

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

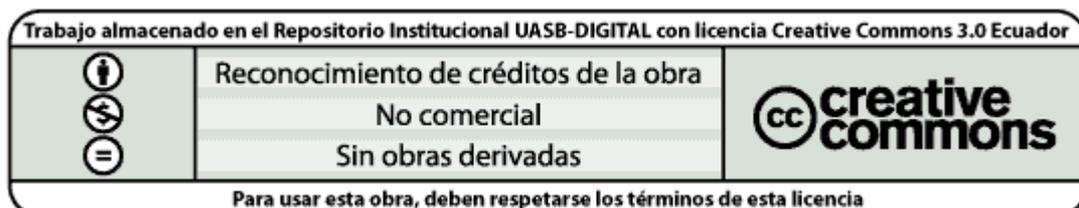
Programa de Maestría en Derecho

Mención en Derecho Constitucional

**La Consulta Previa a Pueblos indígenas y Tribales de
Medidas Administrativas en Colombia. Naturaleza y alcance**

Carlos Eduardo Salinas Alvarado

2014



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, Carlos Eduardo Salinas Alvarado, autor de la tesis intitulada “La Consulta Previa a Pueblos indígenas y Tribales de Medidas Administrativas en Colombia. Naturaleza y alcance” mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 23 de marzo de 2015

Firma:.....

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

**MAESTRÍA EN DERECHO
MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**La Consulta Previa a Pueblos indígenas y Tribales de Medidas Administrativas en
Colombia. Naturaleza y alcance**

Carlos Eduardo Salinas Alvarado

2015

Tutor: Dr. Marco Navas Alvear

Quito

RESUMEN

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

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

AGRADECIMIENTOS

Agradezco al Todopoderoso, en quien confío.

A mi madre y mi hermana, quienes siempre me han apoyado.

A Sandra, mi amada esposa y compañera, por su amor y apoyo incondicional.

Al Doctor Marco Navas Alvear, quien acuciosamente me guió en esta investigación
como el gran pedagogo que es.

A la Universidad Andina Simón Bolívar, por la oportunidad brindada.

DECICATORIA

A mis pequeños hijos,
Carlos Andrés y John Edward, aliciente de mi existencia.

“... en un mundo de relaciones sociales crecientemente desterritorializadas, una comunidad indígena parece anacrónica, con su sesgo hiperterritorial y su anclaje privilegiado en una tierra y unos recursos naturales históricos”.

Boaventura de Sousa Santos

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	10
CAPÍTULO PRIMERO	
LOS CONCEPTOS DE MULTICULTURALISMO, TERRITORIO INDÍGENA, CONSULTA PREVIA Y SU TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA.....	12
1. Concepto de multiculturalismo.	16
1.1 Los aportes de Will Kymlicka, Charles Taylor y Boaventura de Sousa Santos en la Conceptualización por parte de la Corte Constitucional	17
1.2 La interculturalidad	19
1.3 A modo de hilo conductor: La sentencia de la Comunidad indígena de Cristianía	19
2. Concepto de territorio indígena. Diferencia con el concepto de resguardo.....	20
3. El Convenio 169 de la OIT y el Concepto de Bloque de constitucionalidad según la Corte Constitucional colombiana	25
4. La consulta previa como derecho fundamental.....	30
4.1 Lo fundamental no es absoluto en los derechos: a propósito del derecho a la diversidad étnica y cultural	32
5. Rasgos inherentes a la consulta previa	33
6. Intervinientes en el proceso de consulta previa	40
7. El derecho al veto en la consulta previa y el Consentimiento previo, libre e informado.....	41
7.1 Sobre el supuesto derecho al veto.....	41
7.2 El Consentimiento Previo, libre e Informado.....	43
CAPÍTULO SEGUNDO	
ESTADO ACTUAL DE LA CONSULTA PREVIA PARA EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LAS ALTAS CORTES.....	46

1. Consulta previa en materia de hidrocarburos y minería, a propósito de casos concretos: Las sentencias SU-039-97; S-673-97 y T-769-09.....	47
2. Las Sentencias de Revisión ulteriores: la necesidad de una Sentencia de Unificación	50
3. Los terceros intervinientes en el proceso administrativo de licenciamiento ambiental.....	58
4. Consulta Previa en materia de hidrocarburos y minería, a propósito del código minero y su reforma: Las Sentencias C-891 de 2002 y Sentencia C-366 de 2011.....	59
5. Los megaproyectos: el caso Urrá.....	60
6. La exhortación de regulación de la consulta previa por parte de la Corte Constitucional.....	66
7. La Directiva Presidencial 10 de 2013, el decreto 2613 de 2013 y el documento Conpes 3762 y los Proyectos de Interés Nacional Estratégicos (PINES).....	68

CAPÍTULO TERCERO

ESTADO ACTUAL DE LA CONSULTA PREVIA Y LA SEGURIDAD PÚBLICA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.....

1. El Estado de cosas inconstitucional en cuanto a desplazados indígenas.....	72
2. La consulta previa la construcción de instalaciones militares: el radar de Araracuara.....	73
3. La consulta previa a erradicación de cultivos de uso ilícito: la sentencia SU-383 de 2003.....	76
4. La prestación de servicio militar por parte de indígenas.....	78
5. La consulta previa a operativos militares relacionados con minería.....	79
6. La declaración de los derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas y la abstención de Colombia a suscribirla: una situación jurídica diferente a los demás países latinoamericanos.....	80
7. Estudio de caso: el centro para menores infractores en territorio raizal.....	81
Conclusiones.....	86
Bibliografía.....	88

INTRODUCCIÓN

Uno de los puntos vertebrales del Convenio 169 de la OIT aprobado y adoptado en la legislación interna mediante la ley 21 de 1991, es la necesidad de realizar Consulta Previa a los grupos étnicos, cuando se fueren a realizar obras o actividades en sus territorios, con el fin de buscar una concertación que permita el desarrollo de la obra o actividad sin menoscabo de su integridad étnica y cultural. Este derecho, tiene carácter de fundamental dado que el mencionado Convenio hace parte del bloque de Constitucionalidad, y así lo ha determinado la Corte Constitucional en sus diferentes pronunciamientos.¹

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

El Derecho a la Consulta Previa a pueblos indígenas puede verse desde dos ámbitos: como un derecho procesal que presupone un requisito de procedibilidad previo a la realización de cualquier tipo de acto que pueda incidir en el territorio indígena o que les pueda afectar en su identidad cultural y étnica, o como un derecho sustantivo, por medio del cual los pueblos indígenas puedan tener acceso a la participación informada de su desarrollo y a las interferencias que podrían afectarles negativa o positivamente², es decir, incluso en aquellos casos en los cuales se pudiese creer que la medida le resulta conveniente a los integrantes de los minoría étnica.³

En la actualidad no existe en el caso colombiano una Ley de Consulta Previa, tan sólo en 1998 se expide el Decreto 1320 que reglamenta la Consulta Previa en materia de explotación de recursos naturales en territorios étnicos; ante el Consejo de Estado se instauró una acción de nulidad en contra del decreto arguyendo que este fue expedido sin surtir el debido proceso de Consulta Previa con las comunidades étnicas afectadas por esta reglamentación, sin embargo, el Consejo de Estado lo encontró ajustado a la *norma normarum*⁴, anulando tan solo la expresión “y por el término

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

² V. RODRÍGUEZ RESCIA, En *La Consulta Previa a Pueblos Indígenas y Tribales*. ISBN: 958-9382-11-2 Bogotá. Ministerio del Interior y de Justicia. 2008, p. 21.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-615 de 2009. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴ Consejo de Estado, Sección Primera. Radicación No. 5091 de 20 de mayo de 1999, Consejero Ponente: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa.

máximo de 24 horas”, contenida en el artículo 13, literal d), del decreto por encontrarlo violatorio del artículo 2º Superior, no obstante lo anterior, la Honorable Corte Constitucional ha ordenado su inaplicación⁵ en algunas oportunidades por considerarlo abiertamente violatorio de la Constitución⁶; se puede decir que el marco procedimental en el cual el Ministerio del Interior en cabeza del Grupo de Consulta Previa⁷ venía desarrollado y ajustando su acción para poder garantizar este derecho fundamental a partir de la jurisprudencia actual⁸.

A propósito del decreto 1320 antes mencionado, aunque -como se acaba de ver-, hay cosa juzgada respecto de su constitucionalidad, vale anotar que, por tratarse de un derecho fundamental, lo correcto era haber expedido una Ley Estatutaria al respecto y no un decreto reglamentario, conforme lo ordena el artículo 152 constitucional, lo cual ha sido considerado un caso modélico de elusión al control constitucional⁹.

Antes que todo, es conveniente indicar que esta tesis adolece de teorías de vanguardia de la antropología o la sociología, y que su acento es eminentemente jurídico, lo cual se justifica en la mención de la tesis, que es en derecho constitucional, así como la formación de quien escribe estas líneas, no obstante, creemos que constituiría un punto arquimédico para algún profesional de alguna de estas ciencias sociales que quisiera abordar el tema desde la antropología o la sociología jurídicas.

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

⁶ Cfr. Sentencias T-652 de 1998 y T-880 de 2006.

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

⁸ Decimos venía, porque actualmente se está anteponiendo una directiva Presidencial a la doctrina constitucional Cfr. nota al pie 53 de este escrito.

⁹ Así por ejemplo, Manuel Fernando Quinche Ramírez en la 2ª Edición su libro “La Elusión Constitucional”. Una Política de Evasión del Control Constitucional en Colombia. Cfr. pp. 222- 227.

CAPÍTULO PRIMERO

Los Conceptos de Multiculturalismo, Territorio Indígena, Consulta Previa y su tratamiento constitucional en Colombia

Introducción

Éste capítulo se propone en una primera parte, realizar una breve contextualización sobre los conceptos de multiculturalismo, luego se abordarán los conceptos de territorio y resguardo, para evidenciar que no son sinónimos, a continuación se examinará el concepto de bloque de constitucionalidad y su alcance en el ordenamiento jurídico colombiano, posteriormente se entrará a examinar la consulta previa como derecho fundamental y los principios que lo informan; para en una parte final, distinguir entre consulta previa y consentimiento previo, libre e informado, ya que muchas personas creen erróneamente que se trata de lo mismo.

El tema de consulta previa a grupos indígenas ha sido poco elaborado por la dogmática jurídica. Como lo ha indicado Esther Sánchez, la actual Constitución colombiana fue un gran laboratorio multidisciplinar que dio vida a una de las constituciones –en su momento- de vanguardia en materia de derechos de los pueblos indígenas y de asuntos pluriculturales:

El trabajo de intelectuales, con apoyo y acompañamiento de nuevas estrategias, se reflejó también en prácticas concretas, de abogados, médicos y antropólogos, entre otros profesionales que han dado soporte al movimiento indígena. En particular, la asistencia antropológica legal, como mecanismo de apoyo a procesos judiciales, contribuyó a un intercambio de saberes entre antropólogos, abogados, jueces y otros funcionarios del Estado con las comunidades y autoridades indígenas¹⁰

Con la Constitución se visibilizan políticamente grupos étnicos históricamente marginados del escenario político nacional, como los indígenas y las negritudes.

¹⁰ Esther SÁNCHEZ BOTERO. *Justicia y pueblos indígenas de Colombia* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia-UNIJUS, 2004), 75.

Entre los derechos que proclamó la Carta del 91 en aras de promover y proteger la diversidad cultural del país encontramos:

Primero, aquellos que se proponen promover el autogobierno de las minorías (tales como la jurisdicción indígena y una autonomía territorial y política); segundo, aquellos que se proponen promover la participación política de las minorías (tales como distritos electorales especiales para el Senado y la Cámara de Representantes); y, tercero, aquellos que se proponen proteger y promover la expresión, defensa y reproducción del patrimonio cultural de las minorías (tales como los derechos lingüísticos y educativos)¹¹.

Como lo ha señalado Daniel Bonilla, los avances y los efectos positivos del conjunto de derechos que se erigieron en el marco de la Constitución de 1991 permitieron el surco por el cual los grupos étnicos del país se abrieron camino en la política a escala nacional y local, ganando duras batallas en defensa de su integridad étnica y cultural a nivel jurídico. Estamos de acuerdo con Roberto Almanza¹², quien considera importante mencionar que el gran giro que se estaba gestando en la Asamblea Nacional Constituyente donde el Estado colombiano ya se perfilaba como pluriétnico y multicultural¹³ promovido visiblemente por el movimiento indígena en cabeza de

¹¹ Daniel Bonilla, *Constitución Multicultural y la política del reconocimiento*. (Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho; Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2006), 29

¹² Roberto Almanza y Carlos Salinas, *Consulta Previa: Recorrido Introductorio Hacia un Diálogo Intercultural*; (Bogotá: Revista Centro de Estudios Políticos del Ministerio del Interior y de Justicia - Nº 2 Año 2, Junio 2010), 87.

¹³ Sobre lo multicultural y el multiculturalismo realmente existente se deben hacer algunas precisiones pues no existe el multiculturalismo en abstracto, sino prácticas multiculturales desde el Estado que no son ajenas a posicionamientos ideológicos. En este sentido Eduardo Restrepo siguiendo al teórico Stuart Hall plantea las siguientes distinciones: *Multiculturalismo conservador*. Este pretende fagocitar las diferencias culturales marginalizadas en un horizonte cultural dominante que se asume como el paradigma naturalizado y normalizado de la 'mayoría'. En una expresión extrema de este multiculturalismo conservador se desarrollan políticas que, por acción y omisión, buscan socavar las condiciones de existencia y de posibilidad de la multiculturalidad. *Multiculturalismo liberal*. Su estrategia consiste en escindir lo social en un orden de lo público donde operaría el individuo como ciudadano racional, homogéneo y universal, dejando al orden de lo privado las manifestaciones culturales particularistas que son toleradas mientras no interrumpen la esfera de lo público. El multiculturalismo liberal supone un ciudadano abstracto universal y a-cultural en tanto es un individuo racional y 'libre' de las ataduras 'premodernas', culturalistas, etnicistas, religiosas, comunitaristas, etc., como el legítimo sujeto de derecho y fuente elemental

los constituyentes Lorenzo Muelas y Rojas Birry articulado a sectores progresistas de la política nacional coadyuvó al acogimiento de Colombia al Convenio 169¹⁴ de 1989 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Así, el nuevo paisaje constitucional que se estaba erigiendo propició la adopción del instrumento jurídico internacional más importante en materia de derechos de pueblos indígenas antes de la aprobación de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas por parte de la Asamblea General de la ONU el 13 de septiembre de 2007.

Antes de abordar los efectos de la adopción del Convenio 169 de la OIT en la legislación colombiana -Ley 21 de 1991-, es importante detenernos en los aspectos centrales que dieron vida a dicho instrumento internacional. El Convenio 169 de la OIT emerge como una revisión¹⁵ del Convenio 107 de 1957 de la misma

constituyente del poder político. Las particularidades culturales no sólo son aislables y expresables en 'lo privado', como otros tantos 'gustos' de los individuos, sino que también son agregados o suplementos que por definición no pertenecen como tales al orden de lo político ni de la ciudadanía. *Multiculturalismo neo-liberal*. Anclado en los principios del liberalismo clásico, supone una deificación (de la tiranía) del 'mercado' como principio regulador de lo político y lo social. Así, se correspondería a lo que Stuart Hall denomina multiculturalismo comercial, ya que "[...] supone que si la diversidad del individuo de las diferentes comunidades es reconocida en el mercado, entonces los problemas de la diferencia cultural serán solucionados (*dis-solved*) a través del consumo privado sin ninguna necesidad de la redistribución del poder y los recursos". En el predicamento neo-liberal (aunque no necesariamente en su práctica), el lugar del Estado es cada vez más marginal y circunscrito a garantizar las condiciones de acumulación ampliada del capital. De ahí que la diferencia cultural es agenciada en tanto garante y condición de posibilidad de la mayor movilidad del capital, en aras de una reproducción ampliada del mismo. *Multiculturalismo formal comunitarista*. Es aquel que "[...] formalmente asume las diferencias entre grupos en líneas culturales y acuerda derechos-grupales para las diferentes comunidades en un orden político más comunal o comunitarista". Es importante hacer la salvedad que en la práctica de los Estados pueden darse matices e hibrideces de estos multiculturalismos. Cfr. Restrepo, Eduardo. "Biopolítica y alteridad: dilemas de la etnización de las colombias negras". En Eduardo Restrepo – Axel Rojas (eds.). *Conflicto e (in)visibilidad. Retos de los estudios de la gente negra en Colombia*, 280-281. Popayán: editorial Universidad del Cauca, 2004.

¹⁴ Es importante hacer mención a la coyuntura histórica del país en su momento, dada la simultaneidad de procesos que se estaban gestando, en primer lugar, la aprobación del Convenio 169 de la OIT a partir de la ley 21 del 4 de marzo de 1991, y en segundo lugar, la promulgación de la Constitución del 91 de la República de Colombia el 4 de julio del mismo año. Dos acontecimientos paralelos que cambiaron radicalmente la historia de los pueblos étnicos en Colombia.

¹⁵ Los avances en el campo del derecho internacional, articulados por un naciente movimiento indígena que llegó a incidir en la ONU, llevaron a la OIT a reconocer, durante la década de 1980, que el texto del Convenio 107 ya no era aceptable, que su visión integracionista ya no estaba más de acuerdo con los avances del derecho internacional, y que los pueblos indígenas deberían tener el control de su desarrollo económico, social y cultural, interactuando con la sociedad nacional de

organización caracterizado por su espíritu asimilacionista, el cual fue vigorosamente cuestionado por movimientos indígenas que con apoyo de ONG solidarias con sus demandas lograron incidir en espacios internacionales poniendo en evidencia el sistemático despojo de sus territorios, el racismo y la exclusión imperante en los Estados nacionales de origen. Estos hechos y los avances teóricos sobre la problemática de los grupos étnicos en diferentes contextos en el marco del derecho internacional sirvieron de insumos para la discusión en el seno de la organización internacional, que paradójicamente no contó con la presencia de los sujetos destinatarios de sus deliberaciones, dado que su composición organizativa no tiene cabida las organizaciones indígenas, solo las organizaciones de trabajadores sindicalizados. Pese a ello, como lo ha documentado Sánchez los trabajadores sindicalizados con voz en la organización internacional recogieron algunas reivindicaciones de los movimientos indígenas como es el caso de la incorporación de los términos ‘pueblo’ y ‘territorio’ que finalmente quedaron en la versión final, no sin antes sostener intensos debates con algunos miembros de los representantes de Estados como Argentina, Venezuela y Perú (2004) ¹⁶.

No sobra hacer una breve contextualización histórica: la OIT, Organización Internacional del Trabajo, es más antigua que las Naciones Unidas, desde 1930, mediante el Convenio 29 obligó a los Estados a abandonar las formas de trabajo forzado, incluido el trabajo esclavo de poblaciones indígenas en América¹⁷ y África; durante la década de 1950, mediante su Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) y teniendo en cuenta el ambiente de postguerra, postuló la necesidad de que los Estados implementaran políticas graduales y reguladas para proteger a las poblaciones indígenas contra la explotación laboral y otras formas de opresión. En 1956, la OIT, teniendo en cuenta el trabajo desarrollado por la CEACR, profirió el Convenio 107, ofreciendo por primera vez un

manera ecuánime, a través de sus propias instituciones. Cfr. “Introducción” En *La Consulta Previa: Experiencias y Aprendizaje*, 186. Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología e Historia-ICANH, 2009, 23).

¹⁶ Roberto Almanza y Carlos Salinas, *Consulta Previa: Recorrido Introductorio Hacia un Diálogo Intercultural*; 89.

¹⁷ Los cuales se dieron hasta bien entrado el siglo XX, como en la explotación cauchera realizada por la infame Casa Arana en Perú y sus alrededores, pues el Putumayo colombiano estuvo bajo su opresión. Cfr. *La Casa Arana en el Putumayo*. Revista Credencial Historia No. 160, Abril de 2003. Disponible en <http://www.banrepcultural.org/node/73209> consultado el 17 de agosto de 2014.

status a los pueblos indígenas y tribales en países independientes, aunque no promovió su autodeterminación, sino que para protegerlos de la discriminación y explotación, promovió su integración y asimilación a las sociedades mayoritarias, a nombre de su “desarrollo”.

