

Juez e interpretación constitucional.

Presentado por: Camilo Millán, María Isabel Niño, Juan Carlos Rincón, Paula Rojas Fajardo.

Protección a la consulta previa: derecho fundamental de las minorías contra el interés colectivo

En este ensayo vamos a presentar un estudio de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional con respecto a la protección de la consulta previa en las comunidades indígenas.

La línea ha sido bastante uniforme en la idea de que es necesaria la protección de este derecho para garantizar la integridad de las comunidades indígenas, y a pesar de unas pocas (muy pocas excepciones), la jurisprudencia de la Corte se ha movido hacia la ampliación de la protección de este derecho.

Para nuestro estudio hemos seguido el siguiente orden: (1)Expondremos las conclusiones de la Corte con respecto al tema y las diferentes tensiones que se han visto resueltas; (2)luego empezaremos el recuento de la jurisprudencia desde la fundadora de línea (T-428/92) hasta la sentencia más importante en la línea (SU-383/03), espacio de tiempo en el cual, como expondremos, estuvieron presente un par de tensiones que fueron resueltas por aquella sentencia hito; (3)demostraremos cómo se unificó la jurisprudencia y las sentencias que han reiterado la posición mayoritaria de la Corte; (4)hablaremos de los pocos salvamentos de voto que se han presentado en una línea que ha sido poco cuestionada (a comparación con otras); (5)para finalizar dando una conclusión sobre la posición de la Corte y exponiendo una preocupación que le queda al grupo con respecto a la protección de este derecho fundamental.

Empecemos, pues, con el estudio de la línea.

La Corte ha precisado que la consulta previa es un derecho fundamental, individual y colectivo de los grupos étnicos, que consiste en la posibilidad que tienen dichos pueblos de poder decidir sobre medidas legislativas o administrativas, que los afecten directamente. Es fundamental porque constituye un instrumento básico, por un lado para preservar la integridad étnica, social económica y cultural de las comunidades indígenas; y por otro, para asegurar su subsistencia como grupo social.¹

Por ende, es susceptible de protección por la vía de la acción de tutela. Pues “*no existe en el ordenamiento un mecanismo distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados, a fin de asegurar su derecho a subsistir en la diferencia, por consiguiente compete al Juez de Tutela emitir las órdenes tendientes a asegurar su supervivencia, en los términos del artículo 86 de la Carta*”².

Como se mencionó anteriormente, la consulta previa es un derecho fundamental colectivo, porque la subsistencia de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales

¹ SU-039 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell,

² SU-383/03

debe ser entendido en función del grupo al que pertenecen, y no admite ser diferenciado, ni requiere individualizarse³.

Así pues, la Corte ha precisado que, “*la comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser "sujeto" de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a "la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana"*”⁴.

Este mecanismo se ha constituido como uno de los medios de participación para alcanzar la inclusión de dichas comunidades⁵. Por esto cobra gran importancia, pues Colombia es un Estado que centra sus bases en la democracia participativa y el pluralismo.

La consulta previa debe efectuarse conforme a relaciones sustentadas en el respeto y la buena fe de las partes, tendientes a buscar que las comunidades tengan conocimiento pleno sobre los proyectos de exploración o explotación de recursos naturales en sus territorios, lo cual implica que el gobierno nacional efectúe un estudio detallado que evidencie los impactos reales que el proyecto tendría, tanto en los derechos de los pueblos indígenas y comunidades negras, como sobre el medio ambiente.

Así mismo, se debe garantizar que los grupos étnicos implicados tengan la oportunidad de decidir libremente y sin interferencias extrañas, mediante sus integrantes o representantes, las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros.

Una vez obtenidas esas garantías, se debe empezar el proceso de participación en la consulta. En este tiempo se constituirá una Mesa Permanente de Concertación, en la que los miembros de las comunidades deberán ser oídos en relación con las inquietudes y pretensiones que presenten, así como en sus pronunciamientos a cerca de la viabilidad del proyecto y de la defensa de sus intereses. Con esto se pretende que la participación sea activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.

Igualmente, la Corte ha establecido que la decisión de la autoridad gubernamental debe estar desprovista de autoritarismo y arbitrariedad, en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena.

En todo caso, deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros. Por consiguiente, no tiene el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se

³ Ibídem

⁴ T-380 de 1993

⁵ T 769 de 2009

cumplan las directrices mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad, y que, finalmente, ésta manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera cómo se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica.⁶

Así mismo, en la última decisión de la Corte se estableció que, antes efectuar la consulta, era necesario que se adelantara un proceso pre-consultivo con las autoridades de las comunidades de cada comunidad indígena o afrodescendiente que pudieran resultar afectadas, en el cual se definan claramente las bases del procedimiento a seguir.

Sin embargo, el alcance de este mecanismo es limitado puesto que, “*en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios*”⁷.

Por último respecto al desconocimiento de esta obligación internacional, por una parte se generaría “*una situación de incumplimiento susceptible de evaluación y control a través de las correspondientes instancias internacionales*”⁸. Por otro lado, en virtud de que Convenio 169 de la OIT hace parte la de Constitución a través del bloque de constitucionalidad, la omisión de la consulta previa, también generaría “consecuencias inmediatas en el ordenamiento interno”⁹.

Dicho lo anterior, empezaremos el análisis retrospectivo de las sentencias de la Corte sobre consulta previa. Así, vale recordar que mediante sentencia fundadora del precedente T-428 de 1992, “*fue amparado el resguardo indígena de la localidad de Cristianía que demandó la suspensión de las obras que se adelantaban en su territorio con el objeto de ampliar una carretera de interés nacional*”¹⁰.

En este caso particular, existía una obra que representaba la solución a una necesidad del interés colectivo. El problema radicaba en qué éste interés general entraba a reñir con las necesidades de la comunidad allí presente. Recién instaurada la nueva Constitución, y gracias al auge del Estado Social de Derecho, la Corte trató el conflicto interés colectivo vs interés minoritario de la siguiente manera:

“*Para el efecto la Sala consideró, no obstante el indiscutible interés general de la obra que se adelantaba y sin desconocer lo prevalente de dicho interés, que ninguna disposición del ordenamiento constitucional puede interpretarse de manera que justifique “la violación de los derechos fundamentales de unos pocos en beneficio del interés de todos”, como quiera que “el progreso social no puede construirse sobre la base del perjuicio individual así se trate de una minoría o incluso de una persona”, y la “protección de los derechos fundamentales no está sometida al vaivén del interés general; ella es una norma que encierra un valor absoluto, que no puede ser negociado o subestimado”.*”¹¹

⁶ SU 039 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell

⁷ C-030 de 2008

⁸ C-169 de 2001

⁹ Sentencia C-461/08

¹⁰ SU-383/03

¹¹ La Corte en la sentencia SU-383/03 Citando y hablando de la Sentencia T-482/92.

