRC/4/35/Add.4).
- ONU. (2008). *Proteger, respetar y remediar: un marco para la empresa y los derechos humanos*. (A/HRC/8/5).

Derechos de las comunidades indígenas a la Consulta Previa

- ONU. (2009). Desarrollo Humano.
- ONU. (2011). Desarrollo Humano.
- ONU. (2012). *Plan de aplicación de la cumbre mundial sobre desarrollo sostenible*. (Parrs. 6A, 1) y 7, 36 y 38).
- Paz, S. (2015). *La Consulta Previa y los desafíos internacionales*. Consultado Ámbito Jurídico.com LEGIS Fecha 13 de febrero 2015 Vea en: http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-140213061a_consulta_previa_y_los_desafios_internacionales/noti-140213061a_consulta_previa_y_los_desafios_internacionales.asp?Miga=1
- Recomendación 115 (1961).
- Ruiz, O. y Donoso, G. (2014). *Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones. Derecho al veto*.
- Trabajo colectivo Pueblos Indígenas ONIC y Área de Derechos Humanos y Educación ONIC. Derechos de los pueblos indígenas y sistemas de jurisdicción propia. Jurisdicción especial indígena. Capítulo 4. Pág. 56.

Cómo citar este capítulo:

Mozo Gallardo, Á., Plata Coronado, S. & Acuña-Castañeda, S. (2017). Derechos de las comunidades indígenas a la Consulta Previa. J. Enamorado Estrada & D. del C. Navarro Suárez (Comp.) *Perspectivas ambientales contemporáneas* (pp.185-209). Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

Capítulo 6

El agua desde la mirada de los derechos humanos*

Jairo Antonio Enamorado-Estrada¹
Rafael Oyaga Martínez²
Arturo Javier González-Solano³
Lourdes Albor Chadid⁴

211

* Este capítulo de libro se deriva del proyecto de investigación de tesis doctoral: Evaluación de las Políticas en la Gestión de Recursos Hídricos en Colombia: Caso Santa Catalina 2016-2017.

- 1 Abogado, Universidad Simón Bolívar Barranquilla, Especialista en Derecho Ambiental Urbano Territorial. Universidad del Norte, Magister en Derecho Procesal de la Universidad Simón Bolívar, Barranquilla. Candidato a Doctor en Filosofía con Orientación en Ciencias Políticas, Universidad Autónoma de Nuevo León, México. Docente investigador del Programa de Derecho, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla. Adscrito al grupo de investigación Derechos Humanos, Tendencias jurídicas y Socio Jurídicas Contemporáneas-línea, Tendencias Ambientales Contemporáneas.
jenamorado@unisimonbolivar.edu.co
IDorcid.org/0000-0002-6991-9811
- 2 Abogado, Universidad del Atlántico, Especialista en Análisis y Gestión Ambiental, Universidad del Norte, Magister en Ciencias Ambientales, SUE. Docente investigador de la Universidad de la Costa. Doctor en Ciencias de la Educación, Universidad Rafael Belloso Chacín, Departamento de Ingeniería Civil y Ambiental.
royaga@cuc.edu.co
- 3 Ingeniero ambiental, Universidad de la Costa, Departamento de Ingeniería Civil y Ambiental.
agonzale47@cuc.edu.co
IDorcid.org/0000-0002-5258-2829
- 4 Psicóloga, Universidad Simón Bolívar Barranquilla, Especialista en Psicología Clínica Magister en Desarrollo Educativo y Social, Universidad Pedagógica Nacional, Docente investigadora del programa de Psicología, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla. Adscrita al grupo de Estudios de Género, Familia y Sociedad, Categoría A, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla.
lalbor1@unisimonbolivar.edu.co

INTRODUCCIÓN

Antes de entrar a dilucidar sobre la estrecha relación existente entre el agua y los derechos humanos es necesario realizar algunas precisiones relacionadas con el tema. En primer lugar, se esbozarán varias pinceladas sobre el agua, comenzando con unas nociones generales sobre su composición, su ubicación y distribución en el Planeta Tierra. En segundo lugar, se abordará la importancia socio económica del agua. En tercer lugar, se desarrollarán las regulaciones jurídicas de la materia, desde el ámbito internacional, nacional y jurisprudencial y, por último, arribaremos a algunas conclusiones anticipadas y provisionales.

212 El agua es una sustancia formada por dos átomos de hidrogeno y uno de oxígeno (H₂O), recurso natural irrenovable, cuyo cuidado es importante para las generaciones futuras, indispensable para la existencia de todas las formas conocidas de vida, convirtiéndose su distribución y uso, en un derecho humano fundamental que debe ser estudiado con frecuencia a fin de darle garantía a la población para que este derecho no sea vulnerado.

CONSIDERACIONES GENERALES

El término agua se refiere a la sustancia en su estado natural, generalmente la hallamos en estado líquido; aunque también es posible encontrársele en forma sólida, en tal caso, recibe el nombre de hielo, y a veces, en forma gaseosa denominada vapor. Esta sustancia vital cubre el 71% de la superficie de la corteza terrestre (Bjorn, 2001, p.22). Se localiza principalmente en los océanos donde se concentra el 96,5% del agua total, los glaciares y casquetes polares poseen el 1,74%, los

depósitos subterráneos, los permafrost y los glaciares continentales suponen el 1,72% y el restante 0,04% se reparte en orden decreciente entre lagos, humedad del suelo, atmósfera, embalses, ríos y seres vivos.

El agua es un elemento común en toda la estructura del sistema solar, hecho que fue descubierto en la investigación liderada por el Seminario Europeo Clínico Nutricional en 2007 (Baroni, Cenci, Tettamanti, & Berati, 2007, pp.279-286). Puede encontrarse, principalmente, en forma de hielo; de hecho, es el material base de los cometas y el vapor que compone sus colas.

Desde la ciencia de la física, se tiene entendido que el agua circula permanentemente en un ciclo de evaporación o transpiración y desplazamiento hacia el mar. Los vientos transportan tanto vapor de agua como el que se vierte en los mares mediante su curso sobre la tierra, en una cantidad aproximada de 45.000 km³ al año. En tierra firme, la evaporación y transpiración contribuyen con 74.000 km³ anuales al causar precipitaciones de 119.000 km³ cada año (American Chemical Society, 2006). Se estima que aproximadamente el 70% del agua dulce se destina a la agricultura. (Ramírez Quirós, 2005), el 20% en la industria, empleándose en tareas de refrigeración, transporte y como disolvente de una gran variedad de sustancias químicas. El consumo doméstico absorbe el 10% restante del total mundial.

213

En suma, se dice que el agua es esencial para la mayoría de las formas de vida conocidas por el hombre, incluida la humana (Rastogi, 1996, p.54), debido a ello, el acceso al agua potable se ha incrementado durante las últimas décadas en la superficie terrestre. Sin embargo, estudios de la FAO

estiman que uno de cada cinco países en vías de desarrollo tendrá problemas de escasez de agua antes de 2030 (Park, 2007, p.56); en esos países es vital un menor gasto de agua en la agricultura lo que se logra modernizando los sistemas de riego (Swain, 2004, p.87)

IMPORTANCIA SOCIOECONÓMICA DEL AGUA

214 En este orden de ideas, se puede afirmar que el agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. Además, es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de los derechos humanos, razón por la cual, ya se le ha dado este carácter. No obstante lo anterior, en la actualidad, más de 1.000 millones de personas carecen de un suministro suficiente de agua y varios miles de millones no tienen acceso a servicios adecuados de saneamiento, lo cual constituye la principal causa de contaminación y de las enfermedades relacionadas con ella (OMS, 1993, p.1). Dado su carácter esencial para la vida humana, ha sido incorporada al catálogo de los derechos humanos establecidos en varias Constituciones Políticas, como un derecho humano (Constitución Política de Ecuador, Art. 12, 2008), a tal punto que se considera que el continuo deterioro de los recursos hídricos y, su distribución desigual, están agravando la pobreza ya existente.