En la década de los años 1980, esa posición fue revaluada, lo que dio lugar a que se expidiera el Convenio 169 de 1989, que pretende preservar la cultura, lengua e instituciones, así como el derecho a mantener sus territorios, a la salud, al propio desarrollo de pueblos indígenas y tribales y en la cual, la consulta previa a medidas legislativas y administrativas que puedan afectar directamente a esos pueblos es, a nuestro modo de ver, la principal herramienta para lograr dicha preservación.¹⁸

1. Concepto de Multiculturalismo

La Constitución colombiana de 1991, siguiendo una tendencia multicultural iniciada por Bolivia en 1967, introdujo un importante cambio en nuestra nación, ya que ninguna constitución anterior reconocía la diversidad de culturas. El tenor literal del artículo 7 reza:

El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

Indica Camilo Borrero que el origen del pluralismo jurídico, según Boaventura de Sousa Santos “fue, como en muchos otros asuntos, el colonialismo; es decir, la coexistencia en un mismo espacio, arbitrariamente unificado como colonia, del derecho del Estado colonizador y de los derechos tradicionales [...] El conocimiento sociológico del pluralismo jurídico, esto es el conocimiento de las diferencias socio-económicas, políticas y culturales en que se basaba, se volvió indispensable para asegurar la pacificación de las colonias a través de una gestión racional (económica)

¹⁸ Para mayor detalle en el desarrollo histórico de estos instrumentos por parte de la OIT, léase “El Convenio 169 de la OIT y el deber del Estado brasileiro de consultar a los pueblos indígenas y tribales” de Isabela Figueroa, En La Consulta Previa con los Pueblos indígenas: Legislación y Jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú. Quito: RAMA, 11 y ss.

de los recursos coloniales”¹⁹. Lo anterior, como se dijo, es una explicación sobre el origen del pluralismo jurídico, aunque con lo que Boaventura está de acuerdo es con que los derechos humanos sean reconceptualizados como multiculturales al decir:

Mi tesis es que mientras los derechos humanos sean concebidos como derechos humanos universales, tenderán a funcionar como localismos globalizados, una forma de globalización desde arriba. Para poder funcionar como una forma de globalización cosmopolita, contrahegemónica, los derechos humanos deben ser reconceptualizados como multiculturales. Concebidos como han estado, como universales, los derechos humanos siempre serán un instrumento de lo que Samuel Huntington llama “el choque de civilizaciones”, es decir, de la lucha de Occidente contra el resto del mundo, del cosmopolitismo del Occidente imperial contra cualquier concepción alternativa de la dignidad humana que esté socialmente aceptada en otra parte. Concebido de esta manera, el ámbito global de los derechos humanos se obtendrá a costa de su legitimidad local. Por el contrario, el multiculturalismo progresista, tal como lo entiendo, es una precondition para una relación equilibrada y mutuamente reforzante entre la competencia global y la legitimidad local, los dos atributos de una política contrahegemónica de derechos humanos en nuestro tiempo.²⁰

1.1 Los Aporte de Will Kymlicka, Charles Taylor y Boaventura de Sousa Santos en la Conceptualización por parte de la Corte Constitucional

Es de especial significación el aporte de dos filósofos canadienses y un sociólogo portugués a propósito de política de reconocimiento y multiculturalismo en el contexto de hermenéutica constitucional colombiana.

La Corte Constitucional, en el caso de la consulta previa a una comunidad indígena en la represa Urrá –que se estudiará con detalle más adelante–, considera que la construcción de una represa sin realizar previamente la consulta con la comunidad étnica es más perjudicial para su integridad cultural y económica que el infrarreconocimiento y la presión territorial que sufrieron durante la conquista española, al degradar el bosque en el cual tradicionalmente cazaban, citando su obra:

¹⁹ Boaventura de Sousa Santos. Estado, derecho y luchas sociales. ILSA, Bogotá, Colombia, 1991, 69-70, citado por Camilo Borrero en *Multiculturalismo y Derechos Indígenas* GTZ. Bogotá, 2003.

²⁰ Boaventura de Sousa Santos, *Derecho y Emancipación* (Quito, Pensamiento Jurídico Contemporáneo, 2012), 152.

La tesis es que nuestra identidad se configura parcialmente por el reconocimiento o por su ausencia, a menudo por el infrarreconocimiento de otros, de manera que una persona o grupo de personas puede sufrir un auténtico daño, una auténtica distorsión, si las personas o la sociedad que las rodea refleja sobre ellas una imagen limitada o degradante o despreciable de sí mismas.²¹

Asimismo, la Corte siguió a Will Kymlicka a fin de establecer la génesis del derecho de las comunidades negras a la propiedad colectiva y sus alcances, puntualizó: “Que el sustrato del Estado Social de derecho pluralista radica en la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, y que ésta no puede concebirse sin el reconocimiento integral del derecho territorial de los grupos étnicos a las tierras que tradicionalmente ocupan”²².

El trabajo del filósofo y politólogo canadiense Will Kymlicka es uno de los más relevantes, abordando el concepto de la “ciudadanía multicultural”, busca fundamentalmente responderse esta pregunta: “¿dentro de cierto tipo de sociedades liberales son imprescindibles los derechos diferenciados en función del grupo cultural?”²³

Kymlicka responde afirmativamente, luego de constatar que en la actualidad no hay países homogéneos ni cultural ni étnicamente, y esos grupos minoritarios reclaman el reconocimiento de su identidad. Llegando a algo que ordinariamente se denomina como *el reto del multiculturalismo*.

De la misma forma, la Corte siguió a Boaventura de Sousa a fin de ponderar en la tensión de los principios de diversidad étnica y cultural, frente a la unidad política y protección de los derechos fundamentales indicando que “Esta directriz interpretativa se justifica, además, por la naturaleza particular de los derechos de los

²¹ Ch. Taylor. "The Politics of Recognition" En Ch. Taylor et. al. Multiculturalism and the Politics of Recognition. Princeton, Princeton University Press, 1992, citada en la nota al pie 14 de la sentencia T-652 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²² En la nota al pie 104 de la sentencia T-955 de 2003 la Corte argumenta: “Sostiene al respecto Kymlicka: “La supervivencia de las culturas indígenas en todo el mundo depende sobre manera de la protección de su base territorial, de ahí que los pueblos indígenas hayan luchado tenazmente para mantener la propiedad de sus tierras. De hecho como he señalado antes, las disputas territoriales emprendidas por los indígenas son las principal causa de los conflictos étnicos en el mundo (Gurr, 1993, pág. viii). Pero esta base territorial es vulnerable ante el mayor poder económico y político del grueso de la sociedad. (...)” –Will Kymlicka, Ciudadanía Multicultural, Ediciones Piados Iberoamérica S.A. 1996.”

²³ Camilo Borrero en *Multiculturalismo y Derechos Indígenas* GTZ. Bogotá, 2003, 16.

miembros de las comunidades indígenas. Como lo anota el profesor portugués Boaventura de Sousa Santos, ‘los derechos étnicos deben ser construidos y contextualizados como derechos de los pueblos y de las colectividades antes de que puedan proteger, como derechos humanos, a los individuos que pertenecen a tales pueblos y colectividades’.²⁴

1.2 La Interculturalidad

El reconocimiento recíproco de las diferencias culturales y el consecuente respeto por ellas es lo que en términos generales se conoce como interculturalidad, el cual constituye un instrumento de concertación y de resolución de los conflictos que pueden generar las medidas administrativas, como lo establece el artículo 2 del Convenio 169 de la OIT, la Corte Constitucional ha defendido el principio de “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía”. Sobre la interculturalidad ha expresado la Corte:

Las culturas con menor grado de conservación han incorporado categorías cognitivas y formas sociales propias de la cultura mayoritaria, así que el intérprete puede establecer el diálogo intercultural con mayor facilidad; por el contrario, cuando el intérprete se acerque a una cultura con un alto grado de conservación, requerirá establecer con mayor cautela este diálogo pues se enfrentará a formas de regulación social que pueden diferir sustancialmente de su concepción y formación jurídica.²⁵

1.3 A modo de hilo conductor: La sentencia de la Comunidad indígena de Cristianía

Para destacar el concepto de Estado Social asociado al pluralismo cultural, valga traer a colación lo dicho por la Corte Constitucional mediante sentencia T-428 de

²⁴ Boaventura de Sousa Santos. *Toward a new common sense. Law, science and politics in the paradigmatic transition*. Routledge. Nueva York. 1995, 317 citada en la nota al pie 4 de la sentencia C-139 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁵ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-882 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Considerando 2.6.3.3.

1992²⁶, la cual fue la primera en mencionar el concepto de “consulta previa” y erigir a las comunidades indígenas como sujetos de especial protección, al considerar los discursos expresados en la Asamblea Nacional Constituyente por los constituyentes indígenas Rojas Birry y Lorenzo Muelas, quienes propugnaron el autorreconocimiento, para dejar atrás el desconocimiento, autonegación y avasallamiento.

2. Concepto de Territorio Indígena. Diferencias con el concepto de resguardo

Es menester tener clara la diferencia entre resguardo y territorio indígena, ya que no existe normatividad clara, sino que es dispersa y ello se genera confusión y algunas autoridades²⁷²⁸, así como empresas multinacionales creen que si son titulares del derecho de dominio de un determinado lugar, no se requeriría realizar una consulta previa. De la lectura de la jurisprudencia de la Corte Constitucional podemos ver que resguardo y territorio no son sinónimos, como se verá a continuación.

a) Definición de territorio indígena:

Sentencia C-058 de 1994 (Que declaró exequible el artículo 27 (parcial) de la Ley 48 de 1993 por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento y movilización):

Lo anterior muestra que el concepto de residencia en el territorio establecido como requisito para que opere la exención del artículo 27 debe ser interpretado de manera amplia y no restrictiva. En este sentido, la Corte considera aplicable a tal efecto la definición de "tierras" contenida en el artículo 13 del Convenio N° 169 de la O.I.T, ratificado por Colombia por la Ley 21 de 1991, puesto que éste, por ser un tratado de derechos humanos sirve como criterio interpretativo de los derechos y deberes establecidos por la Carta (CP art 93). Dispone tal norma que el concepto de territorio_"cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera (las negrillas son originales de la Corte Constitucional).

²⁶ M.P. Ciro Angarita Barón.

²⁷ Cfr. <http://m.semana.com/nacion/articulo/general-navas-niega-base-militar-este-territorio-indigena/262292-3> consultado el 10 de julio de 2014.

²⁸ Cfr. <http://www.elheraldo.co/economia/comunidades-afro-y-gobierno-hablan-del-fondeo-133135> consultado el 10 de julio de 2014.

Sentencia T-634 de 1999

En consecuencia, los resguardos son algo más que simple “tierra” y algo menos que “Territorio indígena”; es decir, que no son términos iguales en la conceptualización constitucional, aunque, en una ley de ordenamiento territorial, geográficamente podrían coincidir. Pero, actualmente, todavía no se puede decir que un resguardo es una Entidad Territorial.

Lo principal en el resguardo es la forma de propiedad; la T-188/93 dice:

‘El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales (sic) de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso²⁹, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. Adicionalmente, el Constituyente resaltó la importancia fundamental del derecho al territorio de las comunidades indígenas.’

Sentencia C-891 de 2002:

En efecto, la noción de territorio indígena supera los espectros simplemente jurídicos y económicos, toda vez que los pueblos están ligados a él de una manera comunitaria, espiritual y cosmogónica, precisamente por el carácter ancestral y sagrado que éste ostenta, constituyéndose entonces en un elemento integrante de la forma como aquéllos ven y entienden el mundo.

Al respecto se torna ilustrativo el concepto rendido por el antropólogo Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum dentro del proceso entablado entre la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingini y el Estado de Nicaragua, sometido a decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dijo entonces el antropólogo:

²⁹ Ley 21 de 1991 aprobatoria del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989.

*“Un tema fundamental en la definición de los pueblos indígenas es la relación de éstos con la tierra. Todos los estudios antropológicos, etnográficos, toda la documentación que las propias poblaciones indígenas han presentado en los últimos años, demuestran que la relación entre los pueblos indígenas y la tierra es un vínculo esencial que da y mantiene la identidad cultural de estos pueblos. **Hay que entender la tierra no como un simple instrumento de producción agrícola, sino como una parte del espacio geográfico y social, simbólico y religioso**, con el cual se vincula la historia y actual dinámica de estos pueblos.*

(...) En el mencionado caso, en sentencia del 31 de agosto de 2001, la Corte Interamericana sostuvo lo siguiente:

*“Entres los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas, por el hecho de su propia existencia, tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. **Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.**”*

Por su parte, el Instituto Humboldt ha resaltado el estrecho vínculo que une a las comunidades indígenas y al territorio en que éstas habitan, el cual atiende a una concepción comprensiva que incluye en una misma dimensión a los seres humanos y al mundo natural que los rodea:

“Las cosmovisiones de los grupos étnicos y comunidades locales tradicionales muestran una naturaleza altamente simbolizada y un alto sentido de pertenencia a un territorio y a una comunidad humana. En ellas se observa, entre muchos otros aspectos que:

“- La socialización de la naturaleza y la naturalización de la vida social son dos fenómenos recurrentes en el pensamiento indígena. Muchas veces la naturaleza

se explica mediante categorías sociales y en ocasiones lo social se explica mediante categorías tomadas de la naturaleza. (...)

*(...) **Entre los pueblos indígenas estas concepciones se expresan principalmente en conjuntos mitológicos, sistemas religiosos y chamánicos** y un conjunto de regulaciones internas relativas, entre otras, al manejo del medio ambiente, los sistemas de producción e intercambio y los sistemas que cada pueblo utiliza para procurarse la salud y prevenir las enfermedades.³⁰*

14. En este orden de ideas, es claro que el derecho de los pueblos indígenas a tener su propia vida social, económica y cultural, así como a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma (Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), debe entenderse atado al derecho que tienen a poseer su propio territorio, sobre el cual puedan dichos pueblos edificar sus fundamentos étnicos. Es de notar que el territorio indígena y sus recursos, así como la tradición y el conocimiento, “*constituyen un legado que une -como un todo- la generación presente y a las generaciones del futuro.*”³¹

Se advierte entonces que la participación indígena encuentra un sustento que desborda la esfera netamente política del concepto, en la medida en que hace parte de una cosmogonía según la cual dicho valor está relacionado con el respeto a los seres vivos, el no tomar nunca más de lo que se necesita y el devolver siempre a la tierra cuando se toma algo de ella.” (subrayado y negrillas extratextuales)

³⁰ Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt. “*Protección del Conocimiento Tradicional, Elementos Conceptuales para una Propuesta de Reglamentación -El Caso de Colombia-*”, 36. Citado por la Corte en la sentencia C-891 de 2002.

³¹ Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt. “*Protección del Conocimiento Tradicional, Elementos Conceptuales para una Propuesta de Reglamentación -El Caso de Colombia-*”, 55. Citado por la Corte en la sentencia C-891 de 2002.

Decreto 2164 de 1995 (Que fuera derogado mediante ley 1152 de 2007 y posteriormente revivido luego de la declaración de inexecutable de esta mediante sentencia C- 175 de 2009)³²

“Artículo 2º: Territorios indígenas. Son las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena y aquellas que, aunque no se encuentren poseídas en esa forma, constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas y culturales.

La doctrina de la OIT sigue un derrotero similar, pues al tomar las palabras del relator de Naciones Unidas, expone que la tierra no es una mercadería que pueda apropiarse, sino un elemento material del que debe gozarse libremente.³³

b) Definición de resguardo:

Decreto 2164 de 1995 ARTÍCULO 21.- Naturaleza jurídica. *Los resguardos indígenas son propiedad colectiva de las comunidades indígenas en favor de las cuales se constituyen y conforme a los artículos 63 y 329 de la Constitución Política, tienen el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables.*

Los resguardos son una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva que goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de éste y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio. (subrayado propio)

Decreto 1320 de 1998. Artículo 3º. *Identificación de comunidades indígenas y negras. Cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda realizar en zonas no*

³² Si bien es cierto que el artículo 14 de la ley 153 de 1887 refiere que la ley derogatoria anulada no revive la anterior, las sentencias de inexecutable, sí lo hacen, para evitar vacíos normativos. Cfr. Sentencias C-357 de 2003, C-427 de 2002 y C-501 de 2001.

³³ Los Derechos de los Pueblos indígenas y Tribales en la Práctica: Una Guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT. Lima, 2009, 92.

tituladas y habitadas en forma regular y permanente por comunidades indígenas o negras susceptibles de ser afectadas con el proyecto, le corresponde al Ministerio del Interior certificar la presencia de dichas comunidades, el pueblo al que pertenecen, su representación y ubicación geográfica. El Instituto Colombiano para la Reforma Agraria - Incora, certificará sobre la existencia de territorio legalmente constituido.

Así las cosas, es claro que el resguardo indígena es un título colectivo de dominio, un título de propiedad conforme al derecho occidental romano-germánico del cual el Estado colombiano es heredero, conforme al artículo 63 de la Constitución Política³⁴, mientras que el territorio es algo mucho más amplio (que además incluye elementos cosmogónicos y ancestrales), es decir que el resguardo es una especie del género territorio, el cual es reconocido por la jurisprudencia y por un decreto, mas no por la ley *stricto sensu*. Esta distinción es relevante, ya que en algunas ocasiones y lugares como en las islas de San Andrés, el hecho de que los raizales no tengan un consejo comunitario titulado se esgrime como obstáculo para negar la procedencia de la consulta previa, cuando a lo que hace alusión el Convenio 169 es al territorio y no al título de propiedad³⁵, *a fortiori* cuando los raizales, como otras negritudes, han sido afectados por el desplazamiento forzado y las falencias institucionales en la protección de su derecho a la propiedad colectiva impiden asociar la identidad étnica y los derechos que de ella se derivan a que mantengan un vínculo con sus territorios³⁶.

3. El Convenio 169 de la OIT y el concepto de Bloque de Constitucionalidad según la Corte Constitucional Colombiana

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo- OIT-, de 1989, es sin duda alguna el tratado internacional más completo en materia de derechos especiales

³⁴ Artículo 63: Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de 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.

³⁵ Artículo 13 del Convenio 169 de la OIT.

³⁶ Conclusiones de la Sentencia T-576 de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

para pueblos indígenas y tribales. Hasta la fecha, sin embargo, tan sólo 20 países lo han ratificado³⁷.

Colombia, junto con México y Bolivia³⁸, fueron pioneros al ratificarlo poco tiempo después de su expedición. En efecto, algunos meses antes de que nuestra Constitución de 1991 entrara en vigor, el Congreso colombiano aprobaba la ley 21 de 1991, por la cual se adopta el Convenio 169 (que reemplazaba al Convenio 107 de 1957).

En términos generales, en Colombia los tratados internacionales integran el ordenamiento jurídico colombiano con el rango de las leyes que los aprueban (generalmente ordinarias)³⁹, salvo cuando se trate de tratados que “reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción”⁴⁰, los cuales son normas prevalentes (de igual jerarquía a la Constitución) e integran el “bloque de constitucionalidad”.⁴¹

El “bloque de constitucionalidad” nace de una aparente contradicción entre los preceptos contenidos en los artículos 4 y 93 de la Carta Política⁴². El primero de ellos

³⁷ Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, España, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Nepal, Nicaragua, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Perú, República Centroafricana y Venezuela. Cfr. <http://www.iwgia.org/derechos-humanos/procesos-internacionales/oit/paises-que-ratificaron-el-169> Consulta: 17 de septiembre de 2014

³⁸ En México la población indígena es de 12,7 millones de personas, es decir, el 13% de la población (Fuente: Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, 2008); en Bolivia, de acuerdo con el Banco Mundial (2007), alcanzaría el 62% del total de la población (3,9 millones de personas). En Colombia, a diferencia de los anteriores, la población indígena representa tan sólo el 3,3 % de la población (aproximadamente 1,4 millones de indígenas) (Fuente: Ministerio del Interior, Censo 2005).

³⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-256 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

⁴⁰ Cfr. Artículo 93 de la Constitución Política.