Desde esta primera sentencia se destaca la importancia del convenio 169 de la OIT dentro de nuestro ordenamiento, puesto que el pacto “*i) representa una clara manifestación concreta del sentido adoptado en esta materia por la Carta vigente*”, *ii) el artículo 4º del instrumento ordena “adoptar las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”*, y *iii) el postulado de que éstas medidas no sean “contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados”*, fue elevado “*parcialmente a norma constitucional en articulo 330 de la Carta*”¹².

En esta sentencia se deja claro que, si bien el interés general es fuerte en nuestro ordenamiento (“*la Constitución establece la prevalencia del interés general en su artículo primero*”), hay que tener en cuenta que nuestra Carta “*también establece la protección de numerosos valores relacionados con intereses particulares*”. Concluye la Corte en aquella ocasión (luego reiterada, como veremos, por la jurisprudencia):

*“El Estado Social de Derecho y la democracia participativa se han ido construyendo bajo la idea de que el reino de la generalidad no sólo no puede ser llevado a la práctica en todas las circunstancias, sino que, además, ello no siempre es deseable; la idea del respeto a la diversidad, al reconocimiento de las necesidades específicas de grupos sociales diferenciados por razones de cultura, localización, edad, sexo, trabajo, etc., ha sido un elemento esencial para la determinación de los derechos sociales económicos y culturales y en términos generales, para el logro de la justicia”*¹³.

A pesar de que no hace referencia a la violación de la consulta previa expresamente (solo se instaura el cargo de violación al convenio 169 en la demanda pero no es analizado en las consideraciones), la sentencia T- 380 de 1993 (M.P Eduardo Cifuentes Muñoz) abre un precedente muy importante que va a permitir su desarrollo como derecho fundamental de protección por tutela, al afirmar que los derechos de los grupos indígenas son diferentes a los derecho colectivos de los demás grupos, puesto que las comunidades indígenas poseen el derecho fundamental a la subsistencia, por el hecho de ser sujetos de especial protección constitucional¹⁴

La Corte expediría, cinco años después de la sentencia fundadora, una sentencia de unificación donde se avanzaría bastante en el concepto de la consulta previa y se reiteraría la importancia de su protección.

La sentencia SU 039 de 1997 establece que la Resolución Nro. 110 de 3 de febrero de 1995, "por la cual se otorga una licencia ambiental", expedida por el Ministerio del

¹² Ibídem.

¹³ Sentencia T-482/92. Como la cita la SU-383/03

¹⁴ La sentencia T 380 de 1993 hace referencia a la explotación indebida de 4 300 hectáreas de bosque húmedo en territorio indígena por la Compañía de Maderas del Darién tras la autorización de CODECHOCO como entidad estatal encargada de la autorización de los bosques. El problema jurídico principal se basa que los demandados afirman que las tierras baldías son propiedad del estado aunque existan personas con títulos (con base en el art. 42 de Nuevo código de recurso naturales), sin embargo , Cifuentes afirma que esas tierras baldías hacen parte del espacio esencial para el desarrollo de las actividades de la comunidad EMBERA-CATIO, lo que las constituía como un elemento fundamental del derecho a la subsistencia, puesto que su destrucción ponía en riesgo la existencia de este grupo étnico.

Medio Ambiente, viola derechos constitucionales de las minorías étnicas indígenas¹⁵, al considerarse que la consulta previa a la comunidad U'wa, para la autorización de dicha licencia ambiental, no logró estructurarse de la manera prevista en las disposiciones constitucionales.

Dicha sentencia reitera el reconocimiento que hace la constitución política en su artículo 330 al derecho de las comunidades indígenas a ser consultadas sobre cualquier intervención respecto de su territorio. De esta forma, concluye que la consulta previa se constituye como obligatoria para la inviolabilidad del territorio y de los recursos naturales en espacios indígenas.

Igualmente, la Corte constitucional añade que la explotación de recursos naturales en las comunidades indígenas debe comprenderse no sólo como la extracción de ciertos recursos, sino como todo lo que comprometa económica, política o culturalmente la utilización que los indígenas hagan sobre estos recursos.

Respecto al caso en concreto, la Corte estima que el procedimiento para la expedición de la licencia ambiental se realizó de manera irregular y sin la consulta previa a la comunidad U'wa, vulnerando de esta manera el derecho a la participación (artículo 40-2 C.P) y a la integridad de la comunidad.

Dicha corporación considera que la mera información o notificación que se le hace a la comunidad indígena, sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos, no constituye ni alcanza el valor de consulta previa. Así pues, establece que es necesario el seguimiento de ciertas directrices que conduzcan al acertado conocimiento del contenido de dicho proyecto, y a la manera como éste pueda afectar la identidad étnica, cultural, social y económica de la comunidad.

Por tanto, la Corte determina ciertos parámetros que orientan el significado de la consulta previa, en función de la participación activa y efectiva de la comunidad en la toma de dichas decisiones:

“a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.

b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.

c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y

¹⁵ los artículos 7, derecho a las minorías étnicas (artículo 7 C.P.); derecho al territorio (artículos 286, 329, y 357 C.P); derecho a la autodeterminación (artículo 330 C.P); derecho a la lengua (artículo 10 C.P); derecho a la cultura étnica (artículos 70, 95-8 y 72 C.P); derecho a seguir viviendo; derecho a la participación social y comunitaria (artículos 40 y 75 C.P)

*sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que tenga que ver con la defensa de sus intereses y derechos y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo.*¹⁶

Por otra parte, la Corte argumenta que “*cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena.*”

Adicionalmente, en esta providencia la Corte estima que las comunidades indígenas *han dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser sujetos de derechos fundamentales*; de esta manera, serán tenidos en cuenta no solo como individuos, sino como una comunidad *dotada de singularidad propia*, la cual goza de un reconocimiento constitucional en el presupuesto del respeto a la *diversidad étnica y cultural de la nación colombiana*.

Y finalmente se establece que dicha consulta debe ser previa a la expedición de tales licencias y, por consiguiente, actuaciones posteriores a su otorgamiento, destinadas a suplir la carencia de la misma, carecen de valor y significación.

Vale aclarar que esta sentencia se consolidó como una de las más relevantes en la línea jurisprudencial, y es la base de la posición mayoritaria de la Corte (como lo veremos más adelante).

Sin embargo, poco tiempo después de expedida, se presentó una sentencia contraria a esta exposición.

En la **sentencia T-634 de 1999** se demandó que la tutela fuera utilizada como un mecanismo transitorio para buscar la protección de los derechos fundamentales de los indígenas, tras la creación del municipio de Puerto Bello en el departamento de Cesar, mientras que el juez contencioso administrativo estudie la nulidad de la creación del municipio por la falta de consulta previa a la comunidad arahuaca, puesto que parte del territorio de los indígenas se le adjudicaba a la comunidad.