REGULACIONES JURÍDICAS DEL AGUA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Es pertinente abordar los aspectos jurídicos vinculados con el agua, más específicamente los atinentes a sus regulaciones legales desde los campos del Derecho internacional, nacional y jurisprudencial. Aunque el derecho al agua no está reconocido expresamente como un derecho humano

independiente en los Tratados Internacionales, no pueden negarse las discusiones que en cuanto al tema se han dado con el fin de internacionalizar su adopción paulatina como derecho, por lo menos de manera conjugada.

Por ejemplo, el concepto de la cantidad básica de agua requerida para satisfacer las necesidades humanas fundamentales se enunció por primera vez en 1997 en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, celebrada en Mar del Plata. En su Plan de Acción se afirmó que todos los pueblos y comunidades, cualquiera que sea su etapa de desarrollo y sus condiciones socio-económicas, tienen derecho al agua potable en cantidad y calidad acordes con sus necesidades básicas. No obstante, ello, varios otros planes de acción han mencionado el agua potable y el saneamiento como un derecho humano.

En ese orden de ideas, en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 1994, los Estados afirmaron que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para sí y para su familia, lo que incluye alimentación, vestido, vivienda, agua y saneamiento adecuados. En el Programa Hábitat, aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II) en 1996, el agua y el saneamiento también se consideraron parte del derecho a un nivel de vida adecuado.

Estos avances fueron penetrando poco a poco a nivel regional y, como producto de ello, el derecho al agua se empezó a reconocer en declaraciones regionales. Así, el Consejo de Europa afirmó que toda persona tiene derecho a una cantidad suficiente de agua para satisfacer sus necesidades básicas (Recomendación del Comité de Ministros a

los Estados miembros sobre la Carta Europea de Recursos Hídricos, 2001). En 2007, los dirigentes de Asia y el Pacífico convinieron en reconocer que el derecho de las personas a disponer de agua potable y de servicios básicos de saneamiento es un derecho humano básico y un aspecto fundamental de la seguridad humana (Primera Cumbre del Agua Asia-Pacífico, 2007).

En la Declaración de Abuja, aprobada en la Primera Cumbre América del Sur-África, en 2006, los Jefes de Estado y de Gobierno declararon que promoverían el derecho de sus ciudadanos al acceso al agua potable y a la sanidad dentro de sus respectivas jurisdicciones. Dichas declaraciones demuestran un consenso y una manifestación política de intenciones sobre la importancia de reconocer y hacer realidad el derecho al agua.

216

Por otra parte, en noviembre de 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobó su Observación General N° 15 sobre el derecho al agua, donde se define este derecho, se detalla su contenido y se enumeran las directrices mínimas para ser tenidas en cuenta por los Estados. Ahora bien, como ya se expresó, aunque el derecho al agua no está reconocido expresamente como un derecho humano independiente en los tratados internacionales, no puede negarse que ello ha generado debates que confluyen en la necesidad de internacionalizar su adopción paulatina como derecho, por lo menos de manera conjugada.

En tal sentido, en 2006, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos aprobó las directrices para la realización del derecho al agua potable y al saneamiento. En ellas se utiliza la definición del derecho al

agua elaborada por el Comité, y el derecho al saneamiento se define como el derecho de toda persona a acceder a un servicio adecuado y seguro que proteja la salud pública y el medioambiente (E/CN.4/Sub.2/2005/25).

En 2007, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), a petición del Consejo de Derechos Humanos, llevó a cabo un estudio sobre el alcance y el contenido de las obligaciones pertinentes en materia de derechos humanos relacionadas con el acceso equitativo al agua potable y el saneamiento (A/HRC/6/3). En él, la Alta Comisionada para los Derechos Humanos concluyó que había llegado el momento de considerar el acceso al agua potable y al saneamiento como un derecho humano.

Es así como los antecedentes enunciados permitieron la aparición de las normas internacionales de derechos humanos que comprenden obligaciones específicas relacionadas con el agua potable. Esas obligaciones exigen a los Estados que garanticen a todas las personas el acceso a una cantidad suficiente para el uso personal y doméstico, que comprende el consumo, el saneamiento, el lavado de ropa, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. También les exigen que aseguren progresivamente el acceso a servicios de saneamiento adecuados, como elemento fundamental de la dignidad humana y la vida privada, pero también que protejan la calidad de los suministros y los recursos de agua potable (ONU, 2011, p.3).

217

En efecto, dentro del Pacto de New York de 1966, se enumeran una serie de derechos que dimanan del derecho a un nivel de vida adecuado, “incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados”, y son indispensables para su realización. El uso de la palabra “incluso” indica que esta enumeración

de derechos no es exhaustiva. Así las cosas, el derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular, porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia (CDESC, GC N° 6, 1995).

En punto a lo anteriormente expresado, debe destacarse que el acceso al agua potable es un requerimiento prioritario para el goce de otros derechos humanos, como los de la vida, la integridad personal, la educación, la vivienda, la salud, el trabajo y la libertad, entre otros, e igualmente, se considera un elemento indispensable para lograr la igualdad de género y erradicar todas las formas de discriminación.

218

Particularmente y en relación con el derecho a la educación, es necesario señalar que los Estados en sus instituciones educativas, así como las particulares que la presten cuenten con servicios higiénicos para toda la comunidad estudiantil, especialmente tratándose del caso de niñas, donde es necesario la implementación de los correspondientes servicios sanitarios (ONU, 2009).

En relación con el derecho a la salud, la falta de acceso a agua potable y servicios de saneamiento tienen graves repercusiones. Según el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, cada año mueren alrededor de 1,8 millones de niños por diarrea y otras enfermedades provocadas por el agua insalubre y las condiciones deficientes de saneamiento. El acarreo de agua desde fuentes distantes también tiene graves consecuencias para la salud, especialmente de las mujeres y los niños. Además del gran peso que estos deben transportar, se ven expuestos a las enfermedades que se

contraen por contacto con el agua. El hecho de que la mayor parte del acarreo de agua recaiga en las mujeres y los niños tiene consecuencias asimismo para la educación y otras actividades productivas (CDESC, GC N° 20, 2009).

Cuando no se cuenta con agua y servicios de saneamiento dentro de la vivienda, la privacidad y la seguridad física toman un trasfondo diferente. Al no haber servicios adecuados de saneamiento en el hogar, las mujeres y los niños suelen tener que acudir a letrinas comunes o salir al aire libre para realizar sus necesidades fisiológicas. La falta de privacidad y seguridad en esos lugares los expone al acoso, los ataques, la violencia o las agresiones sexuales.

El agua potable y los servicios de saneamiento también son indispensables para las personas privadas de la libertad. Ese acceso es necesario para que se pueda hablar de un trato humano de los reclusos y del respeto de su dignidad inherente. Adicionado a lo expuesto puede decirse además que el derecho al agua puede verse afectado en la medida en que se respeten o no, otros derechos humanos. El acceso a agua potable y servicios de saneamiento se ve comprometido notablemente en el caso de las personas que no cuentan con una vivienda adecuada, a la educación, al trabajo o a la seguridad social.