⁴¹ Saavedra, Ana María. “La Consulta Previa a pueblos indígenas y tribales en la jurisprudencia constitucional colombiana y algunas nociones fundamentales” En *La Consulta Previa: Experiencias y Aprendizaje*, 186. Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología e Historia-ICANH, 2009.

⁴² En sentencias C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), la Corte, al concluir sobre la prevalencia de los tratados de derecho internacional humanitario en el orden interno colombiano se pregunta “cuál es e alcance de esa prevalencia? y al tenor de lo anterior responde: “Algunos doctrinantes y algunos intervinientes de este proceso la han entendido como una verdadera supraconstitucionalidad, por ser estos convenios normas de *ius cogens*. Esto puede ser válido desde la perspectiva del derecho internacional, puesto que, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Con menor razón aún podrán los Estados invocar el derecho interno para incumplir normas de *ius cogens* como las del derecho internacional humanitario. Pero, desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, esta interpretación debe ser matizada, puesto que la Constitución es norma de normas (C.P. art. 4º) ¿Cómo armonizar entonces el mandato del artículo 93, que confiere prevalencia y por ende

establece que la Constitución es norma de normas, mientras que el segundo declara prevalentes, en el ordenamiento jurídico colombiano, los tratados internacionales que reconocen derechos humanos. Al tenor de estos dos artículos se preguntó el juez constitucional cuál era el rango de éstos últimos dentro de la jerarquía normativa, y cuáles las características y el alcance de dicha prevalencia. Para zanjar esta discusión, la Corte se inspiró en el “bloque de constitucionalidad”, figura acuñada por el Tribunal constitucional francés en la década de 1970, y se separó así de la doctrina de la supranacionalidad.⁴³

El *bloque* es una categoría o unidad jurídica compuesta por

... normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetro del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato de la misma Constitución. **Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de**

supremacía en el orden interno a ciertos contenidos de los convenios de derechos humanos, con el artículo 4º, que establece la supremacía no de los tratados sino de la Constitución? La Corte considera que la noción de “bloque de constitucionalidad”, proveniente del derecho francés pero que ha hecho carrera en el derecho constitucional comparado, permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4º y 93 de nuestra Carta. Este concepto tiene su origen en la práctica del Consejo Constitucional francés, el cual considera que como el Preámbulo de la Constitución de ese país hace referencia al Preámbulo de la Constitución derogada de 1946 y a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, esos textos son también normas y principios de valor constitucional que condicionan la validez de las leyes. Según la doctrina francesa, estos textos forman entonces un bloque con el articulado de la Constitución, de suerte que la infracción por una ley de las normas incluidas en el bloque de constitucionalidad comporta la inexecutableidad de la disposición legal controlada. Con tal criterio, en la decisión del 16 de julio de 1971, el Consejo Constitucional anuló una disposición legislativa por ser contraria a uno de los “principios fundamentales República” a que se refiere el Preámbulo de 1946: “En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (C.P. arts. 93 y 214 numeral 2º) es que estos forman con el resto del texto constitucional un ‘bloque de constitucionalidad’, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución como norma de normas (C. P. art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (C.P. artículo 93)”.

⁴³ Saavedra, “La Consulta Previa a pueblos indígenas y tribales en la jurisprudencia constitucional colombiana y algunas nociones fundamentales”, 187.

reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu”⁴⁴
(negrillas fuera del texto).

Ahora bien, en el caso del Convenio 169 de la OIT, la Corte consideró que, como éste recoge los derechos especiales de los pueblos indígenas y tribales y en particular el derecho a la consulta, fundamental para su pervivencia como *sujeto colectivo*, éste hace parte del “bloque de constitucionalidad” y en especial en lo referente al derecho de consulta⁴⁵:

La Corte ha señalado que dicho Convenio 169 de la OIT constituye, en armonía con el artículo 93 superior, claramente criterio de interpretación de los derechos y deberes señalados en la Constitución y en materia de acciones de tutela ha incluso afirmado que para esos afectos se integra al bloque de constitucionalidad – particularmente en lo relativo al derecho a ser consultados-⁴⁶.

¿Pero cuál es la consecuencia práctica de la “imperatividad” de una norma y su integración en el “bloque de constitucionalidad”? En otras palabras, y para caso del

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995, precitada.

⁴⁵ Sobre las razones por las cuales el Convenio 169 de la OIT hace parte del bloque de constitucionalidad, ver la sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis: “Resulta de especial importancia [...] reiterar que el Convenio 169 de la OIT, y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa, conforma con la Carta Política bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 del ordenamiento constitucional, no sólo porque el instrumento que la contiene proviene de la Organización Internacional del Trabajo y estipula los derechos labores de dichos pueblos –artículo 53 C.P.- sino i) en virtud de que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios, prevista en el artículo 330 de la Carta, no puede ser entendida como la negación del derecho de éstos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles –artículo 94 C.P.-, ii) dado que el Convenio en cita es el instrumento de mayor reconocimiento contra las discriminaciones que sufren los pueblos indígenas y tribales, iii) debido a que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente sobre las decisiones administrativas y legislativas que los afecten directamente es la medida de acción positiva que la comunidad internacional prohija y recomienda para combatir los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas de intolerancia conexas que afecta a los pueblos indígenas y tribales –Declaración y Programa de Acción de Durban- y iv) debido a que el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que no se negará a las minorías étnicas el derecho a su identidad. Asuntos que no pueden suspenderse ni aún en situaciones excepcionales, i) por estar ligado a la existencia de Colombia como Estado social de derecho, en cuanto representa la protección misma de la nacionalidad colombiana –artículos 1° y 7° C.P.-, ii) en razón de que el derecho a la integridad física y moral integra el “núcleo duro” de los derechos humanos, y iii) dado que la protección contra el etnocidio constituye un mandato imperativo del derecho internacional de los derechos humanos”.

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C-575 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis. En el mismo sentido ver sentencias SU-039 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell; y T-592 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Convenio 169, ¿Cuál es su grado de eficacia en el ordenamiento interno colombiano y cuál su diferencia con otras leyes o tratados internacionales?

En primera instancia, estas normas comparten el mismo grado de eficacia de las leyes. En este sentido, los preceptos del Convenio son obligatorios para el conjunto de los administrados y, en especial, la puesta en marcha de los mecanismos de protección contenidos en éste es de obligatorio cumplimiento para los agentes del Estado. Por ello, están sujetos a las acciones judiciales previstas en nuestro ordenamiento jurídico⁴⁷.

En segunda instancia, en tanto que norma incluida en el “bloque de constitucionalidad”, el Convenio es un criterio orientador no sólo de la actividad del juez, sino que:

Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad **implica que el Estado debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores.**⁴⁸ (negrillas fuera de texto)

Por último vale la pena mencionar que las obligaciones derivadas del tratado en comento también son objeto del control por parte de los órganos de la OIT⁴⁹.

Así, y aun cuando las observaciones emitidas por el Comité de la OIT no tienen carácter obligatorio, las mismas han tenido influencia en la jurisprudencia de la Corte

⁴⁷ En otras acciones judiciales están la acción de tutela, la acción de cumplimiento y las demás previstas en la jurisdicción contencioso-administrativa.

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995, precitada, considerando 12.

⁴⁹ En este sentido, la Corte Constitucional sostuvo en su sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis: “El Convenio 169 de la OIT es el instrumento internacional vinculante de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales más importante, i) porque *“los Estados contratantes no obtienen ninguna ventaja o desventaja ni tienen intereses propios sino un interés común* ii) en razón de que *“cada una de sus disposiciones sustantivas genera obligaciones cuyo cumplimiento debe certificarse mediante memorias periódicas que los gobiernos envían a la OIT y que son objeto de examen por órganos de supervisión independientes o tripartitos, y* iii) a causa de que junto con 32 tratados más, también de la Organización Internacional del Trabajo, hace parte de los Convenios internacionales contra las discriminaciones. Además es marcada la influencia que ha tenido el instrumento en el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a la supervivencia cultural, social y económica (Colombia 1991, Paraguay 1992, Perú y Chile 1993, Bolivia y Argentina 1994, Nicaragua 1995, Ecuador 1998, Venezuela 1999)”.

Constitucional. Por ejemplo, frente a la discusión generada por el decreto 1320 de 1998, por medio del cual se regula el procedimiento de consulta previa, la Corte ordenó su inaplicación con base, entre otros argumentos, en una recomendación adoptada por el Consejo de Administración que la Organización internacional del Trabajo -OIT-, conforme a la reclamación presentada por la CUT y ASMEDAS (2001):

Se pone de presente, además, que por haber expedido el decreto 1320 de 1998, sin recurrir a la consulta previa y debido a que la consulta que la norma diseña no se ajusta a los dictados del Convenio 169, las reclamaciones presentadas por la Asociación Médica Sindical colombiana y por la Central Unitaria de Trabajadores ante la Oficina Internacional del Trabajo fueron admitidas por el Consejo de Administración de la Mesa-276^a y 277^a reuniones –y culminaron con la aprobación, por parte del Consejo de Administración de las recomendaciones de la Comisión de Expertos, las que coinciden con la necesidad de solicitar al Gobierno Nacional la modificación del decreto 1320 de 1998⁵⁰.

Como vimos, el Convenio 169 de la OIT es una norma prevalente dentro del ordenamiento jurídico colombiano, pero la Corte ha insistido especialmente en el carácter fundamental del derecho de consulta a los pueblos indígenas.⁵¹

En este orden de ideas y antes de presentar el desarrollo que en Colombia ha tenido el mencionado derecho, es necesario detenernos en la manera como la consulta fue definida por el Convenio 169 de la OIT.

4. La Consulta Previa como Derecho Fundamental⁵²

Uno de los puntos vertebrales del Convenio 169 de la OIT aprobado y adoptado en la legislación interna mediante la ley 21 de 1991, es la necesidad de realizar consulta

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia SU-383 de 2003, precitada. En el mismo sentido ver sentencia T-652 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁵¹ Saavedra, “La Consulta Previa a pueblos indígenas y tribales en la jurisprudencia constitucional colombiana y algunas nociones fundamentales”, 189.

⁵² En este punto me apoyaré en algunos apartes de un artículo de mi autoría, “La Consulta Previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia”. En *Revista del Estado No. 27*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

previa a los grupos étnicos, cuando se fueren a realizar obras o actividades en sus territorios, con el fin de buscar una concertación que permita el desarrollo de la obra o actividad sin menoscabo de su integridad étnica y cultural⁵³. Este derecho, tiene carácter de fundamental dado que el mencionado Convenio hace parte del bloque de constitucionalidad, y así lo ha determinado la Corte Constitucional en sus diferentes pronunciamientos.⁵⁴

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

El Derecho a la consulta previa a pueblos indígenas puede verse desde dos ámbitos: como un derecho procesal que presupone un requisito de procedibilidad previo a la realización de cualquier tipo de acto que pueda incidir en el territorio indígena o que les pueda afectar en su identidad cultural y étnica, o como un derecho sustantivo, por medio del cual los pueblos indígenas puedan tener acceso a la participación informada de su desarrollo y a las interferencias que podrían negativa o afectarles positivamente⁵⁵, es decir, incluso en aquellos casos en los cuales se pudiese creer que la medida le resulta conveniente a los integrantes de los minoría étnica.⁵⁶

En la actualidad no existe en el caso colombiano una Ley Estatutaria de Consulta Previa, tan sólo en 1998 se expide el Decreto 1320 que reglamenta la Consulta Previa en materia de explotación de recursos naturales en territorios étnicos. Ante el Consejo de Estado se instauró una acción de nulidad en contra del decreto arguyendo que este fue expedido sin surtir el debido proceso de Consulta Previa con las

⁵³ Artículos 6, 7 y 15 del Convenio 169 de la OIT.

⁵⁴ Cfr. Sentencias SU-039 de 1997, SU-383 de 2003, C-030 de 2008, C-461 de 2008 y C-615 de 2009, entre otras.

⁵⁵ Victor Rodríguez Rescia, En *La Consulta Previa a Pueblos Indígenas y Tribales*. Bogotá. Ministerio del Interior y de Justicia. 2008, 21.

⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-615 de 2009. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

comunidades étnicas afectadas por esta reglamentación⁵⁷, sin embargo, el Consejo de Estado lo encontró ajustado a la *norma normarum*, anulando tan solo la expresión “y por el término máximo de 24 horas”, contenida en el artículo 13, literal d), del decreto por encontrarlo violatorio del artículo 2º Superior, no obstante lo anterior, la Honorable Corte Constitucional ha ordenado su inaplicación⁵⁸ en algunas oportunidades por considerarlo abiertamente violatorio de la Constitución⁵⁹; se puede decir que el marco procedimental en el cual el Ministerio del Interior en cabeza de la Dirección de Consulta Previa⁶⁰ ha desarrollado y ajustado su acción para poder garantizar este derecho fundamental ha sido a partir de la jurisprudencia actual.

4.1 Lo fundamental no es absoluto en los derechos: a propósito del derecho a la diversidad étnica y cultural

Los derechos son relativos, incluso los derechos fundamentales, no son absolutos, como no lo es ninguno en un Estado Social y democrático, -amén que todo derecho tiene una correlativa obligación-, la doctrina constitucional admite que aún en materia de derechos fundamentales, éstos no adquieren el carácter de ilimitados y que la prevalencia de unos sobre otros es apenas de carácter excepcional, *ergo*, los derechos deben armonizarse, como bien lo expresó la Corte Constitucional en la *ratio decidendi* de la sentencia C- 475 de 1997⁶¹:

“... Si el sistema constitucional estuviese compuesto por derechos ilimitados sería necesario admitir (1) que se trata de derechos que no se oponen entre sí, pues de otra manera sería imposible predicar que todos ellos gozan de jerarquía superior o de supremacía en relación con los otros; (2) que todos los poderes del Estado, deben garantizar el alcance pleno de cada uno de los

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Primera. Radicación No. 5091 de 20 de mayo de 1999, Consejero Ponente: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa.

⁵⁸ Como se dijo antes, la figura de la inaplicación por inconstitucionalidad, también denominada “Excepción de Inconstitucionalidad”, en virtud de la supremacía constitucional, no saca a la norma del ordenamiento jurídico, pues su efecto es *inter partes*, es decir, tan sólo para el caso concreto que se discute, por lo que la norma sigue vigente, Cfr. Sentencia C-037 de 1996, entre otras.

⁵⁹ Cfr. Sentencias T-652 de 1998 y T-880 de 2006.

⁶⁰ El Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia se creó el 4 de diciembre de 2008 con la Resolución 3598, mediante el decreto 2893 de 2011 se elevó a la categoría de Dirección del escindido Ministerio del Interior.

⁶¹ M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz

derechos, en cuyo caso, lo único que podría hacer el poder legislativo, sería reproducir en una norma legal la disposición constitucional que consagra el derecho fundamental, para insertarlo de manera explícita en el sistema de derecho legislado. En efecto, de ser los derechos “absolutos”, el legislador no estaría autorizado para restringirlos o regularlos en nombre de otros bienes, derechos o intereses constitucionalmente protegidos. Para que esta última consecuencia pueda cumplirse se requeriría, necesariamente, que las disposiciones normativas que consagran los “derechos absolutos” tuviesen un alcance y significado claro y unívoco, de manera tal que constituyeran la premisa mayor del silogismo lógico deductivo que habría de formular el operador del derecho...”

En el mismo sentido, la sentencia C-208 de 2007⁶²:

“...no sobra aclarar que, tal y como ocurre con la generalidad de los derechos, el derecho a la diversidad étnica y cultural no tiene en todo caso un alcance absoluto. La jurisprudencia constitucional ha dejado claro que el mismo encuentra límites, sin que ello signifique que cualquier mandato constitucional o legal prevalezca sobre él, pues, precisamente, se trata de un principio fundante del Estado que a su vez encuentra soporte en otros principios de igual categoría como la dignidad humana, el pluralismo y la protección de la minorías...”

5. Rasgos Inherentes a la Consulta Previa

Teniendo en cuenta que los Estados tienen una discrecionalidad y margen de apreciación a la hora de implementar el Convenio 169 de la OIT, como lo establece el mismo Convenio en su artículo 34⁶³, como lo ha entendido la Sala Plena de la Corte Constitucional:

⁶² M.P. Rodrigo Escobar Gil

⁶³ Convenio 169. Artículo 34: La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país.

La jurisprudencia ha indicado al respecto que, teniendo en cuenta lo regulado por el artículo 34 del referido convenio de la OIT, según el cual *"la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país"*, el compromiso del Estado colombiano de adelantar las mencionadas consultas es de gran amplitud y debe ser interpretado flexiblemente según las circunstancias⁶⁴.

Con base en lo anterior, la jurisprudencia reconoce que las autoridades gubernamentales cuentan con un amplio margen de libertad para dar cumplimiento a los compromisos internacionales derivados del Convenio, libertad que en todo caso se encuentra limitada por los objetos y fines que persiguen este tratado, en este sentido, la Corte ha dicho que

[...] el instrumento otorga a los Estados Partes un importante margen de discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan; ello, por supuesto, en la medida en que las Partes hagan uso de dicha flexibilidad sin dejar de cumplir con el objeto esencial de sus obligaciones que, en este caso, consiste en asegurar la efectiva participación de los grupos étnicos en las decisiones que les conciernan: de lo contrario, se estaría dando al artículo 34 citado un alcance que riñe con las normas más elementales sobre interpretación de tratados, como la que consta en el artículo 31-1 de la Convención de Viena de 1.969, según la cual *"un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin"* (Subrayado por la Corte Constitucional)⁶⁵.

⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia C-620 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En el mismo sentido, la Corte ha dicho: "al respecto, como antes se dijo, las normas del mencionado Convenio no indican cual es el mecanismo mediante el cual se debe adelantar tal consulta, por lo 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". Por lo tanto es el derecho interno el que debe precisar los términos en que se desarrollará la consulta a las comunidades indígenas. Sentencia C-030 de 2008, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

⁶⁵ Corte Constitucional, sentencia C-169 de 2001, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz. Fundamento 2.3.

Por ello, el juez constitucional consideró que no es preciso realizar un examen rígido del procedimiento que sigue el Ejecutivo para garantizar el ejercicio pleno del derecho de participación de las comunidades anotadas.⁶⁶ Más aún, ha señalado que no es dable un procedimiento único, uniforme y estándar, en todos los casos y para todos los pueblos o comunidades, pues las consultas deben estar diseñadas para integrar sus usos y costumbres⁶⁷.

Sin embargo, el Gobierno no es libre para fijar a su antojo los procedimientos para llevar a cabo las consultas. Por lo contrario, la Corte ha fijado una serie de derroteros que orientan y limitan las competencias del ente coordinador.

En este sentido la Corte ha dicho que

... el procedimiento de consulta no queda, entonces, librado por entero a la discrecionalidad de las autoridades gubernamentales y que [...] cuando dicho procedimiento no se sujete a las previsiones del Convenio 169 y a las disposiciones constitucionales, se puede disponer su inaplicación⁶⁸.

Haciendo uso del control de constitucionalidad, y ante la omisión legislativa, la Corte ha desarrollado unos principios inherentes a la consulta previa. Para hacer referencia a ellos, tomamos prestado el elenco de principios desarrollado por el Ministerio del Interior (y en ese entonces de Justicia) en el año 2008.

- **Principio de Buena fe**

El diálogo, el intercambio constructivo de ideas, y la comprensión mutua en la alteridad y la diferencia parten de una sola fuente: la confianza en el otro. En efecto,

⁶⁶ Al respecto ha dicho la Corte que “No estima [...] necesario llevar a cabo un examen rígido del procedimiento utilizado por el Gobierno para llegar a la fórmula de concertación que fue autorizada en la norma bajo examen”, Sentencia C-620 de 2003, precitada.

⁶⁷ En la sentencia T-737 de 2005, la Corte sostuvo: “ahora bien, 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”.

⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia C-030 de 2008, precitada.

a la luz de nuestra experiencia, es dable afirmar que la confianza es la piedra angular de todo proceso de consulta, y que sin ella no es posible alcanzar sus objetivos.