La Corte Constitucional decide no conceder la tutela al considerar que existen otros medios para proteger el derecho como la jurisdicción contenciosa y la acción popular, puesto que se consideró que, en el caso, se presentaba la violación de un “*derecho colectivo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares*”¹⁷.

¹⁶ SU-039/97

¹⁷ Para responder hay que expresar que la tutela fue presentada por la Procuradora Delegada para Asuntos Etnicos. Esa función la ejerció porque el artículo 277 de la Constitución Política le señala al Procurador o a sus Delegados, entre otras funciones “*defender los intereses colectivos*”. Y, efectivamente, la petición y la argumentación en la tutela se refieren a los derechos e intereses del pueblo arhuaco, o sea, un derecho colectivo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares. Luego, es un caso típico de acción popular. Por consiguiente, no solo existe la acción contencioso-administrativa de nulidad (que ya se instauró y hay sentencia favorable de primera instancia) sino la acción popular antes indicada y esto impide tramitar y decidir mediante tutela.

Esta sentencia se separa ampliamente de la línea y del precedente dado por la sentencia SU-039 de 1997, puesto que la consulta previa pierde el carácter de derecho fundamental de protección inmediata al ser denegada la tutela como su medio de protección.

Esta sentencia no genera gran acogida dentro de la Corte, puesto que este precedente no es reiterado posteriormente.

Sin embargo, muestra que magistrados como Alejandro Martínez Caballero, Martha Victoria Sáchica de Moncaleano, Vladimir Naranjo Mesa y Fabio Morón Díaz no se encuentran de acuerdo con la decisión de la SU-039 de 1997. Este tema será tratado más adelante en el ensayo cuando hagamos el recuento de los salvamentos de voto.

Por otra parte, la sentencia C-169 de 2001 también se erige como uno de los fallos que se apartan del precedente. La Corte precisó que, si bien existía una obligación internacional de realizar una consulta previa sobre decisiones que afectaran directamente a comunidades indígenas y negritudes, esta consulta se veía limitada a situaciones de explotación de recursos naturales dentro de su territorio. Por lo tanto, la consulta previa no debe proceder en la adopción de medidas legislativas.

En la sentencia anteriormente referida, entre otros problemas jurídicos, se estudió si la creación de una ley estatutaria, encargada de regular requisitos y condiciones en las que los pueblos indígenas y las negritudes pueden llegar a conformar la Cámara de Representantes, vulnera el derecho a la consulta previa, teniendo en cuenta que antes de radicar el proyecto de ley no se surtió dicha consulta.

La Corte consideró que, en virtud del bloque de constitucionalidad (Convenio 169 de 1.989 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes) y del artículo 330 la Constitución Política, el Estado colombiano está en la obligación de efectuar el proceso de consulta previa cada vez que se prevea una medida, que afecte en forma directa a las etnias que habitan en su territorio.

Sin embargo, conforme al artículo 34 del Convenio 169, los Estados partes tienen un gran margen de discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan. En este orden de ideas, en el ordenamiento colombiano los órganos indicados para determinar cómo se cumplirá la obligación internacional son, el Legislador y el Constituyente. En consecuencia, para que la Corte tenga plena certeza de las situaciones en las que procede la consulta previa, debe atenerse a lo dispuesto tanto en la Constitución, como en la ley.

La Constitución sólo reconoce la obligatoriedad de la consulta previa cuando existan decisiones relacionadas con la explotación de recursos naturales en territorios indígenas. A su vez, el artículo 76 de la Ley 99 de 1993 recoge lo dispuesto por la Constitución y reitera el carácter obligatorio de la consulta previa, no solo para pueblos indígenas, sino también para negritudes, cuando existan decisiones que los afecten debido a la explotación de recursos naturales en sus territorios.

Esta ley también dispone otros supuestos bajo los cuales la consulta previa es obligatoria en comunidades negras. La primera hace referencia a situaciones en las que se encuentren familias o personas de comunidades negras que desarrollen prácticas

tradicionales, en territorios que están acogidos bajo planes de manejo de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales (art22). El segundo supuesto, es cuando se defina la organización y el funcionamiento de los programas especiales de formación técnica, tecnológica y profesional para los miembros de dichas comunidades (art. 38). Y la tercera se da en la conformación de la "unidad de gestión de proyectos" que tendrá que existir en los fondos estatales de inversión social, para el apoyo de las comunidades negras en los procesos de capacitación, identificación, formulación, ejecución y evaluación de proyectos (art. 58).

En ese orden de ideas la Corte sostiene que, el proyecto de ley estatutaria bajo revisión no debe surtir el trámite de la consulta previa a los grupos étnicos, puesto que no se puede catalogar bajo ninguna de las hipótesis anteriormente indicadas (Art.330 de la Constitución Política y Ley 99 de 1993). Y en virtud de que el Convenio 169 estipula que cada estado es libre de configurar cómo se dará cumplimiento a lo dispuesto en el mismo, la Corte solo debe regirse por los patrones que le brinda la Constitución y la Ley.

Por último, la Corte añade que, como se trata de la revisión de una ley estatutaria, el juez constitucional sólo debe atenerse a los requisitos taxativos que el ordenamiento le impone para su estudio.

En conclusión, esta sentencia afirma que la consulta previa no es necesaria en trámites legislativos que puedan afectar directamente a los grupos étnicos.

A su vez, la sentencia C 891/02, también puede situarse como uno de los pocos fallos, que aunque reconocen la obligatoriedad de la consulta en los procesos legislativos, contiene motivaciones que pueden considerarse como contrarias al precedente.

Este fallo estudia si la expedición del Código de Minas, viola el derecho fundamental a la consulta previa, a la participación y al debido proceso de comunidades indígenas, en el entendido que en el proceso de consulta no se llegó a un acuerdo entre las autoridades y las comunidades indígenas.

Esta sentencia reitera la jurisprudencia de la Corte, al afirmar que el derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la Ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. Por esto el estado tiene la obligación de cumplir con el proceso de consulta previa, en virtud de su obligación internacional y constitucional. Ahora bien, 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.

Así mismo, recaba que la consulta previa cumplir con los siguientes supuestos: "(i) la participación indígena debe ser real y efectiva en relación con los asuntos que afectan a las comunidades, particularmente respecto de la explotación de recursos naturales yacentes en sus territorios; (ii) los mecanismos de participación no pueden limitarse a cumplir una simple función informativa; y (iii), dichos mecanismos, particularmente el derecho de consulta previa, deben desarrollarse de buena fe, de manera apropiada a las

circunstancias y con miras a alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento de las comunidades indígenas acerca de las medidas legislativas propuestas”.

Por otra parte, para el juez constitucional es claro que, las autoridades públicas deben brindar a las comunidades un momento previo a la radicación del proyecto en el Congreso de la República, para que dichos grupos, no sólo conozcan a fondo el proyecto sino, sobre todo, para que puedan participar activamente e intervenir en su modificación, si es preciso.