Como aporte, la inseguridad de su tenencia, constituye un elemento fundamental del derecho a una vivienda digna y adecuada. La suspensión en los servicios de abastecimiento de agua ha sido utilizada también por propietarios y autoridades para obligar a las personas a abandonar sus viviendas. Las mejoras del acceso al agua potable y el saneamiento dependen además de las reivindicaciones logradas por los

afectados. Si no se respetan los derechos a la libertad de expresión, reunión o asociación, las oportunidades de las personas y las comunidades de protestar porque sus condiciones de vida se reducen abrumadoramente.

Igualmente, cabe anotar que el derecho al agua también está ligado al derecho al más alto nivel posible de salud y a una vivienda y una alimentación adecuadas. También debe considerarse conjuntamente con otros derechos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos; en primer lugar, el derecho a la vida y a la dignidad humana (CDESC, GC N° 15, 2002).

220 De lo hasta ahora expuesto se puede inferir que el derecho al agua comprende dos importantes facetas: por una parte, entraña libertades y, por la otra, conlleva al reconocimiento de derechos. Las libertades son el derecho al acceso a un suministro de agua necesario para ejercer el derecho al agua y el derecho a no ser objeto de injerencias, como, por ejemplo, a no sufrir cortes arbitrarios del suministro, o a la no contaminación de los recursos hídricos (CDESC, GC N° 15, 2002). En cambio, los derechos comprenden el derecho a un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho al agua, servicios de saneamiento durante la detención, y la participación en la adopción de decisiones relacionadas con el agua y el saneamiento a nivel nacional y comunitario.

En cuanto a las facetas que se generan del derecho al agua y, de sus prestaciones a quienes no cuentan con abastecimiento por factores económicos, se puede señalar que este derecho necesariamente comprende que los servicios de abastecimiento deban ser asequibles para todos y que nadie pueda

verse privado del acceso a ellos por no tener la capacidad de pagar. Además, es bien sabido que el marco de los derechos humanos no establece el derecho a un suministro de agua gratuito.

Sin embargo, en determinados casos o circunstancias y, en pro de la protección debida a las personas que presentan debilidades manifiestas, el acceso a agua potable y servicios de saneamiento puede ser gratuito, en caso de que la persona o la familia no la pueden sufragar. Es una obligación básica del Estado velar porque se satisfagan por lo menos los niveles esenciales mínimos del derecho, lo que comprende el acceso a la cantidad mínima indispensable para vivir dignamente

Dado lo anterior, los elementos del derecho al agua deben ser adecuados a la dignidad, la vida y a la salud humana. En dicho estándar, lo adecuado del agua no debe verse desde una perspectiva meramente restrictiva, simplemente en relación con cantidades volumétricas y tecnológicas, sino más bien, debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico. De acuerdo a la manera como se ejerza el derecho al acceso al agua, hay que tener presente que debe ser considerada con un carácter sostenible, de manera que este derecho pueda ser ejercido y garantizado a las generaciones actuales y futuras. En otras palabras, lo que resulta adecuado para el ejercicio del derecho al agua puede variar en función de distintas condiciones, pero teniendo en cuenta los siguientes factores:

221

- La disponibilidad: El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos. Esos usos comprenden normalmente el consumo, el saneamiento, la preparación de alimentos

y la higiene personal y doméstica, entre otros. La cantidad de agua disponible para cada persona debería corresponder a las directrices de la Organización Mundial de la Salud (Gleick, 1996, pp.83-92). También es posible que algunos individuos y grupos necesiten recursos de agua adicionales en razón de la salud, el clima y las condiciones de trabajo, con el fin de materializar dicho derecho bajo los parámetros de la calidad, accesibilidad y el acceso a la información.

222

- La calidad: El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas (OMS, 1993). Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico.
- La accesibilidad: El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta tres dimensiones superpuestas:
 - a) Accesibilidad física: El agua y las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. Debe poderse acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas (CDESC, GC N° 14, 2000). Todos los servicios e instalaciones de agua deben ser de calidad suficiente y culturalmente adecuados, y deben tener en cuenta las necesidades relativas al género, el ciclo vital y la intimidad. La

seguridad física no debe verse amenazada durante el acceso a los servicios e instalaciones de agua.

- b) **Accesibilidad económica:** El agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto.
- c) **No discriminación.** El agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.
- d) **Acceso a la información:** La accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua (CDESC, GC N° 15, 2002).

223

Por consiguiente, los parámetros expuestos son un mandato puesto al Estado por tratarse de una obligación de carácter prestacional, es decir, programática. Lo cual implica que el gobierno tenga la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el suministro adecuado y eficaz del agua. En otras palabras, el Estado debe respetar, proteger y cumplir con la prestación del servicio del agua, lo cual genera las obligaciones de respetar, proteger y cumplir:

Obligación de respetar

Exige que los Estados se abstengan de injerir directa o indirectamente en el ejercicio del derecho al agua. Implica,

a su vez, el abstenerse de toda práctica o actividad que deniegue o restrinja el acceso al agua potable en condiciones de igualdad, de inmiscuirse arbitrariamente en los sistemas consuetudinarios o tradicionales de distribución del agua, de reducir o contaminar ilícitamente el agua; por ejemplo, con desechos procedentes de instalaciones pertenecientes al Estado o mediante el empleo y los ensayos de armas, y de limitar el acceso a los servicios e infraestructuras de suministro de agua o destruirlos como medida punitiva, por ejemplo durante conflictos armados, en violación del Derecho Internacional Humanitario.

Obligación de proteger

224 Implica que el Estado evite que terceros menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho al agua. Por terceros se entiende particulares, grupos, empresas y otras entidades, así como quienes obren en su nombre. La obligación comprende, entre otras cosas, la adopción de las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y efectivas para impedir, por ejemplo, que terceros denieguen el acceso al agua potable en condiciones de igualdad y contaminen o exploten en forma no equitativa los recursos de agua.

Ahora bien, cuando los servicios de suministro de agua sean explotados o estén controlados por terceros, los Estados deben impedirles que menoscaben el acceso físico en condiciones de igualdad y a un costo razonable a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables.

Obligación de cumplir

Esta obligación se puede subdividir en obligación de facilitar, promover y garantizar. La obligación de facilitar exige que los Estados adopten medidas positivas que permitan y ayuden

a los particulares y las comunidades a ejercer el derecho. La obligación de promover impone al Estado la adopción de medidas para que se difunda información adecuada acerca del uso higiénico del agua, la protección de las fuentes de agua y los métodos para reducir sus desperdicios. Los Estados Partes también tienen la obligación de hacer efectivo (garantizar) el derecho en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con los medios a su disposición.

La obligación de cumplir exige que los Estados adopten las medidas necesarias para el pleno ejercicio del derecho al agua. Esta obligación comprende, entre otras cosas, la necesidad de reconocer en grado suficiente este derecho en el ordenamiento político y jurídico nacional, de preferencia mediante la aplicación de las leyes; adoptar una estrategia y un plan de acción nacionales en materia de recursos hídricos para el ejercicio de este derecho; velar porque el agua sea asequible para todos, y facilitar un acceso mayor y sostenible al agua, en particular en las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas.