Ahora bien, exigir que los participantes actúen de buena fe en cada etapa del proceso es una condición necesaria para alcanzar precisamente ese estado de confianza, requisito previo de cualquier relación dialógica. Pero para garantizar que las partes actúen con arreglo a este principio, los agentes, tanto coordinador como de control, cumplen un rol fundamental.

Estos agentes deben generar las condiciones necesarias para que las partes acudan al proceso con la certeza de que serán escuchadas de manera objetiva e imparcial, de que su opinión será tenida en cuenta y que los acuerdos que se adopten serán honrados por cada una de las partes y de que, en cualquier caso, siempre estarán enderezados a proteger la integridad étnica de la comunidad interesada. En una palabra, deben garantizar que el proceso sea *transparente*.

- **Principio de Debido Proceso**

En este punto, nos referimos a la metodología misma de las consultas. Los criterios fijados por la Corte –no obstante las diferencias–, son comunes a todos los casos de consulta.

En primer lugar, es el Gobierno Nacional el responsable de garantizar el desarrollo a la participación de los Pueblos indígenas y Tribales. En este sentido les corresponde a sus entidades coordinar su realización.

En segundo lugar, y con base en el grado de generalidad de la medida que se va a consultar, la Corte distingue dos escenarios diferentes para la realización de una consulta:

- a) Cuando se trate de medidas que afecten en general a los pueblos indígenas o afrocolombianos, las mismas deberán concertarse en los espacios de concertación previstos (Mesa Permanente de Concertación con Pueblos Indígenas, decreto 1397 de 1996).

- b) Cuando, por el contrario, se trate de medidas que afecten sólo a una comunidad (o varias), en particular la consulta deberá desarrollarse específicamente con ella(s) y debe ajustarse a sus usos y costumbres.⁶⁹

En tercer lugar, la Corte manda que las consultas deben realizarse en dos fases: la primera de ellas es la concertación sobre las reglas de juego o metodología que seguirá el proceso (preconsulta)⁷⁰; la segunda etapa es sobre la medida, proyecto o actividad propiamente dicha.

En cuarto y último lugar, la jurisprudencia constitucional establece que en estos procesos se garanticen los “espacios autónomos de reflexión”, para

“... 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...⁷¹”

- **Principio de Legitimidad**

El coordinador de la consulta previa debe garantizar que los representantes de las comunidades que van a ser consultadas sean los legalmente reconocidos por sus estructuras organizativas y en el caso de comunidades indígenas tradicionales, que además sean avalados por sus autoridades tradicionales.

La legitimidad no presenta mayor problema entre las comunidades indígenas, las cuales tienen gran disciplina teniendo en cuenta sus costumbres ancestrales, y a nivel nacional tienen la Mesa Permanente de Concertación con Pueblos Indígenas, no así los afrodescendientes, pues al ser descendientes de múltiples pueblos africanos y haber sido más aculturados, no tienen estructuras tribales, lo que genera luchas

⁶⁹ Ver sentencia C-030 de 2008, precitada.

⁷⁰ “El proceso de consulta debe estar precedido de un trámite preconsultivo, en el cual se defina, de común acuerdo entre las autoridades gubernamentales y los representantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes, las bases del procedimiento participativo. De esta manera, se preservan las especificidades culturales de dichos pueblos, las cuales se verían afectadas con la imposición de determinada modalidad de trámite consultivo.” Fundamento 16.6 de la sentencia C-175 de 2009, M. P. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷¹ Sentencia SU-039 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell

intestinas a la hora de hacer vocerías y establecer alianzas, pues la Constitución del 91 al hacer una incorporación explícita de derechos territoriales, privilegios, recursos políticos y económicos, generó “a creación de discursos identitarios esencialistas por parte de aquellos grupos que luchan por superar la permanente sospecha de la no autenticidad, así como una rapiña por el territorio y los recursos, que segmenta y divide cualquier proyecto político, y llega a generar hostilidades con *el otro*”⁷². Sumándose a ello que el Consejo de Estado anuló buena parte del decreto 2248 de 1995⁷³, excluyendo a las organizaciones de base como representantes de las comunidades negras ante la comisión consultiva de alto nivel ante el Gobierno nacional.

- **Principio de Información Suficiente y adecuada**

Otro aspecto crucial para garantizar el buen desarrollo de la consulta es la calidad, fidelidad y exhaustividad de la información suministrada por los diferentes intervinientes. En efecto, la Corte Constitucional ha insistido en que la consulta no es un mero requisito: debe ser un mecanismo real que garantice la efectiva participación de los grupos étnicos. Para ello es imperativo que las comunidades cuenten con toda la información necesaria para formar su propia opinión y evaluar –desde su propia visión del mundo y cultura- todas las posibles consecuencias que la realización del proyecto o medida podrían acarrear⁷⁴.

En relación con el deber de consulta que se deriva del artículo 330 de la Constitución, la Corte, en la Sentencia SU-039 de 1997, en criterio que, mutatis mutandi, resulta aplicable a otros escenarios de consulta que surjan en aplicación del literal a) del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, puntualizó que el mismo comporta “... la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre los voceros de los pueblos indígenas y tribales y las autoridades públicas, tendientes a buscar: a) Que la comunidad tenga un conocimiento

⁷² María Luisa Rodríguez Peñaranda. *Minorías, Acción Pública de Inconstitucionalidad y Democracia Deliberativa*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, 88.

⁷³ Consejo de Estado, Sección Primera. Radicación No. 11001 0324 000 2007 0003900 de 5 de agosto de 2010, Consejero Ponente: Dr. Rafael Ostau de Lafont Pianetta.

⁷⁴ Saavedra, “La Consulta Previa a pueblos indígenas y tribales en la jurisprudencia constitucional colombiana y algunas nociones fundamentales”, 218.

*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.*⁷⁵

- **Principio de Comunicación Intercultural y Bilingüismo**

Es menester adoptar estrategias de comunicación provenientes de la cultura de la comunidad a consultar. Cuando sea posible y necesario, debe hacerse traducción a su lengua. (Art. 2° Convenio 169 OIT)⁷⁶.

- **Principio de Oportunidad**

La jurisprudencia es consistente en esto, al exigir que las consultas deben tener lugar antes de emprender proyectos, medidas o actividades, so pena de viciar la consulta, ya que las opiniones expresadas por las comunidades serían inanes. Las consultas deben realizarse ineludiblemente antes de que se inicie el proyecto, obra o actividad (incluso desde la formulación del proyecto y antes del inicio de las actividades de prospección) o se tome la decisión normativa que concierne a las comunidades directamente.⁷⁷. En el numeral 7 del capítulo tercero se verá una flagrante violación a este principio cuando en el caso de los raizales en San Andrés se realizó una consulta previa pero a posteriori, así como también en el caso de la represa de Urrá.

⁷⁵ Sentencia C-030 de 2008, precitada.

⁷⁶ Sentencia T-1045A de 2010 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁷⁷ "5.6 Para la Corte resulta claro que en la reunión de enero 10 y 11 de 1995, no se estructuró o configuró la consulta requerida para autorizar la mencionada licencia ambiental. Dicha consulta debe ser previa a la expedición de ésta y, por consiguiente, actuaciones posteriores a su otorgamiento, destinadas a suplir la carencia de la misma, carecen de valor y significación..." Sentencia SU-047 de 1997, precitada.

6. Intervinientes en el proceso de consulta previa

- **Las Partes interesadas**

- a) La parte consultada: La comunidad indígena, negra o rom y sus legítimos representantes. Al respecto la Guía para la aplicación del Convenio 169 de la OIT ordena:

Las consultas deben emprenderse con organizaciones instituciones genuinamente representativas, que están habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades interesadas. Por consiguiente, los gobiernos, antes de iniciar las consultas, deben identificar y verificar que las organizaciones/instituciones con las que tienen previsto tratar cumplan con estos requisitos.⁷⁸

- b) La parte consultante: la empresa privada o entidad estatal ejecutora de un proyecto, obra o actividad. “La consulta es un escenario donde, idealmente, las partes deben alcanzar el consenso. De esta suerte, si por un lado se encuentran los representantes de los pueblos, por otro se encuentran las instituciones –públicas o privadas- interesadas en el proyecto o plan sujeto a debate”⁷⁹.

- **Los Garantes del Proceso**

En primer lugar, es el Gobierno Nacional el responsable de garantizar el desarrollo a la participación de los Pueblos indígenas y Tribales.

- a) El agente coordinador: El Ministerio del Interior coordina y convoca a las reuniones del proceso, la autoridad ambiental deberá participar en los talleres de identificación de impactos y medidas de manejo de los proyectos para los cuales se deba pedir licencia ambiental⁸⁰.

⁷⁸ Disponible en http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/biblioteca/doc_view/8-guia-convenio-169.raw?tmpl=component consultado el 31 de agosto de 2014.

⁷⁹ Saavedra, “La Consulta Previa a pueblos indígenas y tribales en la jurisprudencia constitucional colombiana y algunas nociones fundamentales”, 208.

⁸⁰ Decreto 2613 de 2013, artículo 11.

b) El agente de control y vigilancia: Defensoría del Pueblo, Procuraduría o personerías municipales como delegadas del Ministerio Público.

- Otros participantes

En algunos casos han intervenido ONG como el Colectivo de Abogados José Alvear, el Colectivo de Abogados Luis Carlos Pérez, Universidades y Organismos Internacionales como Harvard y la OEA como en el caso de los indígenas U'wa y la exploración petrolera de OXY en los bloques Sirirí y Catleya.

7. El Derecho al veto en la consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado

7.1 Sobre el supuesto derecho al veto⁸¹ en la Consulta Previa

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

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

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

⁸¹ De acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española, *veto* significa: “1. m. Derecho que tiene una persona o corporación para vedar o impedir algo. U. principalmente para significar el atribuido según las Constituciones al jefe del Estado o a la segunda Cámara, respecto de las leyes votadas por la elección popular. 2. m. Acción y efecto de vedar.” <http://lema.rae.es/drae/?val=veto> consultado el 14 de agosto de 2014.

*El artículo 7 exige a los gobiernos realizar verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones. Lo anterior significa que los gobiernos tienen la obligación de crear las condiciones que permitan a estos pueblos contribuir activa y eficazmente en el proceso de desarrollo. En algunos casos, esto puede traducirse en acciones dirigidas a ayudar a los referidos pueblos a adquirir el conocimiento y las capacidades necesarias para comprender y decidir sobre las opciones de desarrollo existentes... ”.*⁸²

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

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

⁸² Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT; disponible en http://www.politicaspublicas.net/panel/biblioteca/doc_view/8-guia-convenio-169.raw?tmpl=component consultado el 15 de agosto de 2014.

sus potestades políticas, legislativas, reglamentarias, ejecutivas y de control.”⁸³ (Negrilla extra textual).

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

No obstante, aun cuando el acuerdo debiera ser el resultado ideal, de no ser logrado, la decisión será del Congreso o la autoridad administrativa. En palabras de la Corte:

Debe tenerse en cuenta que la consulta, como mecanismo de participación en la adopción de decisiones y de garantía de la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales, es obligatoria en cuanto a su verificación, pero no sustrae de la competencia de las autoridades la adopción final de la medida legislativa o administrativa, como en general sucede con todos los mecanismos de concertación. ⁸⁴

7.2 El Consentimiento⁸⁵ Previo, libre e Informado

Es importante distinguir la Consulta Previa, libre e informada del consentimiento previo, libre e informado, la primera institución fue establecida mediante el Convenio 169 de la OIT, aprobado por Colombia mediante la ley 21 de 1991, mientras que la segunda institución –aunque aparece mencionada en los artículos 6 y 16 del Convenio-, el consentimiento previo propiamente dicho surge de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁸⁶, en el marco de la 61ª sesión de la Asamblea de la Naciones Unidas⁸⁷, dicha

⁸³ Sentencia C-891 de 2002, precipitada.

⁸⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-620 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁸⁵ De acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española, consentimiento significa: “1. m. Acción y efecto de consentir. 2. m. Der. Manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente. 3. m. Der. En los contratos, conformidad que sobre su contenido expresan las partes.

⁸⁶ Disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/es/drip.html> consultado el 3 de mayo de 2011.

⁸⁷ Las resoluciones aprobadas por la Asamblea General durante el 61º período de sesiones se pueden consultar en: <http://www.un.org/Depts/dhl/resguide/r61sp.htm>

manifestación, como declaración que es, no es un instrumento jurídicamente vinculante, por tanto no es sujeto a firmas ni posteriores ratificaciones por parte de los Estados; hubo explicaciones por parte de Australia, Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda para votar en contra de la Declaración, principalmente en relación con el consentimiento previo, libre e informado, mientras que 11 países se abstuvieron de votar, entre los que se cuenta a Colombia⁸⁸, ofreciendo varios motivos para ello, tales como consentimiento previo, libre e informado, la prevalencia del interés de todos los colombianos en materia de explotación de recursos naturales y propiedad del subsuelo, así como las operaciones de la Fuerza Pública en territorios indígenas, toda vez que ningún rincón del país puede estar vedado a la Fuerza Pública, para cumplir su misión constitucional de garantizar la vida, honra y bienes de los habitantes en todo el territorio nacional, amén de su extensa legislación a favor de los pueblos indígenas y tribales, insistiendo en que la Declaración no era jurídicamente vinculante para el Estado.⁸⁹

Valga agregar que

La resolución finalmente adoptada se refiere a la promoción de la Declaración “*where applicable*” (“*s’il y a lieu*” o “cuando sea aplicable”, en la traducción más geográficamente descafeinada de la versiones francesa y castellana). La lógica es la misma de las declaraciones que siguieron a la adopción de la Declaración en Nueva York: la Declaración sólo es válida, es más, sólo puede ser “implementada”, en aquellos Estados que votaron a favor del texto en su momento de la adopción.⁹⁰

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

⁸⁸ Cfr. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-2664651>

⁸⁹ Naciones Unidas, Asamblea general, documento A/61/PV.107, páginas 18 y ss.; disponible en: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/61/PV.107&Lang=S consultado el 15 de agosto de 2014.

⁹⁰ L. RODRÍGUEZ-PIÑERO. La ‘implementación’ de la Declaración: las implicaciones del artículo 42. En *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Hacia un mundo intercultural y sostenible. Madrid. Catarata. 2009, p. 67.

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

2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.”

Recapitulación

Recapitulando, podemos decir que la consulta previa, si bien es cierto que es un derecho fundamental, no implica consentimiento ni poder de veto alguno, no es un derecho absoluto e ilimitado, pues en un Estado Social de Derecho no puede haber un derecho de tales características; no obstante, el objetivo principal de las consultas a minorías étnicas es llegar a acuerdos y concertaciones, ya que de no ser así, el derecho a participar resultaría nugatorio⁹¹.

⁹¹ Como lo indicó el informe conjunto de la OEA y la Universidad de Harvard en el caso de la comunidad indígena U'wa que se aborda en el capítulo 2.

CAPÍTULO SEGUNDO

Estado Actual de la Consulta Previa para Explotación de Recursos Naturales en la Jurisprudencia de las Altas Cortes

Introducción

Éste capítulo se propone en una primera parte, analizar algunas sentencias hito en el tema, iniciando con dos sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, en lo que en Colombia se conoce como “choque de trenes” en torno a una licencia ambiental otorgada para la realización de una prospección sísmica por parte de la sociedad Occidental de Colombia en los municipios de Saravena, Tame y Fortul en el departamento de Arauca, Cubará en el departamento de Boyacá y Toledo en el departamento de Norte de Santander, en territorio del pueblo U’wa. Este caso es un hito en cuanto a consulta previa de exploración y explotación de hidrocarburos y minería, siendo la sentencia fundacional, que se mantuvo por varios años, pero ha venido variando a partir del caso Mandé Norte, contenido en la sentencia T-769 de 2009, que es algo criticable en un sistema jurídico como el colombiano, en el cual, no obstante ser heredero del derecho romano germánico, se ha tomado una disciplina de precedentes más cercano al derecho anglosajón⁹², siendo posible cambiar la jurisprudencia, pero no en la forma en que lo hizo la Corte Constitucional con la mentada sentencia 769, siendo ello causal de anulación de sentencias que contradicen la posición de la Sala Plena⁹³, además de traer en su parte motiva sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que no son precedentes aplicables a Colombia.

⁹² Cfr. Sentencia C-836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-461 de 2013 M.P. Nilson Pinilla

⁹³ Cfr. Auto 100 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; Auto 050 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, entre otros.

1. Consulta previa en materia de hidrocarburos y minería, a propósito de casos concretos: Las sentencias SU-039-97; S-673-97 y T-769-09.⁹⁴

En las dos primeras sentencias, hay una evidente discrepancia en torno al alcance de la consulta Previa, pues en la sentencia de Sala Plena SU-039⁹⁵, se dijo:

...4. La acción de tutela y las acciones contencioso administrativas y la suspensión provisional del acto administrativo.

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

... En conclusión, es posible instaurar simultáneamente la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, sin que interese que se haya solicitado o no la suspensión provisional del acto administrativo, pues en parte alguna la norma del art. 8 impone como limitante que no se haya solicitado al instaurar la acción contenciosa administrativa dicha suspensión. Además, dentro del proceso de tutela es posible, independientemente de dicha suspensión, impetrar las medidas provisionales a que alude el art. 7 en referencia.

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

- La suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos tiene un fundamento constitucional. El art. 238 permite dicha suspensión "por los motivos y con los requisitos que establezca la ley". Siendo la Constitución

⁹⁴ En este punto me apoyaré en algunos apartes de un artículo de mi autoría, "La Consulta Previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia". En *Revista del Estado No. 27*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

⁹⁵ Sentencia de Unificación; Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell

ley de leyes y pudiendo aplicarse sus normas directamente, sobre todo, cuando se trate de derechos fundamentales (art. 85), es posible aducir como motivos constitucionales para la procedencia de la suspensión provisional la violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales.

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

Contrario sensu, el Consejo de Estado, en sentencia S-673-97⁹⁶ afirmó:

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

⁹⁶ Consejero Ponente: Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez

absolutos iría en contra de uno de los principios básicos del Estado democrático, como es el de que las autoridades legítimas están facultadas para adoptar por sí mismas las decisiones que emanan de sus respectivas competencias, como es en el presente caso la atribuída al Ministerio del Medio Ambiente en el numeral 1 del artículo 52 de la Ley 99 de 1993, para otorgar 'de manera privativa' la licencia ambiental en los casos de 'ejecución de obras y actividades de exploración, explotación, transportes, conducción y depósito de hidrocarburos y construcción de refineras', que fue la norma utilizada como fundamento para la expedición del acto demandado.

En la sentencia T-769 de 2009⁹⁷, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, profirió un amparo que causa incertidumbre, por cuanto establece un procedimiento ad-hoc en la consulta Previa, sin ordenar la inaplicación del decreto 1320, como lo hiciera en ocasiones anteriores⁹⁸, pues como se ha dicho, se encuentra vigente, y de contera habla de un consentimiento previo, libre e informado, sin aclarar si esto consagra un derecho al veto, como se vio, el consentimiento previo, libre e informado en el Convenio 169 es restrictivo y excepcional (sólo cuando se necesite reubicar a la comunidad) y si dicho consentimiento no es posible, aún así ello no constituye un veto, al parecer, la Corte confunde la consulta previa con el consentimiento previo; de otra parte establece la obtención de licencia ambiental como requisito para la fase de exploración minera, pues el Artículo 8 del Decreto 1220 de 2005⁹⁹, señala claramente que se requiere licencia ambiental para la etapa de explotación minera y no para la etapa de exploración, valga aclarar que la licencia ambiental se requiere en algunas actividades de exploración de hidrocarburos, mas no en la de minería.

Así mismo, el Artículo 205 de la ley 685 (Código de Minas) reza:

Licencia ambiental. Con base en el Estudio de Impacto Ambiental la autoridad competente otorgará o no la Licencia Ambiental para la construcción, el

⁹⁷ Magistrado Ponente: Dr. Nelson Pinilla Pinilla

⁹⁸ Cfr. Sentencias T-652 de 1998 y T-880 de 2006 precitadas.