Sin embargo, la Corte precisa que cuando se ha hecho el proceso de consulta no es menester que se llegue a un acuerdo entre las autoridades y los grupos étnicos. Pues ”el derecho de consulta indígena no es absoluto, pues, si bien la Constitución ordena que se propicie la participación de las respectivas comunidades en los asuntos relacionados con la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas, de ninguna manera puede entenderse que deba necesariamente llegarse a un acuerdo como requisito *sine qua non* para radicar el proyecto del ley. A decir verdad, la irreductible exigencia de un tal acuerdo sólo haría nugatoria la iniciativa legislativa del Ejecutivo en la materia vista”.

En consecuencia, si bien el Estado esta obligado a efectuar una consulta previa que anteceda a la radicación del proyecto de ley, que garantice la participación real y efectiva de los grupos étnicos, si no se llega a un acuerdo no puede frenarse el proceso legislativo.

A su vez, la Corte arguye que, la consulta previa no es el único medio de participación que tienen las comunidades indígenas, puesto que al ser este el órgano de participación por excelencia, ”los pueblos indígenas pueden canalizar sus propuestas a través de los congresistas elegidos”. Además, es preciso recordar que, ”por mandato del inciso segundo del artículo 171 de la Constitución, los indígenas tienen dos senadores que participan en la creación de la ley antes de su expedición, haciendo oír su voz”.

Con relación a la radicación de proyecto de ley del Código de Minas, la Corte aduce estima que las entidades gubernamentales encargadas de la organización de los distintos escenarios de discusión del proyecto de ley, cumplieron con su obligación constitucional de someter a consideración de las comunidades indígenas dicho proyecto, con la finalidad de que éstas pudieran participar e intervenir en la redacción final de su articulado. Sin embargo, la falta de acuerdo entre las autoridades y las comunidades indígenas, no es un hecho que impida el proceso legislativo.

En últimas, aunque en esta sentencia se reconoce obligatoriedad a la consulta previa, de una u otra forma se le resta importancia, al establecerse que de igual forma, las comunidades indígenas tienen otros medios de participación y que este proceso (consulta previa) no es un mecanismo *sine qua non* para radicar el proyecto de ley.

En la sentencia C-891 de 2002, en donde se resolvió la constitucionalidad de unos artículos del nuevo código de minas y energía tras ser demandado por desconocer la consulta previa, ante el fracaso de las negociaciones entre indígenas y estado, la Corte le da mayor prevalencia al estado que a las comunidades indígenas, al afirmar que ”*Si bien la Constitución ordena que se propicie la participación de las respectivas comunidades en los asuntos relacionados con la explotación de recursos naturales en*

los territorios indígenas, de ninguna manera puede entenderse que deba necesariamente llegarse a un acuerdo como requisito sine qua non para radicar el proyecto del ley”, por lo que si las mesas de concertación y el requisito de consulta previa fracasan para llegar a un acuerdo, el estado se encuentra facultado para tomar la decisión que considere conveniente, siempre y cuando los mecanismos de participación sean razonable y suficientes, y no sólo un canal informativo de lo que se hará.

Este fallo más allá de ser considerado que se aparta del precedente establecido, debe ser visto como un matiz puesto que en él no se decidió sobre la obligatoriedad de la consulta previa, sino sobre el fracaso del proceso de consulta previa, y la idoneidad del proceso de consulta realizado por el estado.

Aún así la Corte desvirtúa ciertos aspectos de las posiciones anteriormente señaladas, y unifica jurisprudencia (recogiendo, y ampliando, varios aspectos de la SU-039/97) a través de la Sentencia SU-383/03, cuyo Magistrado Ponente fue Alvaro Tafur Galvis. Ésta se considera como una sentencia hito en la línea jurisprudencial de la consulta previa a las comunidades indígenas.

La Sentencia hito se encarga de una serie de nociones muy importantes para el análisis de esta línea, las cuales son las siguientes:

Primero, reitera la jurisprudencia sentada por la sentencia SU-039/97, en la cuál se establece que la consulta previa es un derecho fundamental, “*dada la especial significación que para la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales comporta su participación en las decisiones que puedan afectarlos, mediante el mecanismo de la consulta previa*”¹⁸.

Además, siguiendo lo expuesto anteriormente, la Corte resalta que “*no existe en el ordenamiento un mecanismos distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados, a fin de asegurar su derecho a subsistir en la diferencia*”, y por consiguiente, basándose en el artículo 86 de nuestra Constitución, es la tutela el mecanismo para la protección de estos derechos fundamentales.

Con lo anterior se dilucida cualquier duda respecto a la procedencia de la acción de tutela para la protección de la consulta previa. La Corte es, y será, competente para resolverlo.

Segundo, la Corte afirma que para lograr una protección verdaderamente material de todas las comunidades indígenas, afirma que “*la protección constitucional del derecho a la diversidad e integridad cultural no requiere individualizarse, porque el derecho a la subsistencia de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales no admite ser diferenciado, sino entendido en función del grupo al que pertenecen*”.

Situación que va relacionada con “*la tensión existente entre la cosmovisión de los pueblos que invocan la protección y el Programa que las entidades accionadas adelantan en sus territorios*”.

¹⁸ SU-383/03

La Corte, en estos dos puntos, reitera jurisprudencia establecida en las Sentencias T-380 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y T-652 de 1998 M.P. Ciro Angarita Barón¹⁹.

Esa individualidad, a su vez, genera un problema que la Corte soluciona: ¿quién puede ejercer la acción de tutela, siendo la consulta previa un derecho colectivo, para la protección de este derecho fundamental? La respuesta, según la Corte, indica que “*tanto sus integrantes, como las Organizaciones que los agrupan, están legitimados para instaurar las acciones correspondientes*”²⁰.

Tercero, sobre el alcance del derecho fundamental a la consulta previa (y sobre la pregunta de si este derecho sólo es aplicable a la explotación de recursos naturales o también se extiende a leyes sobre fumigación de cultivos), la Corte hace un estudio de su marco jurídico sobre el cuál queremos destacar varios apartes.

La Corte reitera que la Ley 21 del 91 estableció que “*los gobiernos deberán consultar previamente a los pueblos indígenas y tribales cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente*”. Esta provisión se presta, luego, para que la Corte demuestre como uno de los pilares fundamentales de la nueva concepción de Estado Social de Derecho es el amplio reconocimiento que

¹⁹ Al respecto la Corte cita: “La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser “sujeto” de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a “la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” (C.P. Art. 1 y 7)

7). La protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias. La defensa de la diversidad no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando ésta como tal puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y, debe, por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimientos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla. En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados (CP art. 1, 7 y 14). (..)