Para garantizar que el agua sea asequible, los Estados deben adoptar las medidas necesarias, entre las que podrían figurar: a) la utilización de un conjunto de técnicas y tecnologías económicas apropiadas; b) políticas adecuadas en materia de precios, como el suministro de agua a título gratuito o a bajo costo; y c) suplementos de ingresos. Todos los pagos por servicios de suministro de agua deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos

los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que no recaiga en los hogares más pobres una carga desproporcionada de gastos de agua en comparación con los hogares más ricos.

226 Los Estados deben adoptar estrategias y programas amplios e integrados para velar porque las generaciones presentes y futuras dispongan de agua suficiente y salubre (Plan de Aplicación de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, 2002, párrs. 6 a), l) y m), 7, 36 y 38). Entre esas estrategias y esos programas podrían figurar: a) reducción de la disminución de los recursos hídricos por extracción insostenible, desvío o contención; b) reducción y eliminación de la contaminación de las cuencas hidrográficas y de los ecosistemas relacionados con el agua por radiación, sustancias químicas nocivas y excrementos humanos, c) vigilancia de las reservas de agua; d) seguridad de que los proyectos de desarrollo no obstaculicen el acceso al agua potable; e) examen de las repercusiones de ciertas actividades que pueden afectar la disponibilidad del agua y en las cuencas hidrográficas de los ecosistemas naturales, como los cambios climáticos, la desertificación y la creciente salinidad del suelo, la deforestación y la pérdida de biodiversidad; f) aumento del uso eficiente del agua por parte de los consumidores; g) reducción del desperdicio de agua durante su distribución; h) mecanismos de respuesta para las situaciones de emergencia, y finalmente, i) creación de instituciones competentes y establecimiento de disposiciones institucionales apropiadas para aplicar las estrategias y los programas (CDESC, GC N° 15, 2002).

Otro punto a tener en cuenta, más allá de las obligaciones genéricas que reposan en cabeza del Estado, es lo relacionado

con el sector privado, en particular frente a aquellos que proveen los servicios de abastecimiento de agua, quienes en su actividad lucrativa intervienen directamente en el suministro de agua. El sector privado, particularmente los grandes productores agrícolas y la industria, son también importantes consumidores de agua. El riego sigue siendo el uso principal, pero las proyecciones indican que la industria absorberá la mayor parte del aumento del consumo de agua a futuro. En ese marco, existe el riesgo de que los intereses de los económicamente en vías de desarrollo se vean en desventaja por los de los grandes productores agrícolas y la industria, dos grupos de interés de mucho poder político. (PNUD, 2006, pp.14-15)

Aunque es posible que las empresas contribuyan favorablemente al disfrute de los derechos humanos, también pueden menoscabarlo, por ejemplo, a través de la contaminación, la sobreexplotación o la apropiación de los recursos hídricos que las comunidades necesitan para beber. Cuando la prestación de los servicios de agua corre a cargo del sector privado, puede haber intranquilidad en relación con la posibilidad de cortes arbitrarios e ilegales, la asequibilidad de los servicios de agua, y saneamiento y prestación de esos servicios a los grupos vulnerables y marginados.

El sector privado puede influir en el disfrute del derecho al agua también en el lugar de trabajo. En el Convenio 161 de 1985 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los servicios de salud se remarcó la responsabilidad de los empleadores por la salud y seguridad de sus trabajadores, lo que incluye el acceso a agua potable y servicios de sanea-

miento. En varias propuestas voluntarias idealizadas por empresas, también se ha reconocido su responsabilidad de proporcionar agua potable y servicios de saneamiento en el lugar de trabajo (A/HRC/4/35/Add.4). Si el empleador facilita la vivienda, la Recomendación 115 de la OIT sobre la vivienda de los trabajadores destaca que el empleador debe garantizar el acceso a servicios de saneamiento adecuados, así como a agua potable en cantidades suficientes para satisfacer todos los usos personales y domésticos.

228 Aunque la responsabilidad principal de velar porque los agentes privados respeten los derechos humanos sigue recayendo en los Estados, según el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos, las empresas comerciales tienen la responsabilidad de respetar todos los derechos humanos, incluido el agua (A/HRC/8/5). Esta es la responsabilidad básica que la sociedad espera de las empresas, y se ha reconocido en un amplio abanico de instrumentos jurídicos no vinculantes. También la invocan organizaciones comerciales mundiales y empresas individuales de todo el mundo.

Pese a que las empresas como entes ficticios no tienen obligaciones directas, en virtud de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en lo que respecta al derecho al agua, con frecuencia tienen deberes generados de las leyes nacionales sobre el acceso al agua y su uso que se han establecido en cumplimiento de las obligaciones internacionales de los gobiernos. Indistintamente de los requisitos legales de los países en que se generan, las empresas tienen que responder a la expectativa cada vez más clara de la sociedad de que sus acciones y actividades respetarán

los derechos humanos y no degenerarán el disfrute de esos derechos por las personas. Esta expectativa se ejemplifica también en la creciente tendencia a aceptar la responsabilidad social de las empresas como parte del comportamiento empresarial y social.

REGULACIONES JURÍDICAS NACIONALES Y JURISPRUDENCIALES DEL CASO

De acuerdo con lo reseñado es pertinente enfocar seguidamente las regulaciones jurídicas de carácter nacional relacionadas con la materia cómo también los correspondientes pronunciamientos jurisprudenciales del caso. Expuesto lo anterior, se puede observar como desde la perspectiva constitucional colombiana, los criterios expuestos se tornan en una realidad jurídica. Ejemplo de ello, son los siguientes pronunciamientos de los fallos de la honorable Corte Constitucional de Colombia:

229

- T-366 de 1993 (Derecho al agua y ambiente sano): “El derecho al medioambiente no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas. De hecho, los factores perturbadores del medioambiente causan daños irreparables en los seres humanos y si ello es así habrá que decirse que el medioambiente es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad. A esta conclusión se ha llegado cuando esta Corte ha evaluado la incidencia del medioambiente en la vida de los hombres y por ello en sentencias anteriores de tutelas, se ha afirmado que el derecho al medioambiente es un derecho fundamental.
- La Constituyente de 1991 quiso establecer un marco jurídico adecuado para la debida atención de este asunto; por

ello señaló como una responsabilidad de orden estatal, la de atender el servicio público de saneamiento ambiental, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (Art. 49 C.P.). Puede decirse, entonces, que las obligaciones del Estado en relación con la preservación, conservación y protección del medioambiente, apuntan, todas ellas, a un mismo fin: el mejoramiento de la calidad de vida de la población y el aseguramiento del bienestar general.

230 El derecho a un ambiente sano, con la condición de servicio público, constituye, junto con la salud, la educación y el agua potable, un objetivo social, cuya realización se asume como una prioridad entre los objetivos del Estado y significa la respuesta a la exigencia constitucional de mejorar la calidad de vida de la población del país (C.P. Art.366) Sentencia SU-442 de 1997.

Conforme lo establece el artículo 79 de la Carta Fundamental, todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano, constituyendo un deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de dichos fines.

Este derecho se concibe como un conjunto de condiciones básicas que rodean a la persona y le permiten su supervivencia biológica e individual, lo cual garantiza a su vez su desempeño normal y su desarrollo integral en el medio social. En este sentido, el ambiente sano es un derecho fundamental para la supervivencia de la especie humana; sin embargo, su vulneración conlleva en determinados casos, al quebranta-

miento de derechos constitucionales fundamentales como la vida o la salud.