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

montaje, la explotación objeto del contrato y el beneficio y para las labores adicionales de exploración durante la etapa de explotación. Dicha autoridad podrá fundamentar su decisión en el concepto que al Estudio de Impacto Ambiental hubiere dado un auditor externo en la forma prevista en el artículo 216 de este Código.

Por lo anterior, se estarían inaplicando de facto los decretos 1320 de 1998, 1220 de 2005 y la ley 685, al cambiar la reglamentación de la expedición de licencias ambientales, violando de paso el artículo 84 de la Constitución. Hay que agregar que en esta decisión, se acogieron criterios del caso *Saramaka Vs. Surinam*¹⁰⁰, lo cual resulta extraño, pues la situación tanto fáctica como jurídica de Surinam no es equiparable a la de Colombia, pues Surinam no había brindado el derecho a la propiedad de dominio colectivo, violando el artículo 21 de la Convención Americana, *contrario sensu*, Colombia sí los tiene y ha tenido entidades tales como el INCORA y hoy el INCODER que cumplen la función de adjudicar títulos de dominio colectivo, por otra parte el Estado de Surinam, votó a favor de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁰¹, hecho que fue determinante en la decisión¹⁰².

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

Luego de la polémica sentencia T-769 antes mencionada, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, profirió la sentencia T-547 de 2010¹⁰³, amparando los derechos a la consulta previa y al debido proceso, atempera esta tendencia, en una posición mucho más morigerada, pues sobre la licencia ambiental expresó:

... no cabe cuestionar en sede de tutela la validez de la Resolución 1298 de 2006 mediante la cual se expidió la licencia ambiental a la empresa

¹⁰⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 28 de noviembre de 2007

¹⁰¹ Naciones Unidas, Asamblea general, documento A/61/PV.107, páginas 21 y ss.

¹⁰² Cfr. Acápite 131 de la Sentencia, disponible http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

¹⁰³ Magistrado Ponente Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, caso Puerto Multipropósito de Brisa

BRISA S.A. para el proyecto denominado “Construcción y Operación de la Fase 1 del ‘Puerto Multipropósito de Brisa’,” localizado en jurisdicción del Municipio de Dibulla, Corregimiento de Mingueo, Departamento de la Guajira, sin perjuicio de que la misma, en los términos de la ley, pueda ser controvertida por los interesados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

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

Como consecuencia de lo anterior, ordena suspender las obras y realizar una consulta previa en un término de noventa días hábiles, lo que contrasta con sentencias anteriores como la T-880 antes mencionada, donde en forma bastante laxa e indeterminada en cuanto al tiempo resolvió “consultar a las autoridades indígenas los procedimientos y límites de espacio y tiempo que serán utilizados para adelantar las consultas definitivas, de buena fe, utilizando para el efecto métodos apropiados y con el fin de llegar a un acuerdo”.

Igualmente indeterminada en cuanto al tiempo, es la posterior sentencia T-745 de 2010¹⁰⁴, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional amparando el derecho a la consulta previa, ordenó “consultar a las comunidades afrocolombianas, a través de sus representantes, los procedimientos y límites de espacio y tiempo que serán utilizados para adelantar las consultas definitivas”.

En el escenario de la consulta a medidas legislativas, en la sentencia C-702 de 2010¹⁰⁵, en nuestra opinión, la Corte Constitucional amplió el alcance de la Consulta Previa, al considerarla procedente para el caso de las reformas constitucionales, - pues las consideraciones vertidas por la Corte en anteriores fallos se refirieron a la

¹⁰⁴ Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto; caso Vía Transversal de Barú

¹⁰⁵ M. P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

actividad propiamente legislativa desplegada por el Congreso, mas no a la actividad constituyente de la que también esa es titular- al declarar inexecutable el inciso 8° del artículo 2° del Acto Legislativo N° 01 de 2009, “Por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia”, el cual decía:

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

Para ello, la Corte efectuó una interpretación *pro homine* de la expresión “medidas legislativas” utilizada en el artículo 6° del Convenio, argumentando que los principios constitucionales implican un mandato de optimización, concluyendo que “la noción de ‘medidas legislativas’ a que alude el artículo 6° del Convenio 169 es un concepto que incluye no solamente las leyes en sentido formal, sino otras medidas normativas de carácter general, impersonal y abstracto de carácter no administrativo¹⁰⁶, entre las cuales se incluye el concepto de Acto Legislativo a que se refiere la Constitución Política de Colombia.”

Por otra parte, la Corte, agrega:

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

¹⁰⁶ El Convenio distingue entre medidas legislativas y administrativas.

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

Posteriormente, la Sala Sexta de revisión de la Corte Constitucional profirió la sentencia T-1045A de 2010¹⁰⁷, en la que ordena a la Corporación Autónoma Regional del Cauca, CRC, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, no dar efectividad a la licencia ambiental que se haya concedido o llegare a expedirse, en los términos de su Resolución N° 198 de junio 17 de 2010¹⁰⁸, hasta tanto no se realice la consulta previa ordenada en dicho fallo. Como antecedentes fácticos, podemos decir que el titular de la licencia minera expedida por INGEOMINAS¹⁰⁹, luego de una visita de verificación efectuada por un delegado del Ministerio del Interior, -distinto del autor de estas líneas- solicitó a dicho servidor copia del informe de verificación, cuya redacción no era muy afortunada y se prestaba para muchas interpretaciones, logrando adjuntar copia de ella y obtener que los mineros, miembros de una comunidad afrodescendiente fueran desalojados del área del título minero a él concedido por una presunta minería ilegal¹¹⁰, situación que

¹⁰⁷ M. P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla

¹⁰⁸ Mediante este acto administrativo, la CRC había efectuado un “requerimiento en el marco del procedimiento para la suspensión definitiva y/o Revocatoria de una licencia ambiental”, donde ordenó: i) requerir al señor Héctor Jesús Sarria “para que corrija el incumplimiento en el cual ha incurrido y en consecuencia se convoque y se lleve a cabo la obligatoria, constitucional y legal, CONSULTA PREVIA a que obliga el Decreto 1320 de 1998”; ii) suspender la licencia ambiental otorgada al señor Sarria, indicándose además que en caso de incumplimiento de la consulta previa se “proceda a revocar la licencia ambiental.

¹⁰⁹ Instituto de Investigaciones de Geociencias, Minería y Química, mediante el decreto 4131 de 2011 pasó de establecimiento público a ser un Instituto Científico y Técnico, cambiando su denominación a la de Servicio Geológico Colombiano-SGC.

posterior al desalojo, fue desvirtuada por los mineros, quienes solicitaron el derecho de prelación, consagrado en el artículo 133 del Código de Minas, alegando que ejercen la minería incluso desde antes de la vigencia de la ley 685.

Posteriormente, la Sala Quinta de revisión de la Corte Constitucional profirió un amparo: la sentencia T-129 de 2011¹¹¹, en el que se vuelve a hablar de consentimiento previo, libre e informado, no aclara si ello constituye un veto, en los siguientes términos:

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

Respetuosamente discrepamos de la anterior afirmación, pues es necesario e ineludible dilucidar el asunto y realizar un acotamiento de este diálogo intercultural, no soslayar el punto como se hizo, dejando la cuestión irresoluta¹¹², pues la Sala cita nuevamente el caso Saramaka versus Surinam y algunos artículos del Convenio 169 en los que se utiliza el vocablo *consentimiento*, pero su teleología y alcance es muy diferente de la instaurada en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, lo que además deviene en una incoherencia semántica y hermenéutica, por lo que es pertinente traer a colación lo proferido por la Sala Plena de ese Alto Tribunal en una ocasión anterior cuando expresó:

“la búsqueda de integridad y coherencia tiene una enorme importancia en el razonamiento jurídico, tal y como lo han destacado numerosos sectores de la doctrina jurídica contemporánea, pues favorecen la seguridad jurídica y

¹¹⁰ Mediante la Resolución N° 8463-3-30 de abril 30 de 2010, se ordenó la suspensión de las actividades de explotación minera no autorizada y el desalojo de un gran número de familias afros que devengaban su sustento de la extracción artesanal de oro; resolución dejada sin efectos por la tutela.

¹¹¹ M. P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹¹² Coincidimos con el eximio jurista Jerome Frank cuando dice al inicio de su obra: “Cuando, en cualquier área que afecta directamente a seres humanos, existe un grave problema no resuelto, la ausencia de solución es causa de muchos resultados calamitosos. Pueden ser considerados moralmente irresponsables quienes, conscientes del problema, tratan de ocultarlo o de restarle importancia. ¿Por qué? Porque favorecen la creación de un estado de ánimo complaciente con los resultados calamitosos y porque tal complacencia impide esfuerzos que podrían, al menos parcialmente, servir para resolver el problema...” Cfr. Jerome FRANK. “*Derecho e Incertidumbre*”. Buenos Aires. Centro Editor de América Latina. 1968. p. 25. Traducción del Original “*Short of Sickness and Death: A Study of Moral Responsibility in Legal Criticism*”

fortalecen la legitimidad de la actividad judicial, en la medida en que aseguran una mayor imparcialidad en las decisiones de los jueces. En tales condiciones, es razonable suponer que en general es preferible aquella interpretación que logra satisfacer todos los criterios hermenéuticos suscitados en un debate jurídico, de tal manera que esos distintos puntos de vista se refuercen mutuamente y en cierta medida comprueben recíprocamente su validez, por medio de una suerte de “equilibrio reflexivo” o “coherencia dinámica”. Por el contrario, las argumentaciones jurídicas que mantienen las tensiones y contradicciones entre esos criterios hermenéuticos son más cuestionables”.¹¹³ (subrayado extratextual)

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

En el escenario constitucional de la Consulta Previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales se observa una bipolaridad en las decisiones de la Corte Constitucional -que en nuestra opinión, exceden una sombra decisional¹¹⁴ aceptable-, pues aunque ha habido sentencias de unificación como la 039 de 1997 y la 383 de 2003, se evidencia la necesidad de una sentencia de Sala Plena que unifique criterios en cuanto a si se debe limitar temporalmente la consulta, y si el acto administrativo es una decisión unilateral como lo señala la teoría clásica del acto administrativo, o si serían actos administrativos bilaterales¹¹⁵, teniendo en cuenta lo dicho en la T-769 de 2009 y ahora por la T-129 de 2011 en cuanto al consentimiento previo, libre e informado de las comunidades étnicas, por cuanto en ese punto

¹¹³ Sentencia C-1260/01; Magistrado Ponente (E): Dr. Rodrigo Uprimny Yepes

¹¹⁴ Sobre el tema del análisis dinámico de precedentes judiciales, véase La línea jurisprudencial: análisis dinámico de precedentes. Diego Eduardo LÓPEZ MEDINA. Ob. Cit. pp.139- 156.

¹¹⁵ Para ilustrar el tema de los actos administrativos bilaterales, véase CARLOS Ariel SÁNCHEZ TORRES, “Acto Administrativo. Teoría General”. 2ª Edición, Bogotá, Legis, 2004 p. 241.

actualmente hay incertidumbre jurídica, máxime cuando en la Ley 1437¹¹⁶, la cual en sus artículos 10 y 102 establece el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia, que si bien es cierto se refiere a la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional lo declaró exequible en forma condicionada al decir que es constitucional “en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia”.¹¹⁷

En el mismo sentido la sentencia C-816 de 2011¹¹⁸ que declaró exequible el artículo 102 de la ley 1437 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), el cual establece una extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades, siempre y cuando “que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia”.

Las decisiones judiciales deben ser estables, pues los ciudadanos deben saber a qué atenerse, máxime cuando no hay una ley estatutaria de consulta previa y la doctrina constitucional es la única que ha tratado de dilucidar la naturaleza y alcance de la Consulta Previa en los distintos escenarios constitucionales, por lo que nos avenimos con lo dicho por el Doctor Gabriel Mora Restrepo cuando -citando a Robert Alexy y a Jürgen Habermas-, afirma:

... En el fondo, la exigencia de justificación tiene hondas raíces antropológicas, ligadas no solamente a las ideas de consideración y respeto por el otro, sino además a la propia naturaleza dialógica de las relaciones humanas, esto quiere decir, con otros términos, que si alguien plantea, sugiere, persuade, u ordena a

¹¹⁶ Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que entró a regir el 2 de julio de 2012.

¹¹⁷ Sentencia C-634 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

¹¹⁸ M.P. Mauricio González Cuervo.

otro u otros una regla obligatoria de conducta, esto es, que algo debe ser hecho o realizado, o prohibido, está al mismo tiempo haciéndolo desde una perspectiva en la que entiende puede confiar en que el destinatario estaría dispuesto a seguirla porque puede captar o entender su pertinencia, necesidad o incluso su propia bondad, así la regla no le represente un beneficio inmediato, desde el punto de vista de quien emite la regla como ha sostenido ALEXY, la cuestión se traduce en la denominada pretensión de corrección...

La teoría de la justificación ha adquirido una especial relevancia al entenderse que el principal soporte del Estado contemporáneo, está constituido por la idea de legitimidad a través de reglas previamente establecidas. En este tipo de Estado se plantean exigencias o requisitos a los fallos judiciales, todos los cuales apuntan a que sus destinatarios y la sociedad en general vean que los mismos no son producto de un ejercicio de arbitrariedad, sino el resultado de un ejercicio racional y cuidadoso de motivaciones “aceptables”, “correctas” o “previsibles”. Como ejemplo de tales requisitos se alude a que los jueces no deben contradecirse, elegir premisas falsas e incorrectas, distinguir aspectos juzgados sin una razón suficiente, imponer exigencias no contempladas en algún estatuto normativo sin ofrecer un respaldo para ello, modificar su jurisprudencia sin una razón de “peso”, invadir competencias de otros órganos, basar sus decisiones sin un respaldo normativo, y así sucesivamente.

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

éstos, por contraste, las decisiones de los jueces pueden ser tomadas “dando un golpe sobre la mesa”... ¹¹⁹

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

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

3. Los terceros intervinientes en el proceso administrativo de licenciamiento ambiental

En el procedimiento administrativo establecido en los artículos 69 al 72 de la ley 99 de 1993, se indica la figura de los sujetos intervinientes en dicho procedimiento, clasificándolos como a saber: activo, pasivo, terceros determinados e indeterminados, agente oficioso y el Ministerio Público; los terceros, además de poder ser determinados o indeterminados, se clasifican en necesarios y obligatorios, siendo imperativo convocar a éstos últimos, por mandato constitucional y legal¹²⁰, se convierten en indispensables, pues sin ellos la actuación no se puede adelantar, y de haberse adelantado sin ellos, estaría viciada en su constitucionalidad y legalidad, tal es el caso de las comunidades indígenas y negras tribales.¹²¹

A propósito de licencias ambientales y su cesión, en conjunción con el concepto de territorio, la Corte Constitucional mediante la sentencia T-693 de 2011¹²² revisó un caso en el que se suscitó un conflicto por la realización de un oleoducto por parte de la empresa multinacional Metapetroleum Limited, la cual, en apego a los decretos

¹¹⁹ Gabriel MORA RESTREPO. 2009. “Justicia Constitucional y Arbitrariedad de los Jueces. Teoría de la Legitimidad en la Argumentación de las Sentencias Constitucionales.” Buenos Aires, Marcial Pons. 2009. pp. 357 y 358.

¹²⁰ Además de la ley 21 de 1991, la ley 99 de 1993 en su artículo 76, lo establece para la explotación de recursos naturales.

¹²¹ Para ilustrar el tema de los sujetos del procedimiento administrativo, véase El Procedimiento Administrativo Previo. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. “Tratado de Derecho Administrativo. Acto Administrativo”. 4ª Edición, Bogotá Universidad Externado de Colombia. 2007. pp. 223 y 224.

¹²² M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

1180 de 2003 y 1220 de 2005 (vigentes para la época), contaba con una licencia ambiental que fue cedida a una sociedad creada después, y que fuera solicitada en 2004 por Tethys Petroleum Company Ltd. Para construir un oleoducto entre Campo Rubiales¹²³ y Cusiana, con el objeto de llevar al mercado internacional el crudo de Rubiales, el oleoducto no cruzaba por el territorio legalmente constituido del resguardo “El Turpial- La Victoria”, sin embargo, sí era tangencial y produjo impactos en los indígenas de las etnias achagua y piapoco, habida cuenta sus actividades de caza, pesca y de rituales tradicionales, haciendo un recuento jurisprudencial y tomando el concepto de territorio elaborado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua, su concepto de territorio es dinámico,

De ahí, la importancia de ampliar el concepto de territorio de las comunidades étnicas a nivel jurídico, para que comprenda no sólo las áreas tituladas, habitadas y explotadas por una comunidad –por ejemplo bajo la figura del resguardo, sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades culturales y económicas, de manera que se facilite el fortalecimiento de la relación espiritual y material de estos pueblos con la tierra y se contribuya a la preservación de las costumbres pasadas y su transmisión a las generaciones futuras.¹²⁴

4. Consulta Previa en materia de minería, a propósito del código minero y su reforma: Las Sentencias C-891 de 2002 y C-366 de 2011

Como se dijo en el primer capítulo (nota al pie 67), la Corte Constitucional en la sentencia C-891 de 2002 declaró la exequibilidad del Código de Minas a pesar de no haberse efectuado una consulta previa al considerar que el Gobierno había tratado de hacerlo y si ello no fue así, se debió al total desinterés de los pueblos indígenas y

¹²³ Actualmente, “Campo Rubiales” es el bloque petrolero con mayor producción de crudo en Colombia, con 400 pozos aproximadamente, haciendo de Pacific Rubiales el mayor productor privado de petróleo en Colombia. Cfr. <http://www.pacificrubiales.com/2011/266-07092011-pacific-rubiales-presenta-actualizacion-operacional-de-sus-actividades-de-exploracion-y-produccion-incluyendo-un-nuevo-record-de-produccion-bruta-de-242000-barriles-de-petroleo-equivalente-por-dia.html> consultado el 13 de octubre de 2014.

¹²⁴ Considerando 4.5.1. Visión del territorio en las comunidades étnicas y en la cultura occidental

tribales, por lo que después no podían alegar su propia negligencia a su favor.

Casi una década después, mediante la ley 1382 de 2010 se reformó el Código de Minas, sin que se hubiese efectuado una consulta previa, en la sentencia C-366 de 2011 la Corte Constitucional, luego de constatar que no se surtió una consulta previa y que ésta se requería a pesar de que la ley iba destinada a la generalidad de los habitantes de Colombia, ya que afectaba especialmente a los pueblos indígenas y tribales, declara una inconstitucionalidad con efecto diferido, hace una revisión de su jurisprudencia, para apoyarse en la *ratio decidendi* de la sentencia C-030 de 2008¹²⁵, mediante la cual declaró inexecutable la Ley General Forestal, “particularmente en cuanto tiene que ver con la consulta de las medidas legislativas que sean susceptibles de afectar directamente a las comunidades indígenas, aún cuando no estén circunscritas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios”.

5. Los megaproyectos: el caso Urrá

La consulta previa a pueblos indígenas en el escenario de la explotación de recursos naturales en sus territorios es la única expresamente consagrada en el texto de la actual Constitución colombiana, pues el parágrafo del artículo 330 ordena:

Artículo 330: 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:

[...]

Parágrafo. 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.

¹²⁵ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Mediante la sentencia T-652 de 1998¹²⁶, el Gobierno nacional declaró de interés público una zona habitada por indígenas del pueblo embera-katío, con el fin de crear una represa que generara energía eléctrica, creando la empresa Multipropósito Urrá, para tal fin debía desviar el río Sinú, lo cual se hizo, luego de obtener una licencia del Inderena¹²⁷, sin haber hecho una consulta previa para tal fin.