El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental. Algunos grupos indígenas que conservan su lengua, tradiciones y creencias no conciben una existencia separada de su comunidad. El reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural.”

²⁰ “i) debido a que el ejercicio de los derechos constitucionales de las minorías, dadas las condiciones de opresión, explotación y marginalidad que afrontan, debe facilitarse, ii) a causa de que las autoridades están obligadas a integrar a los pueblos indígenas a la nación, asegurándoles la conservación de su autonomía y autodeterminación, y iv) porque el Juez constitucional no puede entorpecer el único procedimiento previsto en el ordenamiento para garantizarles a los pueblos indígenas y tribales la conservación de su derecho fundamental a la diferencia –artículos 7°, 286, 287, 329 y 330 C.P.-.” SU-383/03

nuestra Carta, y nuestro ordenamiento, le otorgan a los derechos de las comunidades indígenas.

En un estudio jurisprudencial, la Corte evidencia como, si bien el interés colectivo ha obtenido una fuerte importancia en nuestro ordenamiento, este no puede ir en contra de valores fundamentales de grupos minoritarios, entre los que, por supuesto, se encuentran las comunidades indígenas. Como ejemplo de lo anterior se cita la sentencia fundadora de línea T-482/92, explicada al inicio de este trabajo, en donde se suspende una obra de gran interés colectivo por ser violatoria de los derechos indígenas.

En el mismo hilo argumentativo, la Corte cita nuevamente la sentencia SU-039/97 para reiterar su compromiso con la consulta previa y con la protección de los derechos de las comunidades. Esto para demostrar que el interés colectivo no prima absolutamente. *“Dentro del mismo contexto, en la sentencia SU-510 de 1998, la Corte aludió al Convenio 169 de la OIT, como un instrumento que fortalece y complementa la especial protección que las normas constitucionales dispensan a la integridad, identidad, diversidad étnica y cultural, autodeterminación, oficialidad de lenguas y dialectos de los pueblos indígenas y tribales del territorio nacional, y así mismo como una garantía para la conservación del patrimonio arqueológico nacional”*

Incluso en la denegación de una tutela (T-403/93) la Corte resalta la importancia de la consulta previa y de la participación indígena.

Cuarto, con base en lo anterior, la Corte concluye que *“la definición de Colombia como un Estado social de derecho democrático participativo y pluralista, y por ende el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, comportan considerar los temas de la participación y de la identidad indígena, como presupuestos de existencia del Estado, y como requisitos inescindibles para construir una nacionalidad única, pero real, es decir fundada en una diversidad viable”*.

No se puede, por lo tanto, argumentar *“que la consulta sólo procede para propiciar la participación de los representantes de las comunidades en la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas”* pues *“lo que acontece es que el derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados sobre las decisiones legislativas y administrativas que puedan afectarlos directamente, en cuanto propende por la integridad cultural, social y económica de las culturas indígenas, es una modalidad de participación de amplio espectro, como viene a serlo la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, en la que la especificidad del mecanismo para decisiones atinentes a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas está comprendida”*

Se deja establecido, pues, la gran importancia del derecho a la consulta y su amplio espectro de aplicación.

Quinto, la Corte afirma que debe existir el proceso de consulta previa para que los proyectos de fumigación avancen. Sin la consulta, estos están incumpliendo nuestra Constitución y, por consiguiente, no pueden continuar.

Por consiguiente, respecto a las tensiones sobre esta materia encontramos que, una de estas logra situarse sobre la consideración del derecho a la consulta previa como un

derecho fundamental. Ante eso, la Corte ha argumentado que dicha consulta previa a comunidades indígenas se establece como fundamental en atención a ciertas variables.

En primer lugar, por estar dispuesto en el Convenio 169 de la OIT que hace parte del bloque de constitucionalidad, y que de esta manera se entiende como vinculante y con rango constitucional. El Convenio 169 de la OIT establece que para la aplicación de las disposiciones de dicho acuerdo, el Estado deberá consultar a los pueblos indígenas y tribales mediante *procedimientos apropiados, y en particular, a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.*

Por otra parte, la Corte reconoce que al ser Colombia un Estado Social de Derecho que contempla entre sus lineamientos políticos y constitucionales, la protección de la diversidad étnica y cultural, y una democracia participativa, el mecanismo de la consulta previa a los pueblos indígenas, resulta consecuente a la materialización de estos fines.

Por último, se considera que el derecho a la consulta previa es reconocido por la Carta como fundamental en los artículos 329 y 330, al establecer los territorios indígenas como entidades territoriales autónomas. De esta forma, al entender este derecho como constitucional, el mecanismo para hacerlo exigible es la tutela.

Otra tensión presente es la relacionada con la aplicación de la consulta previa a cuestiones de carácter netamente ambiental, como lo es la extracción de recursos materiales. La Corte constitucional ha determinado que la ejecución de tal derecho fundamental debe hacerse con todo los temas que puedan llegar a afectar a las comunidades indígenas.

Dicha corporación ha sido reiterativa al considerar que no debe entenderse tales consultas como exclusivas de temas ambientales, sino como un conjunto de tópicos que potencialmente puedan alterar el normal funcionamiento de los pueblos indígenas.

De aquí se desprende el debate respecto a la inclusión de la consulta en escenarios donde no hay una regulación específica de cierta materia, los proyectos de ley. Así pues, la Corte ha dejado en claro que la consulta previa a minorías étnicas será incluida en todo proyecto que comprometa significativamente los derechos de la comunidad.

Siguiendo esta línea, la sentencia C-620/03 reitera la jurisprudencia expuesta en la SU-039/97, aunque contiene apartados que también se distancian de la posición mayoritaria sobre la consulta previa.

En estos términos, la C-620/03 nos recuerda que “*no sólo la integridad cultural ha sido reconocida como un derecho fundamental del sujeto colectivo que conforma la comunidad indígena, sino que la misma consulta, como mecanismo de participación, ha sido estimada como un derecho fundamental en sí mismo considerado, por su*

vinculación con la defensa de aquella integridad cultural”²¹. (Subrayado fuera del texto)

Además, ésta sentencia reitera lo que se viene diciendo acerca de la fuente de este derecho cuando agrega que el convenio 169 de la OIT, “en cuanto el mismo consagra la protección de derechos que han sido estimados fundamentales –los derechos a la integridad cultural y el subsiguiente derecho de consulta en las decisiones relativas a recursos naturales-, forma parte del llamado bloque de constitucionalidad”²².

Advierte la Corte en esta sentencia que el derecho a la consulta, además de ser un reconocimiento del “derecho que les asiste de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y de preservar su cultura”, no es una mero reconocimiento formal de oportunidades para manifestar opiniones, “sino que tiene que tener un alcance real y efectivo en el momento de adoptar las decisiones que conciernen a las comunidades indígenas y tribales”.²³

Al respecto de la tensión entre la prioridad de la explotación de las zonas de recursos naturales y la protección de los indígenas, se dice que si bien la consulta previa es fundamental, la norma superior “no indica un procedimiento para hacer efectiva esa participación”, y afirma que la jurisprudencia ha otorgado “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”²⁴.

