
LA CONSULTA PREVIA EN MEDIDAS LEGISLATIVAS: PERSPECTIVAS DESDE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL*

Gloria Amparo Rodríguez**

Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario
gloria.rodriguez@urosario.edu.co

Resumen

La consulta previa, que es un derecho fundamental, ha sido considerada como un valioso instrumento que permite impulsar el respeto por los derechos de los pueblos indígenas, en especial aquellos que tienen que ver con el territorio, la identidad, la autonomía y la participación, entre otros.

Durante los últimos años, de manera reiterada ha sido vulnerada la consulta previa, la cual debe realizarse siempre que se vaya a tomar una decisión de carácter administrativo o legislativo que pueda afectar directamente a los pueblos indígenas y demás grupos étnicos.

El presente documento pretende ofrecer una mirada a los principales pronunciamientos efectuados por la Corte Constitucional en relación con la consulta previa, en las medidas legislativas.

Palabras clave

Pueblos indígenas, consulta previa, medidas legislativas.

Abstract

The previous consultation, which is a fundamental right, has been considered as a valuable instrument which promotes the respect for the rights of indigenous peoples, specially of those rights related with the territory, the identity, the autonomy and the participation, among others.

In the last years the previous consultation has been repeatedly violated. It must be exerted every time an administrative or legislative decision that may affect directly these peoples must be taken.

The present document expects to take a look at the main statements pronounced by the Constitutional Court regarding the previous consultation related to legislative measures.

Key words

Indigenous peoples, previous consultation, legislative measures.

Fecha de recepción del artículo: 22 de abril de 2011.

Fecha de aprobación del artículo: 30 de mayo de 2011.

* El presente artículo es producto del proyecto de investigación titulado “Conflictos ambientales en territorios étnicos colombianos”, que se adelanta dentro de la línea de investigación en Derecho Ambiental de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

** Directora de la Especialización y Línea de Investigación en Derecho Ambiental, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, julio de 2011.

Problema de investigación

Para el logro de los resultados de este proyecto era necesario establecer diversas situaciones que tienen que ver con decisiones que afectan los pueblos indígenas, entre ellas las decisiones legislativas. Para ello buscamos dar respuesta al siguiente interrogante de investigación:

¿Cómo y en qué forma ha sido vulnerado el derecho fundamental a la consulta previa, y cómo ha sido protegido por los altos tribunales de nuestro país?

Metodología

Esta es una investigación de carácter jurídico, que mediante el análisis de los principales pronunciamientos emanados de la Corte Constitucional posibilita un mejor entendimiento de una problemática álgida, actual y que en los últimos tiempos en el país evidencia diferentes posturas y visiones en relación con los derechos de los pueblos indígenas de Colombia.

Para el logro de los objetivos propuestos de análisis de los conflictos, la investigación se ha adelantado a través de una propuesta metodológica de estudio y tipología de casos específicos, que permite identificar las causas, los diferentes hechos, actores y la manera como los conflictos han sido solucionados incluso a través de la judicialización de los casos.

El enfoque que se pretende dar al proyecto incluye para su desarrollo metodológico la descripción de casos concretos de discrepancia entre los pueblos indígenas y otros actores, la caracterización de sus causas e impactos, tanto en los aspectos sociales como culturales y ambientales. En lo que corresponde al método deductivo, es decir, inducciones y precisiones a través del

análisis de los casos planteados, trabajamos mediante el estudio de documentos, sentencias y expedientes, además de realizar encuestas y entrevistas con el fin de poder establecer las situaciones que al respecto se han dado en Colombia.

Los resultados esperados del proyecto parten de identificar las comunidades étnicas, sus realidades, formas de vida, problemas, conflictos y derechos. Además de determinar las implicaciones que en la protección de la integridad social, cultural y económica representan los conflictos identificados a partir del análisis propuesto.

Resultados

1. La consulta previa en medidas legislativas

“La consulta previa constituye un instrumento básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”.

Corte Constitucional,
Sentencia T-769/09

Introducción

Cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, comunidades negras, afrodescendientes, raizales, palenqueras y al pueblo rom, deberán ser consultadas, mediante procedimientos apropiados y en particular, a través de sus instituciones representativas.