Antes de dar inicio a la segunda parte del proyecto, que consistía en llenar la zona, Urrá S.A., el Incora, los ministerios de Medio Ambiente y de Minas y Energía y el pueblo embera-katío suscribieron un convenio mediante el cual Urrá S.A., se comprometió con la ejecución de plan de etnodesarrollo 1996 y con su financiación hasta el año 2000. El objetivo de estos planes era estudiar las consecuencias que la construcción de la represa acarrearía para el grupo indígena y proponer soluciones a los problemas generados o que se pudieran generar. Las partes acordaron también que la compañía debería mejorar sus esfuerzos en el transporte de peces, al igual que revisar y reformular el proyecto de estanques piscícolas. La comunidad indígena exigió como condición previa a la inundación, el pago de servicio ambiental por el mantenimiento de los bosques y las aguas y el pago de una participación de ingresos por la generación eléctrica. La compañía acordó pagar algún dinero por concepto de la primera solicitud, pero se negó a pagar lo correspondiente a la segunda. Asimismo, la comunidad sostuvo que la compañía no debía negociar individualmente la adquisición de tierras con las familias que habitaban por fuera del resguardo, pero que pertenecía a los embera-katíos. La comunidad declaró que las autoridades de los resguardos eran las únicas que podían negociar legítimamente con la empresa.

Aproximadamente un año después de firmado el acuerdo entre la compañía, el Gobierno y la comunidad, Urrá S.A. solicitó al Ministerio de Medio Ambiente la licencia ambiental necesaria para iniciar la segunda parte del proyecto. La licencia fue negada considerando que la comunidad no había sido debidamente consultada con ocasión del proyecto.

Para la Corte fue claro que las reuniones llevadas a cabo luego del otorgamiento de la licencia para la primera parte del proyecto y en virtud de las cuales se suscribieron

¹²⁶ M.P. Carlos Gaviria.

¹²⁷ Instituto Nacional de Recursos Naturales, reemplazado por el Ministerio de Medio Ambiente, de acuerdo a lo ordenado en la ley 99 de 1993.

los acuerdos, no suplen la consulta previa que debe surtirse a las comunidades, cuando quiera que se pretenda la ejecución de políticas que impliquen el aprovechamiento de recursos naturales existentes en las zonas de habitación de grupos nativos, de acuerdo con el artículo 330 Superior y la Ley 21 de 1991, aprobatoria del Convenio 169. “La Corte reitera que “dicha consulta debe ser previa a la expedición de ésta y, por consiguiente, actuaciones posteriores a su otorgamiento, destinadas a suplir la carencia de la misma, carecen de valor y significación (T-652/1998). En consecuencia, resuelve tutelar los derechos fundamentales a la supervivencia a la integridad étnica cultural, social y económica, a la participación y al debido proceso del pueblo embera-katío del Alto Sinú.”¹²⁸

Para la Corte, el procedimiento llevado a cabo para la expedición de la licencia ambiental que autorizó la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica Urrá I, se llevó a cabo de forma irregular y en franca violación a los derechos de los embera-katío del Alto Sinú, toda vez que no se efectuó la consulta previa que correspondía. En aquella decisión se pone de relieve que el Estado y Urrá S.A. no discutieron la construcción del proyecto con esta comunidad, según lo ordena el artículo 330 de la Carta. Con relación a la segunda parte del proyecto, la Corte señala que también se violó el derecho a la consulta previa a las comunidades, ya que se pretendía la puesta en marcha de un proyecto de infraestructura con aprovechamiento de los recursos naturales existentes en sus territorios, sin que estos hayan sido consultados al respecto.

Además de las consideraciones que se han anotado, para los efectos del presente escrito, resultan de gran interés las órdenes impartidas por el Juez Constitucional de tutela, las que entrañan una verdadera política pública. Se trata de la decisión de un agente del Estado –juez- que ordena a otras personas, públicas y privadas, tomar ciertos cursos de acción, encaminados a atender una problemática que afecta a un sector concreto de la población.

Estas órdenes pueden resumirse así: 1) El Gobierno nacional debía proceder a la unificación de los dos resguardos de los embera-katíos e intervenir activamente en el

¹²⁸ Moreno Velásquez, Carolina "La consulta previa a las comunidades nativas: Ilustrando el encuentro entre derecho, jueces y política" En Miguel Malagón Pinzón, coordinador, *El Derecho Público y Los Veinte Años de la Constitución de 1991*, 145- 146. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2013.

proceso de consulta previa que debía iniciarse y que debía surtir de acuerdo con las pautas precisadas en la decisión; 2) la Alcaldía de Tierralta debía inscribir a todos los miembros del pueblo indígena en el sistema de seguridad social en salud, velar por la prestación oportuna del servicio y entregar de forma gratuita los medicamentos ordenados por los médicos; 3) la Empresa Multipropósito Urrá S.A. debía proceder al pago de la indemnización a la comunidad aborígen en los términos señalados en la providencia, mientras el pueblo asimila el cambio social, cultural y económico al que ha sido sometido; 4) a todas las autoridades públicas y privadas –Alcaldía de Tierralta, Gobernación de Córdoba, al Ministerio del Interior y a Urrá S.A. –ordena que reinicien inmediatamente, si aún no lo han hecho, todos los programas acordados con los embera-katío en el marco del plan de etnodesarrollo, y 5) advierte a todos los agentes públicos y privados involucrados en el asunto, no llenar el embalse hasta tanto Urrá S.A. reúna todos los requisitos exigidos para la adquisición de la licencia ambiental, cumpla con las obligaciones derivadas de la sentencia y ejecute las que sean acordadas durante el proceso de consulta previa.

Lo antes descrito, es considerado como un activismo judicial, el cual no es bien visto teniendo en cuenta el origen no democrático de los jueces, en una clara objeción contramayoritaria, en palabras de Carolina Moreno:

Este activismo judicial ha propiciado una intensa discusión jurídica y política. Se cuestiona si la intervención de los jueces en el reconocimiento de los derechos vulnera o no las competencias que tradicionalmente se ha entendido corresponden a los poderes públicos de origen mayoritario: Legislativo y Ejecutivo. Se trata de la adopción de las decisiones políticas que definen los problemas sociales, que señalan los tiempos y los recursos conforme a los cuales estos serán atendidos. Desde un enfoque clásico de división de poderes, las ramas políticas o de representación popular la competencia para decidir autónomamente la forma en que se asignan los recursos públicos que responden a las distintas necesidades sociales. Sin embargo, a favor del rol activo de los jueces en la democracia, se argumenta que se requiere de un ordenamiento constitucional que, en virtud del principio de separación de poderes, prevea unos jueces que interfieran oportunamente, reprochando los procesos o errores que se cometen en el ejercicio del poder y proponiendo

cursos de acción alternativos (...) Un escenario judicial en el que transan y deciden controversias de derechos fundamentales de comunidades nativas, como el anterior, puede contribuir a la inclusión social de individuos o grupos de individuos desaventajados de la sociedad. Lo anterior, porque constituye un espacio de garantía de derechos que logra proteger los acuerdos institucionales –con agentes públicos o privados- a favor de los más débiles de la relación, cuyos intereses se van amenazados por otros grupos o intereses sociales; porque hace honrar los compromisos adquiridos como verdaderas obligaciones jurídicas y no meras dádivas o concesiones de buena voluntad. Evidentemente, estas luchas por los derechos tienen consecuencias en la asignación de los recursos y en el ejercicio del poder, y por ello no son ni pueden ser política ni económicamente neutros.¹²⁹

No faltarán quienes digan que la Corte Constitucional colombiana no es activista, que son acusaciones infundadas, provenientes de retrógrados con pensamiento decimonónico, por lo que creemos conveniente citar al reconocido constitucionalista alemán Matthias Herdegen:

... la Corte no pecó ciertamente por prudencia excesiva o por un tímido control de las ramas legislativa y ejecutiva. Al contrario: su jurisprudencia muestra una marcada tendencia activista, en el sentido de destilar principios y valores constitucionales del texto constitucional y de estirar los parámetros tradicionales de interpretación con cierta creatividad [...] El activismo de la Corte Constitucional en Colombia tiene pocos paralelos en otros países de América Latina, con la posible excepción de la Corte Suprema de Costa Rica.¹³⁰

En torno a esta forma de activismo judicial o “gobierno de los jueces”, en principio no estamos de acuerdo. Creemos que en un contexto como el norteamericano donde la Constitución es muy escueta y bicentenaria, se justifica que los jueces desarrollen

¹²⁹ Moreno Velásquez, "La consulta previa a las comunidades nativas: Ilustrando el encuentro entre derecho, jueces y política", 140- 141.

¹³⁰ Herdegen, Mattias. La Corte Constitucional en la relojería del Estado de Derecho. Bogotá. En Justicia Constitucional: El rol de la Corte Constitucional en el Estado Contemporáneo, 66 y 67. Pontificia Universidad Javeriana, 2006.

y actualicen el alcance de la Carta¹³¹, pero en un país como Colombia, donde su detallada Constitución tiene poco más de veinte años no, salvo en el caso de la consulta previa a pueblos indígenas y en general el tema indígena, donde hay una omisión legislativa absoluta, pese a que, como se dijo, la Constitución lleva más de dos décadas y la Corte ha exhortado al Congreso a legislar al respecto. Con lo anterior no nos oponemos al control de la Corte, sino, insistimos: al activismo, el cual puede verse como positivo o negativo dependiendo de las subjetivas inclinaciones de cada quien –lo cual no consideramos serio y académico–, para ilustrar esta afirmación, habría tan solo que ver a la famosa era *Lochner*, en la que una Corte impidió que se efectuasen necesarios cambios en la sociedad norteamericana, la cual es seguida por la mayoría de países latinoamericanos y en general, del orbe. El control judicial no es, ni bueno ni malo en sí mismo, sino que constituye en cierta forma una herramienta de poder que puede ser empleada, de acuerdo a la coyuntura, para promover las causas, cosmovisiones e ideologías más dispares.

Sobre la sentencia antes mencionada de la represa de Urrá, hay quienes dicen que fue peor el remedio que la enfermedad, pues la Corte ordenó indemnizar a todos los integrantes de la etnia con un estipendio mensual, ha provocado graves daños, ya que “Haber recibido dinero (un bien que nada tiene que ver con su cultura) a manera de reparación no suplió la pérdida de su soberanía alimentaria, causada por el taponamiento del río, que los dejó sin posibilidad de cazar, recolectar ni pescar los bocachicos que subían por el afluente. Esta situación los llevó al consumismo y a sumergirse en vicios como la prostitución y el alcoholismo.”¹³²

¹³¹ Corrigiendo graves injusticias que no eran consideradas como tal en su momento, como por ejemplo la sentencia *Brown v. Board of Education* que en 1954 eliminó la segregación racial en los colegios, haciendo un giro jurisprudencial de 180 grados a lo establecido en el caso *Plessy v. Ferguson* que en 1896 estableció la segregación racial de “separados pero iguales”, a propósito de minorías étnicas.

¹³² Así lo afirma Diana Carrillo, docente de la cátedra Multiculturalismo y derechos étnicos, en entrevista con UN Periódico. Cfr. <http://www.unperiodico.unal.edu.co/dper/article/la-cultura-embera-que-se-llevo-urra-i.html> consultado el 27 de octubre de 2014.

6. La exhortación de regulación de la consulta previa por parte de la Corte Constitucional

No obstante haber desaprovechado la oportunidad para esclarecer el alcance de este derecho fundamental por mediante una sentencia de unificación, la sentencia T-129 tiene una novedad: exhorta al Congreso y a la Presidencia de la República para que regulen el tema de la Consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado, asunto de una necesidad sentida, pues aunque en marzo de 2010 se profirió la Directiva Presidencial 01 sobre Consulta Previa, este cuestionado documento relaciona *algunos casos* en que debe consultarse a las comunidades, listado que no es taxativo sino enunciativo, esto es, menciona ciertas – no todas - las circunstancias en las que tal proceso de consulta, debe llevarse a cabo. Se escaparon varios temas explícitamente contemplados en la legislación, consciente de eso, prevé la posibilidad de que escapen algunos temas, tan es así, que en su literal I) del numeral 2 se dice “Demás casos en que la legislación así lo disponga expresamente.”¹³³, -pues la Directiva Presidencial no tiene pretensiones de exhaustividad ni omnisciencia -, y por otro lado las directivas presidenciales cumplen dos finalidades:

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

La Directiva Presidencial 01 de 2010, cumple la primera finalidad, es decir es una recomendación u orientación que realiza el Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa a las diferentes entidades en materia de Consulta Previa, frente a esto el Consejo de Estado ha dicho:

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

¹³³ Se omitió en el listado por ejemplo, la consulta previa para la adopción de niños indígenas, consagrada en el artículo 70 de la ley 1098.

discrecional de las autoridades administrativas, si como en el presente caso, ésta cuenta con el respaldo legal¹³⁴.

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

Reiteradamente esta Corporación ha manifestado que tales pronunciamientos sobre congelación de plantas de personal de las entidades territoriales y de las descentralizadas, deben acogerse y acatarse como normas de conducta, pero que no tienen el alcance y firmeza de una disposición con fuerza legal, puesto que se trata de recomendaciones y orientaciones sobre determinados aspectos de manejo de personal que los gobiernos de los distintos órdenes consideran oportuno formular, carentes de virtualidad de enervar la facultad discrecional de remoción que el legislador ha otorgado a las autoridades nominadoras¹³⁵.

En el mismo sentido, el Profesor Berrocal Guerrero señala:

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

¹³⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Dolly Pedraza de Arenas, Agosto 5 de 1993, Radicación número: 5991

¹³⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Diego Younes Moreno, Febrero 9 de 1995, Radicación número: 8019.

calificación que la doctrina le da a tales manifestaciones de la autoridad administrativa¹³⁶. (negrilla extratextual)

En consecuencia de lo anterior podemos decir, que la Directiva Presidencial 01 de 2010, contiene *solo recomendaciones u orientaciones*, en este caso para: el Vicepresidente de la República, Ministros del Despacho, Directores de Departamentos Administrativos, Superintendentes, Directores, Gerentes y Organismos del Nivel Central y Descentralizados del Orden Nacional, que no va dirigido a autoridades del orden departamental ni municipal ni a organizaciones privadas¹³⁷, es lo que se denominaría *soft law* interno.

7. La Directiva Presidencial 10 de 2013, el decreto 2613 de 2013 y el documento Conpes¹³⁸ 3762 y los Proyectos de Interés Nacional Estratégicos (PINES)

El Gobierno nacional, en una estrategia que pretende eludir el control constitucional continuó en la expedición de directivas presidenciales sobre el tema de la consulta previa, profiriendo la directiva presidencial No. 10 de 2013 que contiene una Guía para la realización de la consulta previa, la cual, según Gloria Amparo Rodríguez, debe utilizarse como herramienta de coordinación interinstitucional, para el logro de la eficiencia administrativa y las prácticas de buen gobierno, en los procesos de consulta previa a las comunidades étnicas para el desarrollo de proyectos, como obras o actividades y, 2) el decreto 2613 de 2013, que adoptó el protocolo de coordinación interinstitucional para la consulta previa, destinado a facilitar el enlace de las responsabilidades correspondientes y a compartir criterios e información actualizada que sirvan de soporte para la expedición de las certificaciones de presencia de comunidades étnicas para el desarrollo mismo de la consulta previa. Es necesario destacar que dicha norma fue expedida sin tener en cuenta las comunidades

¹³⁶ Luis Eduardo BERROCAL GUERRERO, *Manual del Acto Administrativo*, 5ª Edición Bogotá, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2009, p. 323.

¹³⁷ Cfr. http://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/directiva_presidencial_01_de_2010.pdf consultado el 13 de agosto de 2014.

¹³⁸ Consejo Nacional de Política Económica y Social, es la máxima autoridad nacional de planeación y se desempeña como organismo asesor del Gobierno colombiano, en todos los aspectos relacionados con el desarrollo económico y social del país.

y pueblos indígenas y que termina por establecer procedimientos que debieron ser regulados a través de una ley estatutaria¹³⁹.

El documento Conpes 3762¹⁴⁰ hace un diagnóstico de los problemas que aquejan a los Proyectos de Interés Nacional Estratégicos (PINES), determinando que un 27% de ellos tenían inconvenientes con el desarrollo de la consulta previa que debían realizar y que los trámites que debe realizar una empresa que requiere una licencia tarda entre 3 y 6 años sólo en dicha consecución, lo cual incide en la formulación y ejecución de proyectos, luego de todo ello ordena tomar línea de acción consistente en:

Conformar comités técnicos al interior de la Comisión Intersectorial de Infraestructura, responsables de la planeación integral de los PINES para identificar y analizar los asuntos ambientales, sociales, políticos y jurídicos, con el fin de prevenir de manera oportuna posibles limitaciones en el desarrollo normal de dichos proyectos y proponer soluciones a la Comisión, para que ésta defina las medidas a adoptar. Estos comités técnicos se pueden organizar por tipo de asunto a resolver: ambiental, social y de consulta previa, político, jurídico y predial, entre otros.

Recapitulación

Recapitulando, podemos decir que, en la materia analizada, el Consejo de Estado tiene una posición poco garantista, a diferencia de la Corte Constitucional. No obstante, la jurisprudencia en materia de consulta previa de esta última se ha tornado errática, ya que no se han respetado sus propios precedentes, cambiándolos mediante sentencias de revisión de 3 magistrados y no mediante la Sala Plena que es conformada por 9 de ellos, siendo esto una vía de hecho que es causal de nulidad de las sentencias.

¹³⁹ Gloria Amparo Rodríguez, De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia, disponible en <https://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2014/07/de-la-consulta-previa-al-consentimiento-previo-gloriaar.pdf> consultado el 29 de septiembre de 2014.

¹⁴⁰ Cfr.

<http://www.upme.gov.co/Memorias%20Convocatoria%20Redes%20de%20Alto%20Voltaje/DNP-PINES.pdf> consultado el 29 de septiembre de 2014.

Por su parte, el Gobierno nacional trata de eludir las consultas previas o bien, de darles celeridad, en una suerte de eficientismo que lo que buscaría es mover al máximo las locomotoras minera y petrolera, favoreciendo a las multinacionales por encima de la participación de los pueblos indígenas y tribales. Todo lo anterior conlleva un escenario de precariedad respecto de los derechos de los pueblos indígenas y en particular de inseguridad jurídica, pues ni los grupos étnicos ni las empresas tienen certeza del procedimiento a seguir ni del alcance de la consulta previa en materia de exploración y explotación de recursos naturales.

CAPÍTULO TERCERO

Estado Actual de la Consulta Previa y la Seguridad Pública en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional

Introducción

Este capítulo se propone en una primera parte, analizar algunas sentencias relevantes en el tema de consulta previa a medidas administrativas relacionadas con el orden público en el cual se han pronunciado los relatores de Naciones Unidas sobre los derechos indígenas, Rodolfo Stavenhagen y James Anaya, quienes consideran que “la presencia de estas bases militares en territorios indígenas pone en riesgo la vida de las poblaciones, pues constituye un centro de control militar que, localizado en medio de la población civil, puede ser objeto de ataques por parte de grupos armados ilegales. Además, en estas bases se realizan entrenamientos en tácticas de guerra y acciones armadas, lo que supone perturbaciones y amenazas a la vida de los pobladores locales”.¹⁴¹

Luego de ello, se abordará el caso sobre la pertinencia de la consulta previa a la erradicación de cultivos ilícitos de coca, habida cuenta la práctica ancestral del mameo¹⁴² por parte de algunas comunidades indígenas amazónicas, continuaremos con lo atinente a la prestación del servicio militar por parte de indígenas y brevemente las quejas de la actitud de militares al prestar seguridad a empresas mineras. Finalmente emprenderemos el caso de la violación a la consulta previa en la construcción de un centro de reclusión para el menor infractor, realizado en la isla de San Andrés, conculcando el derecho de los raizales.

¹⁴¹ Hacia un Conpes indígena Amazónico. Construyendo una política integral para los pueblos indígenas de la Amazonía colombiana. Universidad Nacional de Colombia, sede Leticia, 2012, 31, <http://www.bdigital.unal.edu.co/9061/5/9789587613032.parte1.pdf> consultado el 15 de octubre de 2014

¹⁴² Es la práctica de algunos indígenas amazónicos de mascar hojas de coca para reducir el cansancio corporal y mental. Los indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta le agregan cal a la coca en un poporo (recipiente artesanal), esto para algunas ceremonias.