La anterior posición, sin embargo, ha sido definida como la minoritaria, y en la aclaración de voto de la sentencia en cuestión realizada por Alvaro Tafur, se estableció que “debe aclararse, por consiguiente, que la jurisprudencia constitucional, ha señalado que el artículo 34 del Convenio exige “adentrarse en las características de la cultura que se verá involucrada en la decisión, a efectos de determinar su grado de

²¹ Al respecto la Corte cita la Sentencia SU-039/97 de la siguiente manera: ““A juicio de la Corte, la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (arts. 14 y 35 del C.C.A., 69, 70, 72 y 76 de la ley 99 de 1993), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades.” (Negrillas fuera del original)“

²² Al respecto, se cita nuevamente a la sentencia SU-039/97 de la siguiente manera “El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 C.P.), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación.”

²³ Sentencia C-620/03 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁴ Sentencia C-169/01

autonomía y así maximizar o minimizar la naturaleza y el alcance tanto de la consulta, como de las medidas”²⁵

En ese caso, vale aclarar, la Corte encuentra la norma demandada como exequible pues la norma misma, a juicio de la Corte, es el resultado de una conversación histórica con la comunidad Wayuú lo cuál “*permitió la participación de la comunidad indígena en la adopción de la medida legislativa contenida en el artículo 1º de la Ley 773 de 2002 y que dicho proceso se llevó a cabo con la intervención de la Asociación que jurídicamente representa a tal comunidad, esto es con Sumain Ichi. En tal virtud el legislador cumplió con las exigencias constitucionales.*”

Además, cabe señalar que estas tensiones se han estabilizado, mediante la reiteración del precedente. Con base en la SU-039/97 y la SU-383/03, encontramos que estas sentencias (ubicadas, algunas, entre la expedición de las dos mencionadas, y unas después de estas) son las que representan la posición mayoritaria de la Corte.

En la sentencia T-652 de 1998, se establece que la Empresa Multipropósito Urrá s.a, por no inquirir a la comunidad indígena Embera del Alto Sinú de la forma prevista por las disposiciones constitucionales sobre los proyectos hidroeléctricos y sus determinados efectos frente a la forma de vida de dicho pueblo indígena, está desconociendo el derecho de la consulta previa.

De esta forma, dicha sentencia reitera lo señalado en la SU 039/97 respecto al carácter de anterioridad de la consulta, en la medida que reconoce que en este caso concreto la consulta se realizó posteriormente al otorgamiento de la licencia, y por tanto carece de valor y significación.

En este orden de ideas, la Corte manifiesta que la expedición de dicha licencia ambiental que permitió la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica Urrá I, se cumplió en forma irregular, y con violación de los derechos fundamentales del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, pues se omitió la consulta que formal y sustancialmente debió hacérsele.

Por último, se concluye que no sólo resultaron vulnerados el *derecho de participación* (C.P. art. 40-2 y parágrafo del art. 330), el *derecho al debido proceso* (C.P. art. 29), y el *derecho a la integridad de este pueblo* (C.P. art. 330), sino también el principio que consagra el *respeto por el carácter multicultural de la nación, y el derecho a la subsistencia de la comunidad Embera* (C.P art. 11), puesto que el Estado infringió las obligaciones adquiridas internacionalmente e incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991 en materia de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Por otra parte, en la sentencia T-737 de 2005 se estudia la negación de un derecho de petición presentado a la alcaldía de Mocoa (instaurado por la comunidad Yanacona de Villa María de Mocoa), que solicitaba del nombramiento de las autoridades tradicionales del cabildo como líderes, tras el error cometido por el alcalde de registrar como líderes a un grupo minoritario y disidente del cabildo sin la consulta previa del

²⁵ Sentencias T-349 de 1996, T-523 de 1997, C-169 de 2001, entre otras. Como lo cita Alvaro Tafur en la aclaración de voto de la Sentencia C-620/03

cabildo.

La Corte instauró la consulta previa como obligatoria a todas las autoridades afirmando que el “*Estado deberá en todo momento y para todos los efectos, consultar de manera previa con las autoridades políticas de las comunidades étnicas e indígenas del país, respeto de todas aquellas decisiones que involucren sus interés, ya sea en sus aspectos políticos, sociales, económicos y culturales, para lo cual deberá desarrollar mecanismos de consulta que garanticen la participación directa y activa de todos los miembros de dichas colectividades*”. Además, también consagra que todas las entidades estatales, “*sin importas sus niveles, deben velar porque los intereses culturales, sociales, políticos y económicos de los pueblos indígenas o etnias que se asientan en sus localidades o jurisdicciones, tengan pleno reconocimiento*”.

Esta sentencia fue resuelta con la tutela de los derechos “*a la diversidad e integridad étnica y cultural y al debido proceso de los accionantes*”, tras considerar que existió un desconocimiento de la consulta previa como mecanismo para proteger los derechos ya mencionado por la ley 21 de 1991, en la que se ratifica el convenio 169 de la O.I.T, tras constituir que la omisión acarreo la violación de los mismos.²⁶

El precedente de las sentencias SU-039 de 1997, T-652 de 1998 y C-620 de 2003 y T-737 de 2005 fue reiterado en la sentencia C-208 de 2007, en la cual se revisó la constitucionalidad del decreto ley 1278 de 2006, estatuto de profesionalización del docente, tras ser demandada por el desconocimiento de la identidad educativa y la autonomía indígena por no consultar previamente a los indígenas sobre la realización de este estatuto.

Aunque la corte declaró el decreto ley 1278 de 2006 exequible al establecer que había existido una omisión relativa constitucional sobre la consulta previa, tras argumentar el ministerio de educación que ese estatuto no iba regir a los indígenas, sino que se iba a