Este documento hace una recopilación de los principales pronunciamientos jurisprudenciales sobre la consulta previa en materia

legislativa. El mismo obedece al inicio que se ha dado en el presente año a los procesos de participación y consulta previa de diversas iniciativas legislativas gubernamentales, evidenciando un avance importante y reflejando además los resultados de la lucha de los pueblos y comunidades por la garantía y la protección de este derecho.

1. La consulta previa, un derecho fundamental

La consulta previa se fundamenta en el derecho que tienen los pueblos y comunidades de decidir sus propias prioridades en lo que concierne al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, la consulta previa se fundamenta en el derecho de dichos pueblos a participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente¹.

Según el Convenio 169 de la OIT, las consultas previas deben ser llevadas a cabo de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Esto significa que, al consultarlos, el gobierno debe previamente proporcionarles información apropiada y completa, que pueda ser comprendida plenamente por los pueblos indígenas y demás comunidades.

Así mismo, no se puede llevar estos procesos con cualquiera que declare repre-

sentar a la(s) comunidad(es) afectada(s), sino que las consultas deben emprenderse con organizaciones/instituciones genuinamente representativas, que estén habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades interesadas. Por consiguiente, antes de iniciar las consultas deben entregarse las propuestas legislativas con suficiente tiempo para ser analizadas y se debe identificar y verificar, en el caso de los pueblos indígenas, con la Mesa Permanente de Concertación², que las organizaciones/instituciones con las que tienen previsto tratar, cumplan con estos requisitos (Guía para la aplicación del Convenio 169 de la OIT³).

La Corte Constitucional, sobre este particular ha mencionado que:

“Los escenarios en los que podemos agrupar el desenvolvimiento del derecho de consulta previa son:

- el primero, la construcción de la iniciativa gubernamental antes de presentar el texto ante el Congreso;
- el segundo se refiere, en estricto, a la eficacia del derecho durante el trámite de un proyecto de ley y,

² La Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas mediante el Decreto 1397 de 1996, tiene por objeto concertar entre éstos y el Estado todas las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectarlos, evaluar la ejecución de la política indígena del Estado y hacerle seguimiento al cumplimiento de los acuerdos a que allí se llegue.

³ La Guía constituye un manual que explica el significado, los alcances y las implicaciones del Convenio y proporciona ejemplos de su aplicación en los países que lo han ratificado. Consultarla en: www.ilo.org

¹ Artículo 7, Convenio 169 de la OIT ratificado por la Ley 21 de 1991.

- el tercero, aplica a la práctica del derecho en sede administrativa, cuando se ejecutan actos específicos o individuales que puedan afectar o interesar a las comunidades indígenas, v. g. la expedición de una licencia ambiental, la constitución de una concesión, la ejecución de un programa de fumigación de cultivos ilícitos o la contratación de una obra”⁴.

También es importante resaltar que según la Corte Constitucional, el Convenio 169 de la OIT, y concretamente el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, conforman con la Carta Política, el 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 de dichos pueblos -artículo 53 C.P.- sino también porque⁵.

- 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 prohíja 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.

Para la Corte Constitucional, estos asuntos no pueden suspenderse ni aun 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.

2. Medidas legislativas que deben consultarse

Las decisiones legislativas susceptibles de afectar directa y específicamente a los pueblos indígenas, comunidades negras, afrodescendientes, raizales, palenqueras y al pueblo rom, en la medida en que establecen políticas generales, definiciones, pautas

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-382 de 2006, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

⁵ Sobre el bloque de constitucionalidad que conforman los Convenios de la OIT con la Carta Política puede consultarse, entre otras, la sentencia T-1303, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

y criterios que puedan repercutir sobre sus formas de vida, deben ser consultadas previamente de acuerdo con el ordenamiento constitucional y en particular, con el Convenio 169 de la OIT, que en esta materia hace parte del bloque de constitucionalidad, para buscar aproximaciones sobre la manera de evitar que las mismas las afecten negativamente⁶.