1. El Estado de cosas inconstitucional en cuanto a desplazados indígenas.

Desde hace más de medio siglo Colombia vive un conflicto armado interno, que se libra entre la Fuerza Pública, guerrillas de extrema izquierda y paramilitares de extrema derecha, con lo que se ha visto afectada la población civil y principalmente en el área rural, donde se encuentran asentamientos de pueblos indígenas y afrodescendientes, quienes en varias ocasiones se han encontrado en medio de los enfrentamientos bélicos, situación que ha generado desplazamiento forzado de la población rural en varias regiones del país, sin que se diese una política pública al respecto. Lo anterior conllevó a un pronunciamiento de la Corte Constitucional mediante la sentencia T-025 de 2004¹⁴³, que declaró un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazados, profiriendo una serie de órdenes a varios ministerios –entre ellos el de defensa- y entidades del orden nacional, para adoptar medidas en favor de los grupos marginados y haciendo seguimiento del cumplimiento de tales órdenes. En el marco de dicho seguimiento, mediante el auto 004 de 2009¹⁴⁴, la Corte, después de pedir información al Ministerio de Defensa sobre una serie de quejas de las etnias Awá, Kogui, Kankuamo, Nukak y Wiwa y el consiguiente análisis focalizado de su situación, considerando las siguientes manifestaciones de las confrontaciones que se desenvuelven en territorios indígenas entre los actores armados, sin involucrar activamente a las comunidades indígenas o a sus miembros, pero afectándolos directamente, a saber:

- Incursiones y presencia de grupos armados ilegales en territorios indígenas, en ocasiones seguidas de una fuerte militarización del territorio por parte de la Fuerza Pública.

- Confrontaciones armadas entre grupos armados ilegales, o entre éstos y la Fuerza Pública, en territorios indígenas, o cerca de éstos.

- Ocupación de lugares sagrados por los grupos armados ilegales y por unidades de la Fuerza Pública.

¹⁴³ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁴⁴ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

- Instalación de bases militares en territorios indígenas sin consulta previa.
- Instalación de minas antipersonal y abandono de municiones sin explotar (MAP/MUSE) en sus territorios; muchos de los casos reportados de victimización por estos artefactos corresponden, de hecho, a personas pertenecientes a grupos indígenas.¹⁴⁵

6. La Corte declara “que los pueblos indígenas de Colombia, (...) están en peligro de ser exterminados cultural o físicamente por el conflicto armado interno, y han sido víctimas de gravísimas violaciones de sus derechos fundamentales individuales y colectivos y del Derecho Internacional Humanitario, todo lo cual ha repercutido en el desplazamiento forzado individual o colectivo de indígenas.”

2. La consulta previa la construcción de instalaciones militares: el radar de Araracuara

El primer caso sobre consulta previa en cuanto a medidas administrativas relacionadas con el orden público, fue la sentencia T-405 de 1993¹⁴⁶, donde luego de instalar un radar de la Fuerza Aérea en Araracuara, en el sur del departamento del Caquetá, en el resguardo Monochoa, habitado por indígenas de las etnias huitoto y muinane. El mencionado radar tenía como finalidad detectar aeronaves al servicio del narcotráfico y de esta forma, poder efectuar la interdicción aérea. Los indígenas alegaban que el radar estaba siendo operado inicialmente por militares norteamericanos, con la anuencia del Ministerio de Defensa Nacional¹⁴⁷, y que la adecuación de las instalaciones –que incluyó tala de

¹⁴⁵ Considerando 2.1 del auto 004 de 2009.

¹⁴⁶ M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara

¹⁴⁷ Sin consentimiento del Consejo de Estado, como lo establece la Constitución Política en su artículo 237 cuando ordena: “...3. Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen. En los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la Nación, *el gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado.* (énfasis añadido)

árboles-, se hicieron sin realizar la consulta previa, solicitando una indemnización por los daños materiales e inmateriales ocasionados, refiriéndose al daño ambiental y a la ocupación de un lugar sagrado. El Ministerio de Defensa alegó la importancia del radar para la seguridad y soberanía nacional, que se había construido una carretera que le había dado trabajo a los indígenas y que un brigadier general de la Fuerza Aérea había acudido a la zona a presentarle a las comunidades indígenas el proyecto. Luego de practicar una inspección ocular, la Corte consideró:

Formalmente, se trata de un conflicto entre dos intereses de tipo colectivo, no de un conflicto entre el interés particular y el general. Ambos intereses colectivos poseen diferencias en cuanto a su grado de generalidad. El interés de la Comunidad Indígena está claramente delimitado en un ámbito espacial y temporal; el interés del Estado colombiano en cuanto al control del narcotráfico en la región del Amazonas y bajo Caquetá, y a la seguridad de la población colombiana en el territorio nacional. Se trata pues, de un interés que abarca un mayor número de personas, e incluso se puede afirmar, que dentro de ese número de personas se incluye a la Comunidad Indígena del Medio Amazonas como tal. En esas circunstancias, se trata de un conflicto entre dos intereses colectivos, siendo uno de ellos compartido por ambas colectividades...

Al ponderar los derechos en tensión, la Corte consideró que la seguridad tenía un mayor peso, en los siguientes términos:

Sobre este particular, se debe reiterar que en ningún caso puede pensarse en que los derechos de la comunidad indígena prevalecen sobre los derechos de los colombianos -en general- y más teniendo en cuenta que de lo que se trata en el presente caso es de la obligación del Estado colombiano de asegurarle a los habitantes del territorio nacional la protección en sus vidas, bienes, seguridad, etc. Obligación que cumple, por ejemplo, instalando en diversos lugares estratégicos del territorio nacional radares para el control de aeronaves que transitan por el espacio aéreo colombiano, y

específicamente para el seguimiento y persecución de aeronaves del narcotráfico.

Mal podría pensarse que por el hecho de haberse instalado el radar en una zona del resguardo indígena de Monochoa, Araracuara, terreno a juicio de estos con carácter sagrado y de especial valor cultural, se violen sus derechos fundamentales, entre ellos el de propiedad. (...) Finalmente, y como lo señalara el juez de instancia, aunque los resguardos indigenistas son inalienables, imprescriptibles e inembargables, ello no es óbice para que el Estado en uso de su soberanía pacte convenios y tratados internacionales con los demás entes gubernamentales y fije estrategias en aras de cumplir con su cometido, como son mantener el orden público, vigilar el narcotráfico y, proteger a todos los residentes en el suelo patrio sin distinción de clase social, raza, lengua, religión, etc., acudiendo a los mecanismos técnicos y científicos pertinentes, lógicamente sin afectar a ningún ciudadano.

Si bien es cierto que la Corte concedió la tutela, lo hizo para proteger el derecho a un medio ambiente sano, ordenando al Ministerio de defensa desarrollar un Plan de Manejo Ambiental, supervisado por un comité integrado por autoridades indígenas, pero consideró que no se había violado el derecho a la consulta previa. En esta primera sentencia evidenciamos errores de la Corte, ya que si bien la decisión nos parece acertada en cuanto a el mantenimiento del orden público y la paz en todo el territorio nacional, echamos de menos que se hubiera pronunciado sobre la permanencia de tropas extranjeras en territorio colombiano sin conocimiento por parte del Consejo de Estado, así como dar por válida la información suministrada por un alto oficial de la Fuerza Aérea, sin que el Ministerio de Gobierno (hoy Ministerio Interior) o la Procuraduría, hubiese actuado como coordinador y garante de la consulta efectuada. Un general de la Fuerza Aérea difícilmente se podría considerar como un garante imparcial en una obra realizada por la Fuerza Aérea.

En la actualidad, la Fuerza Pública realiza consultas previas verdaderamente tal, con el Ministerio del Interior como coordinador y garante, acompañado por la

Procuraduría General de la Nación, pudiéndose citar la construcción de una brigada de selva en Mitú, el Comando conjunto de San Felipe en la estrella Fluvial de Inírida y el batallón de selva de Carurú¹⁴⁸, entre otros.

3. La consulta previa a erradicación de cultivos de uso ilícito: la sentencia SU-383 de 2003¹⁴⁹

Una de las modalidades de consulta previa en actividades administrativas es la que se realiza en la erradicación de cultivos de uso ilícito, en ese tema, la sentencia SU-383 de 2003¹⁵⁰, protegió los derechos a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la participación y al libre desarrollo de la personalidad de los pueblos indígenas y tribales de la Amazonía colombiana, donde se ampararon dichos derechos fundamentales teniendo en cuenta sus singulares características¹⁵¹, -toda vez que el artículo 7º de la norma de normas establece que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana-, teniendo en cuenta, argumentos como los esgrimidos por el Instituto Indigenista Interamericano, organismo especializado del sistema interamericano -entre otros-, al expresar que:

...podemos concluir que, aunque las sustancias activas de la coca (principalmente la cocaína) tienen ante todo una acción antifatigante y productiva de placer, el hábito de consumo en su forma tradicional no corresponde a la satisfacción de una necesidad biológica, sino que está enraizada en ancestrales y profundas consideraciones culturales, por lo que esta costumbre, como el consumo del tabaco y del alcohol en otras culturas, debe ser enfocada no como un problema biológico sino como un

148

<http://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/documentos/ConsultaPrevia/Certificaciones2013II/749.pdf> consultado el 16 de octubre de 2014.

¹⁴⁹ En este punto me apoyaré en algunos apartes de un artículo de mi autoría, “La Consulta Previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia”. En *Revista del Estado No. 27*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

¹⁵⁰ M. P. Dr. Álvaro Tafur Galvis

¹⁵¹ Condiciones que distinguen a los pueblos de la Amazonía colombiana de otros sectores de la colectividad nacional, consideración 5.1 de la sentencia SU-383 de 2003

complejo cultural que forma parte del núcleo social indígena y que asume el carácter de un símbolo de identidad étnica¹⁵².

Por otra parte, la Corte, al expresar:

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

Prescribe que se debe establecer la modalidad de la erradicación (manual o por aspersión aérea), así como las zonas excluidas de la erradicación¹⁵³.

Por lo que, lo protegido en la precitada providencia, es la costumbre ancestral e inveterada del consumo tradicional de la hoja de coca con razones religiosas y medicinales inherentes a su particular cosmovisión, que en Colombia se predica de los pueblos indígenas amazónicos y los de la Sierra Nevada de Santa Marta, más no de todos los grupos minoritarios étnicos por el sólo hecho de serlo, pues se estaría distorsionando lo amparado por el juez constitucional, dado que habría una disanalogía fáctica¹⁵⁴, toda vez que el precedente constitucional es vinculante, siempre y cuando haya patrones fácticos replicables, a los cuales están atadas las subreglas constitucionales.

¹⁵²Instituto Indigenista Interamericano. Informe sobre la Coca y sus efectos en Bolivia. México: Mimeo, 1986 citado por Alejandro Camino "Coca: del uso tradicional al narcotráfico" en Diego García Sayán (Ed). Coca, cocaína y narcotráfico, Laberinto en los Andes. Lima Comisión Andina de Juristas, 1989, p 93, citado en la sentencia SU-383 de 2003.

¹⁵³ Estas zonas no son objeto de erradicación, pues son las que producen la hoja de coca que requiere la comunidad indígena, de acuerdo a sus necesidades culturales y número de habitantes.

¹⁵⁴ Para ilustrar el tema del análisis estático del precedente judicial y técnicas legítimas de interpretación jurisprudencial, véase Argumentos legítimos: la disanalogía entre caso nuevo y precedente aparentemente aplicable. Diego Eduardo López Medina. "El Derecho de los Jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial". 2ª Edición, Bogotá Legis. 2006. p. 213.

4. La prestación de servicio militar por parte de indígenas.

En Colombia, la Constitución establece la obligación de defender la independencia y las instituciones públicas¹⁵⁵, no obstante la ley por la cual se desarrolla el reclutamiento y movilización de reservas excluye a los indígenas de esta obligación¹⁵⁶, no obstante si un indígena voluntariamente se presentaba a prestar el servicio militar, podía hacerlo, hasta el caso revisado por la Corte Constitucional en la sentencia T-113 de 2009¹⁵⁷ en la que de una manera no muy coherente, se dice que no se requiere efectuar una consulta previa para que un indígena preste voluntariamente el servicio militar, no obstante ordena no reincorporar al indígena que a la hora de resolver, hace mucho que había sido desacuartelado¹⁵⁸, que ordenaba la salida del Ejército, a pesar de que se presentó voluntariamente y era mayor de edad al momento de hacerlo, y que de haber querido hubiese interpuesto el mismo joven, no pudiendo actuar la progenitora como agente oficioso, todo lo anterior debido a una “excepción por diversidad etnocultural” que implicaría que -cuando un joven indígena desee prestar el servicio militar voluntariamente-, hacer un diálogo intercultural permanente, garantizándole a la comunidad indígena “la posibilidad de contar con una voz estructurada frente a los jóvenes, antes de que éstos tomen la decisión de incorporarse. Las comunidades indígenas deben contar por tanto, con la posibilidad de que la comunidad haya tenido la oportunidad de manifestar, tanto al joven que va a ingresar al Ejército, como a la institución castrense, el impacto que tal reclutamiento conlleva para la supervivencia colectiva y cultural de la comunidad.”

¹⁵⁵ Artículo 216. La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas. La Ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo.

¹⁵⁶ Ley 48. Artículo 27. Exenciones en todo tiempo. Están exentos de prestar el servicio militar en todo tiempo y no pagan cuota de compensación militar: (...) b) Los indígenas que residan en su territorio y conserven su integridad cultural, social y económica.

¹⁵⁷ M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez.

¹⁵⁸ Dejando en firme una medida cautelar solicitada por la madre del joven y concedida por el Tribunal Administrativo de Nariño en el año 2005, año en cual el joven estuvo en las filas militares.

Es por demás, una sentencia bastante singular, ya que no se explica su selección, pues era evidente la carencia actual de objeto, ya que el Tribunal de Nariño había ordenado su desacuartelamiento y éste se había producido en el momento, esto es, hacía cuatro años, pareciera que la Corte quería pronunciarse sobre los indígenas y el servicio militar, y ante la ausencia de un caso presente, extemporánea e inoportunamente tomó uno que ya no tenía problema, habiendo muchos casos que sí requieren su atención y solución¹⁵⁹, lo que llevaría a pensar que hay un alto grado de politización como lo han denunciado algunos magistrados de la misma Corte Constitucional¹⁶⁰.

5. La consulta previa a operativos militares relacionados con minería.

Como se mencionó en el segundo capítulo, en el caso Mandé Norte, contenido en la sentencia T-769 de 2009, además de ser accionada la empresa minera, Ingeominas, los Ministerios de Minas, de Ambiente y del Interior, también lo fue el Ministerio de Defensa, ya que las comunidades afrocolombianas alegaban que “desde el domingo 28 de diciembre de 2008 hasta el día de hoy persisten operaciones militares... quienes de manera ilegal e inconsulta han ingresado al territorio indígena manifestando a la población que están allí para brindar protección en la exploración, que realiza la empresa Muriel Mining”.

Luego de revisar las pruebas y hacer las consideraciones del caso, la Corte resolvió “**Sexto: ORDENAR** al Ministro de Defensa Nacional que analice objetivamente y subsane las razones por las cuales las comunidades indígenas y afrodescendientes que ancestralmente habitan en la región irrigada por los ríos Jiguamiandó, Uradá y Murindó, no perciben el ingreso de la Fuerza Pública en sus territorios como garantía de seguridad.” (negrilla y mayúsculas de la Corte).

¹⁵⁹ Como por ejemplo el caso del Centro del Menor infractor en San Andrés isla, presentado en el número 7 de este capítulo.

¹⁶⁰ Cfr. “Los magistrados Pretelt y Rojas dejan grandes dudas: Nilson Pinilla” Periódico *El Espectador* de 18 de junio de 2014, <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/los-magistrados-pretelt-y-rojas-dejan-grandes-dudas-nil-articulo-499048> consultado el 24 de octubre de 2014.

6. La declaración de los derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas y la abstención de Colombia a suscribirla: una situación jurídica diferente a los demás países latinoamericanos

Como vimos en el primer capítulo, Colombia se abstuvo de votar la declaración de los derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas, a pesar de que las declaraciones no tienen carácter convencional ni son consuetudinariamente vinculantes, por estar en franca contradicción con el ordenamiento jurídico colombiano, valga la pena transcribir completo el párrafo que se refiere a operaciones de la Fuerza Pública en territorios indígenas:

Por ejemplo, el artículo 30 de la Declaración contempla que se deben realizar consultas con las comunidades indígenas antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares. Conforme al mandato contenido en nuestra Constitución, la fuerza pública está en la obligación de hacer presencia en cualquier lugar del territorio nacional para brindar y garantizar a todos los habitantes la protección y respeto a su vida, honra y bienes, tanto individuales como colectivos. La protección de los derechos de las comunidades indígenas y su integridad dependen en gran medida de la seguridad en sus territorios. En este sentido, se han expedido instrucciones a la fuerza pública para dar cumplimiento a la obligación de protección de los derechos de estas comunidades. Sin embargo, la citada disposición de la Declaración contraría el principio de necesidad y eficacia de la fuerza pública, impidiendo el cumplimiento de su misión institucional, lo que no resulta aceptable para Colombia.¹⁶¹

¹⁶¹ Naciones Unidas, Asamblea general, documento A/61/PV.107, páginas 19 y ss.; disponible en: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/61/PV.107&Lang=S consultado el 25 de octubre de 2014.

7. Estudio de caso: el centro para menores infractores en territorio raizal¹⁶²

Las islas de San Andrés y Providencia son habitadas por un grupo afrodescendiente muy particular, diferenciado de los afrodescendientes que habitan en el territorio continental colombiano. Hablan inglés y mayoritariamente son de religión protestante, que hoy en día, debido a la inmigración desde el continente se ve disminuida proporcionalmente en su propia tierra, se ven copados ante la alta densidad demográfica actual¹⁶³.

Conforme a lo establecido en el decreto 3770 de 2008, los raizales tiene una representación étnica para situaciones administrativas que los afectan, son los “consultivos de alto nivel”, quienes son los voceros de la comunidad raizal sanandresana. Al tener conocimiento que el Gobernador del departamento insular, Pedro Gallardo Forbes planeaba la construcción, adecuación y dotación del Centro de Atención Especializado del Menor infractor en San Andrés Isla, los consultivos de alto nivel le informaron de que era necesario efectuar una consulta previa a este proyecto. Luego de varios intentos del gobernador por evitar iniciar cualquier trámite dirigido a consultar al grupo étnico, finalmente en el mes de noviembre de 2010, el Gobernador Gallardo Forbes mediante oficio radicado e identificado al interior del Ministerio del Interior y de Justicia con la sigla EXT10-61411 solicitó a Claudia Teresa Cáceres, quien para la época era la Coordinadora de Consulta Previa del Ministerio del Interior, se le certificara sobre la procedencia o no de adelantar una consulta previa en el proyecto.

El 31 de enero de 2011, mediante Oficio OFI11-3281-GCP-0201 signado por la coordinadora de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia, la funcionaria le explica al gobernador la necesidad de adelantar un proceso de consulta previa en el proyecto.

¹⁶² En este punto nos referiremos a un caso en el que tuvimos la posibilidad de prestar asistencia jurídica en el año 2011.

¹⁶³ Para mayores detalles al respecto, se puede ver la sentencia C-530 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Extrañamente, el 07 de febrero de 2011 el Gobernador Pedro Gallardo Forbes vía fax envía oficio al Señor Viceministro del Interior Aurelio Iragorri Valencia, en donde pide se revoque el oficio signado por Claudia Cáceres, donde el señor Gobernador trata de soslayar la importancia de la consulta previa, intentando confundir al señor Viceministro, haciéndole creer que el derecho fundamental a la consulta previa es incompatible con el interés superior de los niños, en virtud del artículo 44 de la Constitución y el artículo 9º de la ley 1098, por medio del cual se expide el código de la Infancia y Adolescencia, lo cual no es cierto, pues dichos derechos no se excluyen entre sí.

Luego de este “reversazo” del gobernador, la comunidad raizal, liderados por la consultiva de alto nivel Ofelia Livingston de Barker, interpone una acción de tutela, la cual se presentó ante el Juzgado administrativo de San Andrés y Providencia, la cual sorprendentemente fue remitida al juez primero penal del circuito de San Andrés y Providencia, quien la conoció y negó porque la señora Ofelia Livingston de Barker “no probó ni expresó los referentes que permitan establecer la condición de raizal”¹⁶⁴, a pesar de ser evidente tal calidad, como lo reconoció el mismo gobernador al contestar la acción de tutela.