Por consiguiente, como lo dispuso el constituyente de 1991,

el Estado debe garantizar el derecho a gozar de un ambiente sano y adoptar las medidas encaminadas a obtener el mejoramiento de la calidad de vida de la población y el aseguramiento del bienestar general, a fin de evitar que se causen daños irreparables a la persona, ya que, en tales circunstancias, dicho derecho es susceptible de ser protegido, como se ha expuesto, a través del ejercicio de la acción de tutela. (República de Colombia, Corte Constitucional, T-740 de 2011).

En el ordenamiento jurídico colombiano el agua tiene una doble connotación pues se erige como un derecho fundamental y como un servicio público. En tal sentido, todas las personas deben poder acceder al servicio de acueducto en condiciones de cantidad y calidad suficiente y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

231

El Título VII del Capítulo V de la Constitución, denominado “De la finalidad social del Estado y de los Servicios Públicos” enmarca el régimen constitucional de los servicios públicos. En este se establece una vinculación esencial entre el Estado Social de Derecho y la prestación de los servicios públicos; así en el artículo 365 se indica:

Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su

prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que, en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita. (Título VII del Capítulo V de la Constitución Política de Colombia de 1991)

232

Siguiendo esta línea y respecto al servicio de agua, el artículo 366, señala:

El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación. (Constitución Política de Colombia de 1991)

El servicio de agua potable es de “aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios

y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas” (Corte Constitucional de Colombia, 1992), por lo que hace parte de los denominados servicios públicos domiciliarios, especie dentro del género servicio públicos.

Respecto de estos, el artículo 367 de la Carta Política se ocupa de la siguiente manera:

La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos. (Constitución Política de Colombia de 1991)

Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación. La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas.

233

En desarrollo de estos preceptos constitucionales, el legislador expidió la Ley 142 de 1994, la cual se aplica, de acuerdo con su artículo 1 a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural, por lo que su funcionamiento debe circunscribirse a esta. Aunado a ello, el artículo 4 de la referida ley establece que cada uno de los servicios señalados en el artículo precedente son servicios públicos esenciales.

De otro lado, el agua se considera también como un derecho fundamental y, se define, de acuerdo con lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como “el derecho de todos de disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal o doméstico” (Corte Constitucional de Colombia, 2009).

234 El agua se erige como una necesidad básica, al ser un elemento indisoluble para la existencia del ser humano. Esta necesidad es universal, por cuanto todos y cada uno de los hombre y mujeres, independientemente de la raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, del lugar que se encuentre o la posición social que tenga, requiere de este recurso para su subsistencia; es inalterable, pues nunca se logrará hacerla desaparecer, ni tampoco reducirla más allá de los topes biológicos. Y es objetiva ya que no tiene que ver con la percepción subjetiva del mundo o está ligada a un concepto indeterminado preestablecido, sino que se instituye como condición ineludible para cada una de las personas que integran el conglomerado social, lo cual la erige como una necesidad normativa y por tanto se constituye el fundamento del derecho fundamental al agua.

Así lo ha reconocido esta Corporación en la República de Colombia, en su Corte Constitucional, sentencias T-578 de 1992, Sentencia T-140 de 1994 y Sentencia T-207 de 1995 en las que manifestó:

el agua constituye fuente de vida y la falta del servicio atenta directamente con el derecho fundamental a la vida de las personas. Así pues, el servicio público domici-

liario de acueducto y alcantarillado en tanto que afecte la vida de las personas, salubridad pública o salud, es un derecho constitucional fundamental y como tal debe ser objeto de protección a través de la acción de tutela.

En este mismo sentido, en otra oportunidad, señaló que: “Así la falta de prestación [del servicio de acueducto] también está llamada a constituir una posible violación de derecho que tienen todas las personas a vivir una vida digna” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 1104, 2005).

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho al agua se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional, pues esta normatividad, de acuerdo con el artículo 93 de la Constitución, se erige como normas con rango constitucional o como estándares internacionales que sirven como pautas de interpretación de los derechos que hacen parte del sistema jurídico colombiano.

235

El agua si bien es un recurso natural, gracias a los avances que se han dado en el Derecho Internacional de los derechos Humanos, hoy en día ocupa el rango de derecho humano. Por tal motivo, el desconocimiento de las facetas de este derecho por parte del Estado, así como de particulares, acarrea en todo caso su responsabilidad.

CONCLUSIÓN

En este orden de ideas, se enunciarán una serie de reflexiones encaminadas a contribuir con el debate e incentivar la efectividad de las políticas públicas relacionadas con el agua desde la mirada de los derechos humanos. Desde esa perspectiva, los Estados deben cumplir con sus obligaciones básicas en

cuanto al derecho al agua, esto es, la obligación de cumplir, proteger y garantizar. De no hacerlo, se habilita la vía del juez constitucional para que, mediante una acción de tutela o una acción de cumplimiento, según el caso, se tomen las medidas necesarias para la prestación efectiva de los servicios de agua potable y se pueda gozar del derecho.

El derecho al agua por su noble connotación, se relaciona directamente con otro derecho, como la vida y la integridad personal, la cual es necesaria para gozar de en condiciones de dignidad y seguridad integral, previsto en las normas nacionales e internacionales. Más allá de ser una obligación del Estado garantizar su distribución, es un acto de humanidad que se trabaje en las comunidades y zonas más vulneradas con el tema del agua, situación que en Colombia, en pleno desarrollo científico y tecnológico, existen aún brechas sociales de mucha importancia con respecto al acceso al vital líquido, causando deshidrataciones y hasta la muerte, escenario que debe ser visto con la vara de la justicia a fin de lograr una mayor equidad sobre la temática referida.

236

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- American Chemical Society (2006). *Chemistry in the community*. Nueva York: W.H. Freeman. ISBN 9780716789192.
- Baroni, L., Cenci, L., Tettamanti, M. & Berati, M. (2007). Evaluating the environmental impact of various dietary patterns combined with different food production systems. *European Journal of Clinical Nutrition*, 61, 279-286.
- Björn, L. (2001). *The Skeptical Environmentalist*. Londres: Cambridge University Press. ISBN 0-521- 01068-3.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1995). Observación General No. 6.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2000). Observación General No.14.

- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2002). Observación General No. 15.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2009). Observación General No. 20.
- Constitución Política de Ecuador. (2008). Art. 12.
- Corte Constitucional. Sentencia T-1104 de 2005.
- Corte Constitucional. Sentencia T-381 de 2009.
- Corte Constitucional. Sentencia T-578 de 1992.
- Gleick, P. H. (1996). Basic water requirements for human activities: meeting basic needs. *Water International*, 21, 83-92.
- OMS. (1993). *Guías para la calidad del agua potable*. Segunda edición, vols. 1 a 3. Ginebra.
- Park, C. (2007). *A dictionary of environment and conservation*. Oxford: Oxford University Press. ISBN 0198609957.
- Ramírez Quirós, F. (2005). *Tratamiento de Desinfección del Agua Potable. Canal Isabel II*. Madrid: Editorial Canal Educa. ISBN 84-933694-3-8.
- Rastogi, S. C. (1996). *Cell and molecular biology*. Delhi, India: 237 New Age International. ISBN 8122412882.
- Recomendación Rec (2001). *14 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la Carta Europea de Recursos Hídricos*.
- Swain, A. (2004). *I-Water Scarcity. Managing water conflict*. Nueva York: Routledge. ISBN 071465566X.