Sobre las medidas legislativas que tienen que consultarse la Corte Constitucional ha señalado que:

Por ejemplo, la ley general de educación, el plan nacional de desarrollo, una reforma del sistema de seguridad social o del código laboral, o del código penal debería, además del proceso deliberativo, público y participativo que se surte en el Congreso de la República, someterse a un proceso específico de consulta con las comunidades indígenas y tribales... puede señalarse que hay una afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios (...) Es claro, por otra parte, 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 colombianos⁷.

A juicio de la Corte Constitucional, *el concepto de medida legislativa cubre los actos legislativos pues, en primer lugar, la finalidad que animó la expedición del*

*artículo 6° del Convenio 169 de la OIT fue la de asegurar la preservación de la cultura de las comunidades étnicas, a través de un mecanismo de participación eficaz. Así las cosas, la expresión “medidas legislativas” utilizada por el artículo 6° del Convenio 169, no puede ser entendida en un sentido restringido alusivo en forma estricta a la ley en sentido formal, sino en uno amplio que cubra todo tipo de medidas normativas no administrativas susceptibles de afectar directamente a dichas comunidades. En segundo lugar, de acuerdo con una interpretación pro homine, la exégesis de la expresión “medidas legislativas” que debe ser escogida es aquella que permita ampliar el espectro de ejercicio del derecho fundamental de las comunidades étnicas. Por último, en el derecho constitucional colombiano, la palabra ley no tiene un sentido unívoco y, por lo tanto, el adjetivo legislativo tampoco lo tiene. La expresión “medidas legislativas” **no puede entenderse** que concierne exclusivamente a las leyes en sentido formal; a la hora de hacer la exégesis de dicha expresión para determinar el alcance del derecho de consulta previa, es menester escoger la interpretación que permita hacer realidad el deber estatal de reconocimiento, garantía y promoción de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, así como lograr la efectividad del derecho a la consulta⁸.*

En síntesis, cuando se desee expedir una medida del orden constitucional, nacional, departamental o local susceptible de afectar los pueblos y comunidades mencionadas, debe realizarse previamente la consulta previa. También deben consultarse los

⁶ Ver Corte Constitucional, Sentencias C-030 y C- 461 de 2008, C-175; C-615 de 2009 y C-941 de 2010.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-030 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-702 de 2010, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Planes Nacionales de Desarrollo, que pueden contener programas, proyectos y presupuestos que inciden de manera directa y específica en la vida de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes que residen en las zonas de aplicación. En este caso, la consulta previa debe ser realizada con pleno cumplimiento de todos sus requisitos, porque de lo contrario presentaría un vicio de inconstitucionalidad, es decir, se estaría violando la Constitución Política de Colombia⁹.

En conclusión, de la Corte Constitucional, *para el caso particular de las medidas legislativas, la consulta se predica sólo de aquellas disposiciones legales que tengan la posibilidad de afectar directamente los intereses de las comunidades, por lo que, aquellas medidas legislativas de carácter general, que afectan de forma igualmente uniforme a todos los ciudadanos, entre ellos los miembros de las comunidades tradicionales, no están sujetas al deber de consulta, excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas, comprendidas en el ámbito del Convenio 169 de la OIT, que sí interfieran esos intereses*¹⁰.

En relación con los tratados internacionales que puedan afectar directamente los pueblos indígenas, la Corte Constitucional ha señalado, con el propósito de que se pueda realmente adelantar un verdadero diálogo intercultural, la consulta previa debe llevarse a cabo antes del sometimiento del instrumento internacional por parte del presidente de la República, al Congreso de la República, pudiendo entonces realizarse

o bien durante la negociación, mediante la creación, por ejemplo, de mesas de trabajo, caso en el cual las comunidades indígenas podrán aportar insumos a la discusión del articulado del instrumento internacional o manifestar sus preocupaciones frente a determinados temas que los afectan; o ya cuando se cuente con un texto aprobado por las partes, es decir, luego de la firma del tratado, caso en el cual la consulta podría llevar a la necesidad de renegociar el tratado. Lo anterior no significa, por supuesto, que las comunidades indígenas no puedan servirse de los espacios que suelen abrirse durante los debates parlamentarios, con el propósito de ilustrar a los congresistas, acerca de la conveniencia del instrumento internacional, o que igualmente intervengan ante la Corte Constitucional en el momento de analizarse la constitucionalidad de aquél¹¹.