Esta sentencia de primera instancia fue impugnada, entre otras cosas debido a que si el juez tenía dudas de la condición de raizal de la señora Livingston (más extraño aún, ya que la conocía), no debió negar la tutela, sino que debió cumplir lo señalado en el artículo 20 del decreto 2591 de 1991¹⁶⁵ que ordena presumir la veracidad de lo afirmado y en caso de que existan incongruencia, pedir a las partes que se aclaren, y no poner entredicho su afirmación y actuando como si fuese la parte accionada, la cual, como se dijo nunca tuvo reparos en reconocer la legitimidad de la señora Livingston como raizal y consultiva de alto nivel de la comunidad étnica. Además de

¹⁶⁴ Sentencia de tutela sin número, del juzgado penal Dr. Gonzalo Bowie Gordon del 17 de marzo de 2011.

¹⁶⁵ Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución de Colombia.

esto, debió pedir informes y/o aclaraciones como consagran los artículos 19 y 21 del decreto 2591 de 1991¹⁶⁶.

En el interregno ocurrido entre la interposición de la tutela, su fallo y la impugnación, el viceministro del Interior, mediante el documento OFI11-7190-DVI-0200 del 25 de febrero de 2011, revocó el oficio OFI11-3281-GCP-0201 firmado Claudia Cáceres el 31 de enero de 2011, en forma ilegal, pues para revocar un acto administrativo se requiere consentimiento expreso y escrito del respectivo titular, consagrado en el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo¹⁶⁷, vigente para la fecha.

Después de todo lo anterior, el juez de segunda instancia de la tutela confirmó la decisión de negar la acción por considerar que el derecho fundamental a la consulta previa es incompatible con el interés superior de los niños, en virtud del artículo 44 de la Constitución y el artículo 9° de la ley 1098, por medio del cual se expide el código de la Infancia y Adolescencia, lo cual no es cierto, pues como se dijo antes dichos derechos no se excluyen entre sí, incluso la ley 1098 contempla la consulta previa para la adopción de niños indígenas¹⁶⁸, a pesar que se había explicado con prolijidad que no había tal tensión de derechos.

¹⁶⁶ **Artículo 19. Informes.** El juez podrá requerir informes al órgano o a la autoridad contra quien se hubiere hecho la solicitud y pedir el expediente administrativo o *la documentación donde consten los antecedentes del asunto. La omisión injustificada de enviar esas pruebas al juez acarreará responsabilidad.* El plazo para informar será de uno a tres días, y se fijará según sea la índole del asunto, la distancia y la rapidez de los medios de comunicación. Los informes se considerarán rendidos bajo juramento.” **Artículo 21. Información adicional.** Si del informe resultare que no son ciertos los hechos, podrá ordenarse de inmediato información adicional que deberá rendirse dentro de tres días con las pruebas que sean indispensables. *Si fuere necesario, se oirá en forma verbal al solicitante y a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud, de todo lo cual se levantará el acta correspondiente de manera sumaria.* En todo caso, el juez podrá fundar su decisión en cualquier medio probatorio para conceder o negar la tutela. (Se enfatiza).

¹⁶⁷ Decreto 01 de 1984. Código Contencioso Administrativo. Artículo 73. Revocación de actos de carácter particular y concreto. Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

¹⁶⁸ Ley 1098. Artículo 70. *Adopción de niño, niña o adolescente indígena.* Atendiendo las facultades jurisdiccionales de las autoridades indígenas, la adopción de un niño, una niña o un adolescente indígena cuando los adoptantes sean miembros de su propia comunidad procederá de acuerdo con sus usos y costumbres. Cuando los adoptantes sean personas que no pertenecen a la comunidad del niño, niña o adolescente indígena, la adopción procederá mediante consulta previa y con el concepto

Luego de haber surtido las dos instancias, la tutela pasó a la Corte Constitucional para su eventual revisión, pero pese a solicitudes realizadas por la comunidad raizal, la tutela no fue seleccionada.

No obstante lo anterior, luego de ello, hay un cambio inexplicable por el cual el Ministerio del Interior hace un nuevo giro de 180 grados, y mediante el documento OFI11-23817-GCP-0201 del 9 de junio de 2011, después de muchas dilaciones y vacilaciones, contempla la viabilidad de una consulta previa pero *a posteriori* y sólo con una parte de la comunidad, para la Construcción, adecuación y dotación del centro especializado del Menor Infractor en el Departamento archipiélago de San Andrés por parte de la gobernación departamental, mientras la obra ya se había iniciado y proseguía mientras se adelantaba dicha consulta “previa”, con lo que es palmario que lo que se pretendía era legalizar decisiones ya tomadas y en proceso de ejecución, desvirtuando el objetivo de la consulta previa y repitiendo hechos como los que llevaron a la decisión de amparar la supuesta consulta previa realizada en el caso U’wa, en la sentencia de Sala Plena SU-039 de 19997, que al respecto se pronunció en los siguientes términos:

“...5.6. Para la Corte resulta claro que en la reunión de enero 10 y 11 de 1995, no se estructuró o configuró la consulta requerida para autorizar la mencionada licencia ambiental. Dicha consulta debe ser previa a la expedición de ésta y, por consiguiente, actuaciones posteriores a su otorgamiento, destinadas a suplir la carencia de la misma, carecen de valor y significación...” (subrayado extratextual)

En la preconsulta el gobernador –aunque sin mayores fundamentos–, volvió a decir que no procedía la consulta previa. Luego de una desafortunada intervención de Paola Bernal¹⁶⁹, coordinadora de consulta previa del Ministerio para la época, el gobernador finalmente dijo que no podía facilitar recursos para la consulta previa,

favorable de las autoridades de la comunidad de origen y se realizará de acuerdo con lo establecido en el presente Código.

¹⁶⁹ Decimos desafortunada porque la funcionaria intervino de forma por demás sesgada, confundiendo además los efectos de la nulidad por inconstitucionalidad con los de inexequibilidad, evidenciando una ignorancia supina en el tema de consulta previa, así como de la fuerza vinculante y efectos de las sentencias.

pues acaba de entrar en rigor la ley de garantías (ley 996 de 2005) que le impedía destinar recursos para actividad alguna. Con lo cual, en nuestro parecer, el Ministerio quedó como un garante que había intentado realizar la consulta previa pero que por “fuerza mayor” no había sido posible realizarse.

Recapitulación

Recapitulando, podemos decir que en el escenario de instalaciones militares se requiere efectuar la consulta previa, para tratar de prevenir o mitigar los impactos, pero si el lugar es estratégico desde la táctica militar o de seguridad, este aspecto no sería objeto de discusión. Si se trata de realizar erradicación de cultivos de uso ilícito, se haría una consulta sólo en el caso de que la comunidad indígena que habita el territorio a asperjar tenga un consumo ancestral de hoja de coca, caso contrario no, pues se perdería el factor sorpresa que es determinante en este tipo de actividades. Si se requiere realizar operativos militares o policiales como persecución en caliente de subversión o narcotráficos, tampoco sería pertinente realizar consulta previa alguna por la necesidad y premura que caracteriza dichas operaciones, siendo necesario el mencionado factor sorpresa. En el caso de instalaciones penitenciarias sí que se puede discutir todo, incluyendo la ubicación de la instalación, que en caso de un lugar tan pequeño como las islas de San Andrés y Providencia tendría un impacto altísimo para esa comunidad, en la cual ha sido costumbre no hacer consultas o hacerlas cuando las obras ya están en construcción, siendo inane realizar una consulta “previa” que se efectúa *a posteriori*.

CONCLUSIONES

Ante la omisión -y más que eso, la negligencia del Congreso de la República- legislativa de una ley estatutaria de consulta previa, la Corte Constitucional colombiana ha tratado de suplir esta laguna jurídica con su jurisprudencia, lo cual es encomiable, y que sería aún más encomiable si guardara mayor coherencia en sus decisiones, pues como vimos, se observa un comportamiento errático en las decisiones de la Corte Constitucional -que en nuestra opinión, exceden una sombra decisonal aceptable-, pues aunque ha habido sentencias de unificación como la 039 de 1997 y la 383 de 2003, se evidencia la necesidad de una sentencia de Sala Plena que unifique criterios en cuanto a si se debe limitar temporalmente la consulta, y si el acto administrativo es una decisión unilateral como lo señala la teoría clásica del acto administrativo, o si serían actos administrativos bilaterales, teniendo en cuenta lo dicho en la T-769 de 2009 y ahora por la T-129 de 2011 en cuanto al consentimiento previo, libre e informado de las comunidades étnicas, por cuanto con sus erráticas decisiones, la Corte genera una inseguridad jurídica, teniendo en cuenta la pluricitada omisión legislativa relativa.

Si bien es cierto que hay casos que pueden poner en peligro la cultura ancestral, tampoco se puede decir que toda actividad administrativa es avasallante y que se producirá una especie de *Ávatar* colombiano, como suelen decir algunas personas en *blogs* o páginas poco serias.

Es claro que la situación jurídica de Colombia es distinta a los demás países de América Latina, ya que fue el único país de la región que se abstuvo de votar la Declaración de los derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas, en un claro uso de la costumbre internacional de la “objeción persistente”, totalmente válida en esta fuente del derecho internacional.

No obstante el Estado en su soberanía tiene un margen de apreciación, es notorio que no hay mayor interés ni del Ejecutivo por impulsar la expedición de una ley, ni del Congreso por hacer lo propio. En cambio, el Gobierno sí ha dimanado dos directivas presidenciales sobre el tema, que buscan dar celeridad a los procesos de consulta, y que en el deber ser no deberían tener fuerza de acto administrativo general, pero en la práctica sí está ocurriendo así, lo cual es una elusión al control de constitucional previo que se efectuaría a una ley de naturaleza estatutaria. Lo que en cambio sí se ha hecho, es proferir el documento Conpes 3762 que traza lineamientos de política para el desarrollo de proyectos de interés nacional y estratégicos-Pines, así como el decreto 2613 de 2013, que adoptó el protocolo de coordinación interinstitucional para la consulta previa, para agilizar los procesos, evidenciando que su interés más que garantista, es economicista.

En las primeras implementaciones del mecanismo, la autoridad ambiental le dio más relevancia al requisito procedimental implícito en la consulta que al objetivo sustancial planteado desde el orden constitucional; es decir, dimensionó su realización sólo como elemento de legalidad para no viciar de nulidad el acto administrativo donde se decidía de fondo el otorgamiento de una licencia ambiental o el establecimiento de un plan de manejo, las comunidades indígenas y tribales devienen indispensables, pues sin ellos la actuación administrativa no se puede adelantar, y de haberse adelantado sin ellos, estaría viciada en su constitucionalidad y legalidad, ya que el artículo 46 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece:

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

BIBLIOGRAFÍA

- Almanza Hernández, Roberto y Carlos Eduardo Salinas Alvarado. “Consulta Previa: recorrido hacia un diálogo intercultural” En *Centro de Estudios Políticos del Ministerio del Interior y de Justicia*. N° 2 Año 2, Bogotá, 2010
<http://www.centrodeestudiospoliticos.com/articulos/2.2.html>
- Ariza Santamaría, Rosemberg. *Consulta Previa. Dilemas del Ejercicio de un Derecho*. Universidad Nacional de Colombia, 2012
- Bonilla, Daniel. *Constitución Multicultural y la política del reconocimiento*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho; Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar. 2006.
- Botero Marino, Catalina, *Multiculturalismo y Derechos de los Pueblos indígenas en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional*, ediciones ICESI. Cali, 2003.
- Borrero García, Camilo. *Multiculturalismo y derechos indígenas*. GTZ. Bogotá, 2003.
- Santos de Sousa, Boaventura, *Estado, derecho y luchas sociales*. ILSA, Bogotá, Colombia, 1991.
- , *Sociología Jurídica Crítica*. Bogotá, Trotta/Ilisa, 2009.
- , *Derecho y Emancipación*. Quito, Pensamiento Jurídico Contemporáneo, 2012.
- Frank, Jerome. *Derecho e Incertidumbre*, Centro Editor de América Latina. Bs. As. 1968.
- Figuroa, Isabela. “El Convenio 169 de la OIT y el deber del Estado Brasileiro de consultar a los Pueblos indígenas y Tribales”. Quito. En *La Consulta Previa con los Pueblos Indígenas: Legislación y Jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú*. RAMA, 2009.

- Herdegen, Matthias. La Corte Constitucional en la relojería del Estado de Derecho. Bogotá. En *Justicia Constitucional: El rol de la Corte Constitucional en el Estado Contemporáneo* Pontificia Universidad Javeriana, 2006.
- Kymlicka, Will. *Ciudadanía Multicultural*. Barcelona: Paidós, Estado y Sociedad, 1996.
- López Medina, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces: Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Edición, Ed. Legis y Universidad de los Andes, 2006.
- Maya Aguirre, Ana Lucía. “El Derecho a la Consulta Previa en las Decisiones de la OIT contra el Estado Colombiano”. Bogotá. En *El Otro Derecho*. Vol. 40 fasc., Bogotá. ILSA, 2009.
- Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia. *La Consulta Previa a Grupos Étnicos en Colombia*. Compendio de Legislación, Jurisprudencia y Documentos de Estudio. Imprenta Nacional de Colombia, 2006.
- Mora Restrepo, Gabriel. *Justicia Constitucional y Arbitrariedad de los Jueces. Teoría de la Legitimidad en la Argumentación de las Sentencias Constitucionales*. Buenos Aires, Marcial Pons. 2009.
- Morales Alzate, John Jairo. *La Consulta Previa: Un derecho fundamental*. Bogotá, Doctrina y Ley. 2014.
- Moreno Velásquez, Carolina. *La Consulta Previa a las comunidades nativas: Ilustrando el encuentro entre Derecho, Jueces y Política*. En *Derecho Público y los veinte años de la Constitución de 1991*. Bogotá: Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho; 2013.
- Naciones Unidas. *El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta, Libre e Informada*. Una Guía de Información y Reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos. <http://www.hchr.org.co/afrodescendientes/files/Consulta%20Previa%20Indigenas%20Baja.pdf>

- Organización Internacional del Trabajo. Los Derechos de los Pueblos indígenas y Tribales en la Práctica: Una Guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT. Lima, 2009
- Orduz Salinas, Natalia y Rodríguez Garavito, César, *La Consulta Previa: Dilemas y Soluciones*, Bogotá, Documentos DeJusticia, 2012.
- Padilla Rubiano, Guillermo. “Consulta Previa en Colombia y sus desarrollos jurisprudenciales”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 19º año*. Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2013.
- Quinche Ramírez, Manuel Fernando. *La Elusión Constitucional: una Política de Evasión del Control Constitucional en Colombia*. 2ª Edición, Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2009.
- Quintero Navas, Gustavo. *Consulta Previa a las Comunidades Indígenas y los pueblos tribales en Colombia: el papel garantista del juez constitucional*, Palermo, Diritto e Questioni Pubbliche, 2012. http://www.dirittoequationipubbliche.org/page/2012_n12/stu_07-Quintero%20Navas.pdf
- Restrepo, Eduardo. “Biopolítica y alteridad: dilemas de la etnización de las colombianas negras”. En: *Conflicto e (in)visibilidad. Restos de los estudios de la gente negra en Colombia*. Eduardo Restrepo – Axel Rojas (eds.). Popayán: editorial Universidad del Cauca, 2004.
- Rodríguez Garavito, César, *La Consulta Previa a los Pueblos Indígenas: los estándares del Derecho Internacional*, Bogotá, ediciones Uniandes, 2009.
- Rodríguez Peñaranda, María Luisa. *Minorías, Acción Pública de Inconstitucionalidad y Democracia Deliberativa*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Rodríguez-Piñero, Luis. La ‘implementación’ de la Declaración: las implicaciones del artículo 42. En: *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Hacia un mundo intercultural y sostenible*. Natalia Álvarez Molinero, J. Daniel Oliva Martínez y Nieves Zúñiga García-Falces (EDS.). Madrid: Catarata, 2009.

Saavedra Galindo, Ana María. “La Consulta Previa a pueblos indígenas y tribales en la jurisprudencia constitucional colombiana y algunas nociones fundamentales” En *La Consulta Previa: Experiencias y Aprendizaje*. Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología e Historia-ICANH, 2009.

Sahlins, Marshall. Dos o tres cosas que sé acerca del concepto de cultura. http://www.icanh.gov.co/recursos_user/RCA_Vol_37/v37a11.pdf

Salinas Alvarado, Carlos Eduardo. La Consulta Previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia. *Revista del Estado* No. 27. Bogotá, 2011.

Sánchez Botero, Esther. Justicia y pueblos indígenas de Colombia. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia-UNIJUS. 2004.

Semper, Frank. Los Derechos de los pueblos Indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. http://www.sebra.de/aktuelles/los_derechos.pdf

Vallejo Reyes, Pedro Nolasco, “La Consulta Previa: un derecho en conflicto” En *La Consulta Previa: Experiencias y Aprendizajes*. Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología e Historia-ICANH, 2009.

Zúñiga, Nieves. “La Declaración como instrumento para la convivencia intercultural y la cohesión social”. En *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Hacia un mundo intercultural y sostenible*. Natalia Álvarez Molinero, J. Daniel Oliva Martínez y Nieves Zúñiga García-Falces (Editores). Madrid: Catarata. 2009.

SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Sentencia T-428-92 M.P. Ciro Angarita Barón.
2. Sentencia T-405-93 M.P. Hernando Herrera Vergara.
3. Sentencia C-058 de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero
4. Sentencia C-225 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero
5. Sentencia SU-039-97 M.P. Antonio Barrera Carbonell.
6. C- 475 de 1997 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz
7. Sentencia C-256 de 1998 M.P. Fabio Morón Díaz.
8. Sentencia T-634-99 M.P. Alejandro Martínez Caballero
9. Sentencia C-836-01, M.P. Rodrigo Escobar Gil
10. Sentencia C-891-02 M.P. Jaime Araujo Rentería.
11. Sentencia SU-383-03 M.P. Álvaro Tafur Galvis.
12. Sentencia C-620-03 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
13. Sentencia T-955-03 M.P. Álvaro Tafur Galvis.
14. Sentencia T-737-05 M.P. Álvaro Tafur Galvis.
15. Sentencia T-880-06 M.P. Álvaro Tafur Galvis.
16. Sentencia C-208-07 M.P. Rodrigo Escobar Gil
17. Sentencia C-030-08 M.P. Rodrigo Escobar Gil
18. Sentencia C-461-08 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa
19. Auto 004 de 2009 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa
20. Sentencia T-113-09 M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez
21. Sentencia C-175-09 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

22. Sentencia T-769-09 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
23. Sentencia T-547-10 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
24. Sentencia C-702-10 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
25. Sentencia T-745-10 Humberto Antonio Sierra Porto.
26. Sentencia T-1045A-10. M.P. Nilson Pinilla Pinilla
27. Sentencia T-129-11 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio
28. Sentencia C-366-11 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva
29. Sentencia C-634-11. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva
30. Sentencia T- 693-11 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
31. Sentencia T-698-11. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva
32. Sentencia C-882-11 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
33. Auto 173 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva
34. Sentencia T- 376-12 M.P. María Victoria Calle Correa
35. Sentencia C-641-12. M.P. Nilson Pinilla Pinilla
36. Sentencia C-1051-12 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez
37. Sentencia C-068-13 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez
38. Sentencia C-253-13 M.P. Mauricio González Cuervo
39. Auto 073 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva
40. Sentencia T-576 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

SENTENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO

1. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia de Súplica No. S-673 de 4 de marzo de 1997 C.P. Libardo Rodríguez R.
2. Sentencia de Nulidad. Consejo de Estado, Sección Primera. Radicación No. 5091 de 20 de mayo de 1999, C.P. Juan Polo Figueroa.
3. Consejo de Estado, Sección Primera. Radicación No. 11001 0324 000 2007 0003900 de 5 de agosto de 2010, C. P.: Dr. Rafael Ostau de Lafont Pianetta