²⁶ *La autoridad municipal accionada, desconoció en efecto el principio constitucional según el cual el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación y vulneró igualmente el derecho al debido proceso de los accionantes, pues como ya se anotó el proceso de consulta señalado en la Ley 21 de 1991 debió haberse adelantado de manera previa, respetando en todo momento los usos y costumbres del pueblo indígena Yanacóna. El accionado no dio en su momento aplicación a las disposiciones contenidas en el Convenio 169 de 1989 de la OIT, en especial las relacionadas con la consulta previa que debió haberse adelantado frente a la comunidad Yanacóna, si debió proceder a convocar a una consulta de manera inmediata, tan pronto como percibió el conflicto entre los grupos en los cuales dicho pueblo se había dividido. De la misma manera, en el entendido que la participación del alcalde en dichos procesos de consulta y concertación con las comunidades indígenas debe adelantarse con el pleno respeto por los usos y costumbres de tales gentes, y con el fin de garantizar la total transparencia y objetividad que dicho proceso consultivo merece, resulta conveniente que la mencionada autoridad municipal se asesore por el Instituto Colombiano de Antropología, a fin de que se determine inicialmente cuál será el proceso a seguir para efectuar la consulta, y luego de que esta misma se haya realizado, deberá resolver acerca de la inscripción de los representantes legales del Cabildo Yanacóna Villamaría de Mocoa. Por lo anterior, y en vista de que la conducta omisiva del Alcalde de Mocoa de no haber convocado de manera inmediata a consulta a los dos grupos de la misma parcialidad indígena del Pueblo Yanacóna, en los términos señalados por la Ley 21 de 1991, vulneró los derechos la diversidad e integridad étnica y cultural y al debido proceso de los accionantes. Por ello, se revocará la decisión, proferida por el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Mocoa, y en su lugar se tutelaran los derechos fundamentales ya señalados. Se ordenará al Alcalde Municipal de Mocoa, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, y si aún no lo hubiere hecho, inicie el proceso consultivo con la comunidad correspondiente al pueblo Yanacóna*

crear uno diferente para ellos, aparece la obligatoriedad de la consulta previa con relación a la creación de leyes, tras retomar el precedente de la T-737/05, al afirmar que

“la jurisprudencia constitucional ha coincidido en señalar que el proceso de participación de los grupos étnicos en la toma de las decisiones estatales, cuando éstas proyectan sus efectos sobre intereses de tales grupos, están llamadas a desarrollarse “dentro de un marco de derecho internacional y constitucional fuertemente garantista, que no se caracteriza por ser un simple ejercicio jurídico de respeto del derecho de defensa de quienes pueden verse afectados con una actuación del Estado, sino porque se busca asegurar por medio de esta consulta previa la efectiva protección de los intereses colectivos y derechos fundamentales de las referidas comunidades”

Otra sentencia que puede considerarse precedente es la C-030/08, donde se demanda la Ley 1021 de 2006, *“Por la cual se expide la Ley General Forestal”* al ser ésta contraria a la Constitución y a normas que integran el bloque de constitucionalidad.

Durante el proceso de construcción de la iniciativa legislativa que condujo a la expedición de la Ley 1021 de 2006, no se realizó la consulta previa a las comunidades indígenas ni a los pueblos afrodescendientes.

De este modo, la Corte analiza y concluye que la materia propia de la Ley 1021 de 2006 es susceptible de afectar directa y específicamente a las comunidades indígenas y tribales, en la medida en que *“establece políticas generales, definiciones, pautas y criterios, que en cuanto que de aplicación general, pueden afectar las áreas en las que se encuentran asentadas las comunidades, lo cual, a su vez, puede repercutir sobre sus formas de vida y sobre la relación tan estrecha que mantienen con el bosque”*; y que, por consiguiente, previamente a su expedición debió surtirse el trámite de la consulta con dichos pueblos, en los términos del literal a) del artículo 6º del convenio 169 de la OIT²⁷.

Pese a que los expedientes de la Ley 1021 constaten que hubo un proceso de socialización, éste, sin embargo, no satisface los criterios fijados por la Corte Constitucional en el entendido de que, no fue específico, no hay evidencia de que las comunidades hayan sido debidamente informadas y se les hayan puesto de presente los impactos que el proyecto podía significar para ellas, ni se generaron espacios de concertación.

Si bien es cierto que existe un margen de flexibilidad frente a la manera como se hace efectiva la consulta cuando no hay desarrollo legislativo sobre la materia, un proyecto de la dimensión, la complejidad y las implicaciones del que pretende regular de manera integral los asuntos forestales, y de esta forma temas que afectan y le competen a las comunidades, debe contemplar la consulta previa a los indígenas y afrodescendientes.

²⁷ *“Artículo 6*

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;”

La Corte rescata que “*esa consulta, que tiene unas características especiales, no se cumplió en este caso, y la misma no puede sustituirse por proceso participativo que de manera general se cumplió en torno al proyecto de ley*”, y que para que se hubiese cumplido con el requisito de la consulta habría sido necesario “*poner en conocimiento de las comunidades, por intermedio de instancias suficientemente representativas, el proyecto de ley; ilustrarlas sobre su alcance y sobre la manera como podría afectarlas y darles oportunidades efectivas para que se pronunciaran sobre el mismo*”.

Así mismo, la corte finaliza afirmando que, dado que la ley trata sobre una materia que se relaciona profundamente con la *cosmovisión de esas comunidades y su relación con la tierra*, y que, por acción o por omisión, es susceptible de afectarlas de manera directa y específica, *no hay alternativa distinta a la de declarar la inexequibilidad de la ley*.

Igualmente, en la sentencia C-461/08, donde se demanda el proyecto de ley del Plan Nacional de Desarrollo por no contener la consulta previa a los pueblos indígenas, se establece que “*lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos*”

De esta manera, la corte afirma que no todas las medidas legislativas que conciernen a los pueblos indígenas y tribales están sujetas al deber de consulta, ya que como se ha evidenciado, en el Convenio de la OIT se contempla que, cuando no hay una afectación directa, el compromiso de los Estados remite al fomento de la participación que sean equiparables a los otros mecanismos accesibles al resto de la población.

En este caso específico la Corte considera que no es procedente declarar inexequible como un todo la Ley 1151 de 2007, por cuanto *(a) ésta contiene numerosas disposiciones diferentes, con distintos grados de generalidad, en relación con las cuales no existe un deber estatal de adelantar consulta previa con los grupos indígenas del país, (b) por ser separables de los artículos que conciernen directa y específicamente a los pueblos indígenas, y (c) por ser completamente ajenos a su ámbito de protección*.

Por tanto, la Corte decide que la ley es exequible en el entendido de que se suspenderá la ejecución de cada uno de los proyectos, programas o presupuestos plurianuales incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades étnicas afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específica exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por la jurisprudencia constitucional.

Para finalizar, en el último fallo la Corte amplió el alcance de la consulta previa e impuso ciertos deberes al Estado que brindan más consistencia al precedente en esta materia.

En la sentencia T-619 de 2009, la Corte ordenó suspender el proyecto Mandé Norte de la empresa Muriel Mining Corporation, que se realizaba el Urabá colombiano, territorio en el que hay diversidad de comunidades indígenas y negritudes que se veían afectadas

con ese proyecto. Entre las fallas que la Corte encontró, se encuentran la omisión de la consulta previa a varias comunidades, la falta de circulación de la información del proyecto y la suplantación de algunas autoridades públicas a través de acreditaciones falsas.