Cómo citar este capítulo:

Enamorado-Estrada, J. A., Oyaga Martínez, R., González-Solano, A. J. & Albor Chadid, L. (2017). El agua desde la mirada de los derechos humanos. J. Enamorado Estrada & D. del C. Navarro Suárez (Comp.) *Perspectivas ambientales contemporáneas* (pp.211-237). Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

A propósito de los 43 años del Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medioambiente*

Pilar Ruiz Zapata¹
Doris del Carmen Navarro-Suárez²
Jairo Antonio Enamorado-Estrada³
Dionisio Rangel Obregón⁴
Valeria Fontalvo Ortiz⁵

“El ambiente es patrimonio común de la humanidad y necesario para la supervivencia y El desarrollo económico y social de los pueblos.” (Código de Recursos Naturales Renovables y de protección al l medioambiente)

239

* Este capítulo de libro se deriva dentro del proyecto de investigación: La responsabilidad del Estado colombiano frente al daño ambiental a las víctimas con ocasión del conflicto armado.

- 1 Abogada Universidad Autónoma del Caribe, Especialista en Derecho del Medioambiente Universidad Externado de Colombia, Magister en Derecho de la Universidad del Norte Barranquilla, Docente del Programa de Derecho Universidad Simón Bolívar, Barranquilla. pruiz6@unisimonbolivar.edu.co
- 2 Abogada, Universidad de la Costa, Especialista en Derecho del Medioambiente Universidad Externado de Colombia, Magister en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo, Doctorante en Filosofía con Orientación en Ciencias Políticas de la Universidad Autónoma de Nuevo León, México. Docente investigadora del Programa de Derecho, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla. Adscrita al grupo de investigación: Derechos Humanos, Tendencias jurídicas y Sociojurídicas Contemporáneas-línea Tendencias Ambientales Contemporáneas-Perspectivas y Retos del Derecho Constitucional y Administrativo. dnavarro1@unisimonbolivar.edu.co ID orcid.org/0000-0002-7865-9433
- 3 Abogado Universidad Simón Bolívar, Barranquilla. Especialista en Derecho Ambiental Urbano Territorial Universidad del Norte. Magister en Derecho Procesal de la Universidad Simón Bolívar, Barranquilla. Candidato a Doctor en Filosofía con Orientación en Ciencias Políticas Universidad Autónoma de Nuevo León, México. Docente investigador del Programa de Derecho Universidad Simón Bolívar, Barranquilla. Adscrito al grupo de investigación Derechos Humanos, Tendencias jurídicas y Sociojurídicas Contemporáneas-línea, Tendencias Ambientales Contemporáneas. jenamorado@unisimonbolivar.edu.co ID orcid.org/0000-0002-6991-9811
- 4 Estudiante del Programa Derecho Universidad Simón Bolívar, Barranquilla. dionisiorobregon@hotmail.com
- 5 Estudiante del Programa de Derecho Universidad Simón Bolívar, Barranquilla. vfontalvo5@unisimon.edu.co

INTRODUCCIÓN

En los albores de la década de los sesenta y en plena gesta de grupos civiles en el planeta, el tema ambiental fue tomando relevancia en el plano internacional ante las ya constantes manifestaciones de los llamados hippies en los Estados Unidos y las usuales y reiteradas denuncias respecto a las consecuencias que sobre la salud humana implicaba el incremento acelerado del sector industrial, sin tener en cuenta consideraciones ambientales, principalmente en las industrias automotriz y agroquímica.

240 El ya famoso estudio sobre las tendencias y los problemas económicos realizado por el Massachusetts Institute of Technology dirigido por Dennis L. Meadows *Los Límites del crecimiento* encargado por el renombrado Club de Roma donde se concluyó, entre otros aspectos, que como consecuencia de la disminución de los recursos naturales, hacia el año 2000, se produciría una grave crisis en las producciones industriales y agrícolas que invertirían el sentido de su evolución, así como las denuncias hechas por Jhon Von Neuman, hicieron eco en la Organización de las Naciones Unidas para que por primera vez se reunieran Jefes de Estado y de Gobierno, logrando que se proclamase en el año 1972 la “Declaración de Estocolmo sobre Medioambiente Natural y Artificial”, conocida así mismo como “la Cumbre del Medio Humano”, que si bien es cierto hace un llamado más al hombre que a los Estados como sí lo hace la Declaración de Río de Janeiro de 1992, sirvió de base que para que la mayoría de los países desarrollaran una legislación cuyo objetivo fuera la protección al medioambiente natural por los

efectos negativos que sobre este ya se vislumbraban por las ambiciones del hombre.

Colombia no fue ajena a todos estos procesos que se venían gestando a nivel internacional; fue así como en el año 1973 el Congreso de la República expidió la Ley 23 de 1973, columna vertebral de la legislación ambiental colombiana, la cual fue expedida al amparo de la Carta Magna de 1886. Es de anotar que el artículo 19 de la mencionada Ley estableció:

De conformidad con el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, revístase al presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de un año, contados a partir de la fecha de sanción de esta ley, para reformar y adicionar la legislación vigente sobre recursos naturales renovales y preservación ambiental, con el fin de lograr un aprovechamiento racional y una adecuada conservación de dichos recursos. En ejercicio de las facultades que por la presente ley se confieren, el presidente de la República podrá expedir el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medioambiente. (Constitución Política de Colombia, 1991)

241

Esta facultad expresa, dio origen al Decreto 2811 de 1974, también llamado “Código nacional de recursos naturales renovables y del medioambiente”, y que fuera expedido por el presidente de entonces, Alfonso López Michelsen. Tal estatuto originalmente compuesto por 118 normas, se articuló sobre una declaración de gran valía: “El ambiente es patrimonio común”. Vale destacar que a pesar de haber sido expedido hace hoy 35 años, tal Código sigue regulando temas

tan importantes como atmósfera y espacio aéreo, aguas, tierra, suelo, subsuelo, flora, fauna, pendientes topográficas con potencial energéticos, algunos vanguardistas como los recursos geotérmicos, y recursos biológicos de las aguas y del suelo y subsuelo, recursos del paisaje, ruido y bienes producidos por el hombre en cuanto incidan o puedan incidir sensiblemente en el deterioro ambiental y otros temas que si bien es cierto hace 35 años no se preceptuaban tanto, con la magnitud de ahora, tal como el atinente a las condiciones de vida resultantes de asentamientos humanos urbanos o rurales.

El Código tantas veces citado trazó, desde un inicio, varios objetivos:

- 242
- El primero es preservar, restaurar y conservar el ambiente en el territorio colombiano, así como el uso racional de los recursos naturales renovables según criterios de equidad, que aseguren el desarrollo armónico del hombre y de dichos recursos, la disponibilidad permanente de estos, para beneficio de la salud y el bienestar de los presentes y futuros habitantes del país, siendo llamativo este principio porque cuando aún no se había creado como tal el concepto de “desarrollo sostenible”, dicho Código ya se pronunciaba al respecto.

Haciendo un paréntesis, el Informe Bruntland, que hizo famosa las palabras desarrollo sostenible, lo define como “aquel desarrollo que satisface las necesidades de las presentes generaciones sin comprometer la habilidad de las futuras para satisfacer sus propias necesidades”, noción acogida posteriormente en nuestro derecho positivo, entendiendo por tal “el que conduzca al crecimiento económico,

a la elevación de la calidad de vida y al bienestar social, sin agotar la base de recursos naturales renovables en que se sustenta, ni deteriorar el medioambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades”.

- El segundo objetivo: prevenir y controlar los efectos nocivos de la explotación de los recursos naturales no renovables sobre los demás recursos, y el último objetivo regular la conducta humana, individual o colectiva y la actividad de la administración pública, respecto del ambiente y de los recursos naturales renovables y las relaciones que surgen del aprovechamiento y conservación de tales recursos y de ambiente.

Lo anterior no significa que Colombia no tuviera una legislación con tiznes ambientales, ya que el Código Civil tenía algunas normas que si bien es cierto no eran ambientales en sentido estricto sí estaban directamente relacionadas con el uso de los recursos naturales renovables como el agua. Respecto a esto, ya en el imperio de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional precisó: “En el fondo se podría decir que la finalidad del código fue la de crear una legislación ambiental en el país, por lo cual decidió sustraer de la legislación civil ciertas materias relacionadas con el uso de los recursos naturales”.

En efecto, no toda disposición jurídica que regula el empleo de un recurso natural debe ser entendida como una norma ambiental”. Así mismo, estableció se considera que la decisión gubernamental de modificar ciertas normas civiles es totalmente congruente con la finalidad de la regulación ecológica

que se quería expedir en ese momento, puesto que uno de sus objetivos, tal y como lo establece la Ley habilitante y las primeras normas del propia código, era lograr un aprovechamiento racional y una adecuada conservación de los recursos naturales renovables.

El Legislador de hace 43 años bien podríamos decir fue vanguardista, si bien la intención cuenta, el atraso en que nos encontramos respecto a la socialización y el desconocimiento que existe y la poca aplicabilidad del mismo, pareciera que hubiéramos estado en un limbo jurídico hasta el año de 1991 con la Constitución Política de Colombia que, sin duda alguna, impulsó notablemente no solo la importancia del derecho al medioambiente, sino lo imperioso y necesario de su inmediata protección.

244 El artículo primero de la Constitución vigente, a propósito, sentó la base o piedra angular para alcanzar dicho fin, al establecer, como principio orientador del actuar del Estado la prevalencia del interés general. Adicionalmente a lo anterior, el constituyente primario incorporó en la propia Constitución lo que a la postre fueron denominados derechos “colectivos y del ambiente” (artículo 78 y siguientes), los cuales asumieron a la vez la connotación de facultad y deber: “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano” y “Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines” (artículo 79 de la Constitución). Todo esto, complementado con otras normas de la misma constitución, que el mismo constituyente incluyó, ha permitido concebir a la Carta de 1991 como una verdadera Constitución Ecológica, al decir de

la propia jurisprudencia (República de Colombia, en su Corte Constitucional, Sentencia T-411 de 1992).

Desde el punto de vista normativo, doctrinal y jurisprudencial, existe hoy pacífico consenso en advertir que existe un derecho al medioambiente sano, facultad esta que al ser incluida en normas de naturaleza constitucional se torna incluso en fundamental para el ser humano, debido a su derecha e indiscutible conexión a facultades básicas (y fundamentales al igual) como la vida y la propia salud o la posibilidad de ser considerados incluso necesarios para gozar de tan elementales prerrogativas.

Autores concluyen, de primera mano, que el significado o núcleo del derecho al medioambiente se encuentra en su contribución a la salud pública, así como a los procesos de interacción humana; por ello, no se vacila en afirmar que el derecho al medioambiente es aquel que por su naturaleza contribuye a la salud pública y al mantenimiento de los equilibrios ecológicos, mientras otros destacan que el derecho al medioambiente puede concebirse como el conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que pueden influir de una manera relevante en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sistemas de los organismos vivos y sus sistemas de ambiente, mediante la generación de efectos de lo que se espera una modificación significativa de las condiciones de existencia de dichos organismos.

La jurisprudencia constitucional colombiana igualmente, como se ha indicado, desde sus inicios, promovió una concepción finalista de la forma en que debía ser concebida la Carta Magna, lo que de hecho aparejó la idea de que además

de los derechos estrictamente mencionados como fundamentales en la Constitución existían otros por conexidad o por referencia, dentro de los cuales se sumaban los correspondientes a gozar de un medioambiente sano, con todo lo que ello implica.

246 En una sentencia que sigue siendo considerada paradigmática para lo concerniente a la extensión del catálogo de los derechos objeto de protección vía de amparo, como lo es la República de Colombia, en su Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992, cuyo magistrado ponente fue Ciro Angarita Barón, el Tribunal Constitucional –adoptando una posición que denominó como intermedia– concluyó que los denominados (gramaticalmente) por la Constitución como derechos sociales, económicos y culturales no eran mera expresión programática del constituyente primario, sino facultades propias de la condición humana (incluso en forma colectiva) que debían ser objeto de garantía constitucional. En las propias palabras de la Corte

...los derechos económicos sociales y culturales, promovidos a nivel constitucional durante las primeras décadas del siglo y conocidos como la segunda generación de derechos humanos, no han sido incorporados al ordenamiento jurídico de las democracias constitucionales simplemente por ser considerados como un elemento adicional de protección.

La razón de ser de tales derechos está en el hecho de que su mínima satisfacción es una condición indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. Dicho de otra forma, sin la satisfacción de unas condiciones mínimas de

existencia, o en términos del artículo primero de la Constitución, sin el respeto “de la dignidad humana” en cuanto a sus condiciones materiales de existencia, toda pretensión de efectividad de los derechos clásicos de libertad e igualdad formal consagrados en el capítulo primero del título segundo de la Carta, se reducirá a un mero e inocuo formalismo, irónicamente descrito por Anatole France cuando señalaba que todos los franceses tenían el mismo derecho de dormir bajo los puentes. Sin la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos son una mascarada.

Igualmente, a la inversa, sin la efectividad de los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales son insignificantes. Fue este mismo Tribunal el que, en el mismo año de 1992, en la República de Colombia, en su Corte Constitucional, Sentencias T-411 y T- 415, precisó la existencia de un derecho fundamental a un ambiente sano, en los siguientes términos:

247

El derecho al medioambiente y en general, los derechos de la llamada tercera generación, han sido concebidos como un conjunto de condiciones básicas que rodean al hombre, que circundan su vida como miembro de la comunidad y que le permiten su supervivencia biológica e individual, además de su desempeño normal y desarrollo integral en el medio social.

De esta manera deben entenderse como fundamentales para la supervivencia de la especie humana. Nuestra Constitución consagra no solo la protección de los derechos fundamentales cuando quiera que estén afectados por daños ambientales,

sino también unos derechos específicos del ambiente a participar en las decisiones que lo afecten, por ejemplo y también un derecho fundamental al medioambiente (República de Colombia, en su Corte Constitucional, T-415 de 1992).

Como puede verse, debido a la incorporación de diversas directrices normativas relativas al derecho al medioambiente y su esencial protección en la propia constitución, podrá ya entenderse el porqué a partir de la promulgación de la Carta Superior, el tema analizado recibió un impulso destacable, lo que a la postre condujo a un mayor dinamismo en lo que a la aplicación de otras normas (incluso anteriores) ha tratado.

248

Sin perjuicio de lo anterior, el Código sigue siendo hoy una columna de la legislación ambiental. Si bien es cierto que algunos de sus artículos han sido derogados como es el caso de los artículos 27, 28 y 29 que establecían que cuando se proyecte realizar cualquier obra o actividad susceptible de producir deterioro ambiental, está obligada a declarar el peligro presumible que sea consecuencia de la obra o actividad. Estos artículos fueron sustituidos por los artículos 118 de la Ley 99 de 1993, que se refiere por primera vez al régimen de licencias ambientales en Colombia, actualmente regulado por el Decreto 1220 del año 2005. Lo que significa que el Código ha sido reestructurado, amoldado si se prefiere, para estar acorde con las realidades que se han venido presentando en la esfera de lo ambiental.