En esta sentencia, la Corte dispone que el gobierno tiene ciertas obligaciones antes del proceso de consulta, entre las cuales se encuentra realizar un estudio detallado a cerca de los impactos negativos o positivos que el proyecto tenga sobre el medio ambiente y sobre los derechos de esos grupos étnicos. Este estudio debe ser entregado a las comunidades para que deliberen libremente y sin interferencias extrañas, a cerca de las ventajas y las desventajas del proyecto. Con el fin de que las comunidades tengan una participación real y efectiva sobre la decisión que se vaya a tomar.

En virtud de esa obligación impuesta al gobierno, la Corte se adhiere a lo dispuesto por la Corte Interamericana en el caso Saramaka, fallo en el que se afirma que el consentimiento de estas comunidades debe ser “*libre, informado y previo según sus costumbres y tradiciones*”.

Otra obligación que se impone al gobierno en la etapa preconsultiva es que, se adelante un proceso con las autoridades de los grupos, en el que se definan las bases del procedimiento que se va a seguir. Este debe ser acorde a las especificidades culturales de cada comunidad.

Cabe anotar que han existido pocos salvamentos de voto, entre los que encontramos.

En el salvamento de voto de la sentencia SU-039 de 1997 realizado por los magistrados Fabio Morón Díaz, Hernando Herrera Vergara, Vladimir Naranjo mesa y el conjuje Jaime Vidal Perdomo los jueces no cuestionaron el carácter de derecho fundamental de la sentencia, pero si la intromisión de la tutela dentro del proceso contencioso administrativo adelantado por el Consejo de Estado, ya que este último tribunal había negado la suspensión provisional de las exploraciones petroleras en el territorio U'WA, al considerar que aunque había existido una omisión de la consulta previa antes de emitir la resolución que autorizó las exploraciones en la zona, este desconocimiento no llevaba a la violación de los derechos fundamentales de la comunidad indígena, puesto que posteriormente a la expedición de la resolución se había realizado dos reuniones con los líderes U'WA en donde se llegaron a acuerdos para evitar que las exploraciones sísmicas afectaran a los indígenas, por lo que no se debía suspender las actividades en la zona hasta que el Consejo declarara la nulidad de la resolución.

En esa ocasión, los magistrados que salvaron el voto afirmaron que la corte desconoció la jurisprudencia que le daba el carácter de prevalencia a la decisión de suspensión provisional de lo contencioso administrativo sobre la tutela cuando eran instauradas al tiempo, para evitar un perjuicio hasta que el tribunal administrativo fallara, ya que en este caso la tutela y la acción de suspensión provisional fueron instauradas al tiempo.

También está sentencia los magistrados disidentes salvaron el voto con respecto al valor vinculante de la consulta previa al considerar que el art. 330 no establecía que fuesen obligatorias las decisiones dadas en el proceso consultivo, por lo que era necesario realizar una conciliación entre los indígenas y el estado.

Sin embargo, los salvamentos de voto en la línea jurisprudencial de la consulta previa a comunidades indígenas. Si bien en dos ocasiones triunfó una opinión minoritaria (T-634/99 Y C-169/01), esta misma no se repitió y la Corte logró exponer una jurisprudencia bastante uniforme, y de hecho, progresiva hacia el objetivo de proteger los derechos de las etnias colombianas.

Conclusiones y opinión del grupo

Pareciese que, cuando la Corte justifica su protección de la consulta previa como derecho fundamental y como mecanismo de defensa de las minorías contra el interés colectivo, está haciendo eco la afirmación de Ciro Angarita (T-406/92) de que “el término “social” (en el Estado Social de Derecho) no debe ser entendido como una simple muletilla retórica” sino que implica una serie de obligaciones estatales que no deben ser menoscambiadas.

Estamos de acuerdo con la Corte en la instauración de la consulta previa como derecho fundamental. Sin una conversación comprometida y objetiva del gobierno nacional con las comunidades indígenas (muchas de ellas estuvieron aquí antes de la instauración de nuestro Estado), cualquier acto o proyecto que se realice en los territorios de estas minorías podría causar serios daños a su integridad.

No sirve de nada tener una Constitución y un Estado que se vende como pluralista si no hay mecanismos serios y efectivos para la participación en el mismo de las comunidades desventajadas. En últimas, vale la pena recordar que el Estado somos todos, cada uno de los colombianos, y no cabe dentro de nuestro ordenamiento el argumento de que por el bien de la mayoría vamos a violar los derechos de las minorías.

Con ese entendido, también estamos de acuerdo con la posición de la Corte sobre la procedencia de la acción de tutela. Los procesos en el contencioso administrativo son lentos y mucho menos accesibles que los proporcionados por la tutela. En temas tan delicados como la protección de los derechos indígenas, ellos necesitan una herramienta eficaz y rápida para la defensa contra cualquier tipo de atropello estatal.

Es también de resaltar la posición de la Corte sobre la gran amplitud del derecho fundamental a la consulta previa. ¿Acaso, como pretenden ciertas instituciones públicas, sólo debería consultarse a los indígenas a la hora de explotar sus recursos naturales? ¿Su derecho a la integridad se reduce a la explotación de sus recursos naturales?

Estamos felices con la posición de la Corte de ampliar el derecho a **cualquier ámbito donde se vean afectados sus derechos y su integridad**. Claro ejemplo es la SU-383/03 en dónde una proyecto de fumigación estaba afectando seriamente a los indígenas y la Corte la tumbó.

La consulta previa debe ser tan amplia como el ámbito de aplicación de los derechos indígenas que pueda verse afectado por proyectos estatales.

Tenemos, sin embargo, una preocupación con respecto a la jurisprudencia de la Corte.

Concordamos con la importancia de este derecho fundamental dentro de nuestro Estado Social de Derecho, y celebramos las decisiones de la Corte que han tumbado leyes que han violado este requisito.

A pesar de esto, creemos que la consulta previa es un mecanismo que se queda corto para la protección de los derechos indígenas.

Si bien la Corte estableció requisitos objetivos con respecto a cómo debe ser surtido el derecho a la consulta, en últimas sigue siendo una consulta y el gobierno puede, mediante marañas retóricas, continuar con sus proyectos pese a las negativas indígenas.

Nos preocupan los casos en los cuales se surta el proceso de la consulta previa y no se llegue a un acuerdo entre Estado e indígenas, ¿qué sucede entonces? ¿Esperamos que el Estado sacrifique sus intereses y actúe de buen corazón? Es muy factible que el Estado continúe con sus obras y se inmunice contra protestas al haber surtido sus obligaciones constitucionales de consulta.

Es necesario encontrar un mecanismo más efectivo de protección de los derechos de estas minorías. Un mecanismo en el cuál su opinión no sólo sea considerada, sino que adquiera un carácter vinculante y poderoso.

Esto no borra, sin embargo, la importancia de la jurisprudencia de la Corte. Nos comparte el avance progresivo en la protección del derecho a la consulta previa y las herramientas que la Constitución le ha otorgado a estos grupos para defenderse.