Finalmente, por ser el tema ambiental un tema transversal en todas las políticas de Estado, el Código de Recursos Naturales Renovables cobra importancia nuevamente en nuestro país. Dicho Código sirvió y sigue sirviendo de ejemplo para el

nacimiento de otras legislaciones ambientales en América Latina. Por ello, no puede pasarse por alto su notable importancia al interior del derecho positivo colombiano ni traerlo a menos cuando corresponda definir o describir la evolución del Derecho Ambiental en nuestro país.

REFLEXIONES FINALES

Son 43 años de la promulgación del Código de recursos naturales renovables y de protección al medioambiente, una norma jurídica que para tal fecha, 1977, fue vanguardista; si bien la intención cuenta, el atraso en que nos encontramos respecto a la socialización y el desconocimiento que existe y su poca aplicabilidad, pareciera que hubiéramos estado en un limbo jurídico hasta el año de 1991 con la Constitución Política de Colombia que, sin duda alguna, impulsó notablemente no solo la importancia del derecho al medioambiente, sino lo imperioso y necesario de su inmediata protección. 249

El Código antes referido se planteó como objetivo preservar, restaurar y conservar el ambiente en el territorio colombiano, así como el uso racional de los recursos naturales renovables según criterios de equidad, que aseguren el desarrollo armónico del hombre y de dichos recursos, su disponibilidad permanente para beneficio de la salud y el bienestar de los presentes y futuros habitantes del país, siendo llamativo este principio porque cuando aún no se había creado como tal el concepto de “desarrollo sostenible”, dicho Código ya se pronunciaba al respecto. Sin embargo, la realidad es otra, en vista de que la preservación, restauración y conservación del ambiente, con compromiso social y con el desarrollo de la nación, no se ha cumplido a cabalidad, es notorio el deterioro ambiental provocado por la industria y el comercio, con una

concepción antrópica del uso del espacio natural, irrespetando las leyes, y peor aún, sin doliente alguno.

Asimismo, ha tenido como segundo objetivo prevenir y controlar los efectos nocivos de la explotación de los recursos naturales no renovables sobre los demás recursos, escenario que queda en discrepancia con la realidad, en vista de que el uso indiscriminado del territorio, pone en riesgo la existencia de los ecosistemas, y de la vida humana misma, por el desate de enfermedades y epidemias, causadas por la misma irresponsabilidad ambiental de los organismos industriales. Es así como se evidencia que el último objetivo de este código, creado para regular la conducta humana, individual o colectiva y la actividad de la administración pública, respecto del ambiente y de los recursos naturales renovables y las relaciones que surgen del aprovechamiento y conservación de tales recursos y de ambiente, ya que las acciones afirmativas para tal situación, no han sido favorables ni suficientes, para determinar que Colombia está enmarcada en un modelo de desarrollo sostenible y sustentable.

250

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Congreso de la República de Colombia. Ley 1333 de 2009, Régimen Sancionatorio Ambiental.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 142 de 1994.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 23 de 1973.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 99 de 1993.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 99 de 1993. Artículo Tercero.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 9ª de 1979, Código Sanitario de Colombia.
- Constitución Política Colombiana de 1991.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Constitucionalidad número 126 de abril 1 de 1998.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Constitucionalidad número 632 de 2011 abr. 2000. Sentencia C-431 de 2000. Corte Constitucional... mientras por una parte se reconoce el medioambiente sano como un derecho del... la reparación de los daños causados al ambiente y 8) cooperar con otras naciones en la...

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Constitucionalidad número 401 de 2010.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Tutela número 257 de 1996.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Tutela número 406 de 1992.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Tutela número 415 de 1992.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Tutela número 415 de 1992. Sentencia de junio 17 de 1992.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Tutela número 740 de 2011. Sentencia T-574/96.

Corte Constitucional. Sentencia C-126 de abril 1 de abril de 1998. 251

Declaración de Derechos Humanos de Viena de 1993.

García Villegas, E. (2002). Anotaciones sobre los derechos humanos ambientales. En: *Lecturas sobre Derecho del Medioambiente*. Tomo III. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Londoño, T. B. (2004). *Propiedad, conflicto y medioambiente*. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario.

Meadows, D., Behrens, W. & Randers, J. (1972). *Los límites del crecimiento*. Massachusetts Institute of Technology. Ediciones Donella Meadows.

Ministerio de Agricultura de Colombia. Decreto Ley 2811 de 1974. Código de Recursos Naturales renovables y de protección al medioambiente.

Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible República de Colombia. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible. Decreto 1076 de mayo 26 de 2015.

- 252 Nogueira, A. H. (2006). *Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia*. Santiago de Chile: Red Ius et Praxis.
- ONU. (1992). Segunda Cumbre Mundial Ambiental. “la Cumbre de la Tierra”. Declaración de Río de Janeiro.
- Prado, C. G. J. La Protección jurídica al medioambiente. En: *Universitas No. 107*. Bogotá: Pontifica Universidad Javeriana.
- Ramírez, Y. (1996). *El Derecho Ambiental en Colombia*. Segunda Edición. Bogotá: Ediciones Jurídicas Ibáñez.
- Ruiz, W. (2007). La Tutela jurídica al medioambiente. En: *VI Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho*. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- Universidad de los Andes (24 de mayo de 2004). Seminario Conflicto Armado y Medioambiente.
- Vidal, J. (2007). Algunos aspectos destacados del derecho Administrativo en la tutela jurídica del medioambiente en Colombia. En: *VI Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho*. Bogotá. Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- Vidal, P. J. (2007). Algunos aspectos destacados del derecho Administrativo en la tutela jurídica del medioambiente en Colombia. En: *VI Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho*. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- Vinaixa Miquel, M. (2006). *La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de residuos*. Santiago de Compostela, España: Universidad de Santiago de Compostela.

CIBERGRAFÍA

www.eumed.net.Our Common Future, 1987
<http://www.eumed.net/cursecon/18/18-4htm>

Cómo citar este capítulo:

Ruiz Zapata, P., Navarro-Suárez, D. del C., Enamorado-Estrada, J. A., Rangel Obregón, D. & Fontalvo Ortiz, V. (2017). A propósito de los 43 años del Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medioambiente. J. Enamorado Estrada & D. del C. Navarro Suárez (Comp.) *Perspectivas ambientales contemporáneas* (pp.239-252). Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

El ambiente, es un tema que es visto con poco interés por la sociedad, muchos ilusamente, consideran que la tierra es infinita, situación que no es real, pues todos los recursos naturales heredados de la pachamama, llamada así la tierra por la cultura ancestral preamericana incaica, son finitos y el llamado a preservarlos, ha sido una tarea dura de los organismos internacionales desde hace mucho tiempo. De ahí, que ha surgido la jurisprudencia ambiental en los países, a raíz de los estatutos establecidos en los órganos internacionales garantes del cuidado ambiental y Colombia es uno de ellos. Ésta obra, representa un análisis investigativo desde diferentes ópticas, vinculadas desde la interpretación social de los ciudadanos, de los grupos étnicos, de los pueblos ancestrales, con un mirada desde sus vivencias, que llevaron a hacer análisis concatenados con las leyes existentes en la nación para con el ambiente.