En este marco es importante señalar que el gobierno tiene el deber de promover la consulta cuando se trate de proyectos de ley que sean de su iniciativa y además debe *“brindarle a las comunidades, en un momento previo a la radicación del proyecto en el Congreso de la República, las debidas oportunidades para que ellas no sólo conozcan a fondo el proyecto sino, sobre todo, para que puedan participar activamente e intervenir en su modificación, si es preciso”*¹². Cuando en desarrollo de la iniciativa, que les confiere la Constitución, otros sujetos distintos del gobierno¹³ deci-

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-461 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-175 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-615 de 2009, MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-891 de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería.

¹³ Constitución Política, Art. 155. Podrán presentar proyectos de ley un número de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento del censo

den presentar a consideración de las cámaras legislativas proyectos de ley, cuyo contenido sea susceptible de afectar de manera directa a las comunidades indígenas, según la Corte Constitucional¹⁴, parecería necesario que, en tal caso, el gobierno, tan pronto como advierta que cursa un proyecto de ley con relación al cual debe darse el proceso de consulta, acuda a las instancias que para ese efecto se hayan previsto en la legislación, como:

- La Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas (Decreto 1397 de 1996);
- La Comisión Consultiva de Alto Nivel (Decreto 2248 de 1995) o la Comisión Pedagógica Nacional, los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras entre otras y,
- La Comisión Nacional de Diálogo de los pueblos rom (Decreto 2957 de 2010).
- Otras que se estimen pertinentes, para definir en ese escenario cuáles serían las instancias y los mecanismos de consulta más adecuados.

3. Principal jurisprudencia existente sobre consulta previa en materia legislativa

La Corte Constitucional, mediante sus decisiones ha garantizado en diferentes momentos el derecho fundamental a la consulta previa. Las principales sentencias

electoral existente en la fecha respectiva o el treinta por ciento de los concejales o diputados del país. La iniciativa popular será tramitada por el Congreso, de conformidad con lo establecido en el artículo 163, para los proyectos que hayan sido objeto de manifestación de urgencia.

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-030 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

en materia de consulta previa del orden legislativo son:

- a) Sentencia C-169 de 2001. Circunscripción electoral – Comunidades Negras.
- b) Sentencia C-891 de 2002. Sobre consulta del Código de Minas.
- c) Sentencia C-030 de 2008. Declara inexecutable la Ley 1021 de 2006, Ley General Forestal.
- d) Sentencia C-461 de 2008. Se suspende la ejecución de los proyectos incluidos en el Plan Nacional de Desarrollo para comunidades negras e indígenas.
- e) Sentencia C 175 de 2009. Declara inexecutable la Ley 1152 de 2007 o Estatuto de Desarrollo Rural.
- f) Sentencia C-615 de 2009. Ley 1214 de 2008, “Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las poblaciones indígenas Wayúu”. Sentencia C-702 de 2010. Acto
- g) Legislativo 001, Inciso 8, Art. 2, Personería Jurídica Circunscripción Especial de minorías étnicas.
- h) Sentencia C-941 de 2010. Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y los de la AELC y el Canje de Notas respecto del Capítulo 4° del Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y los de la AELC; Acuerdo sobre Agricultura entre la República de Colombia y la Confederación Suiza”; Acuerdo sobre Agricultura entre la República de Colombia y la República de Islandia; Acuerdo sobre Agricultura entre el Reino de Noruega.
- i) Sentencia C-366 de 2011. Declara inexecutable la Ley 1382 de 2010 que modifica el Código de Minas.

A lo anterior debemos sumar la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Jurisprudencia¹⁵ en el caso del pueblo indígena Saramaka Vs Surinam, ha señalado que al garantizar la participación efectiva en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones. Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo.

La Corte Interamericana señala también en esta sentencia que se debe consultar, de conformidad con las propias tradiciones indígenas, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso, y que el aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. Asimismo, que debe asegurarse que se tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Finalmente, avanza hacia el Consentimiento Previo Libre e Informado, que permite a los pueblos indígenas decidir realmente sobre los planes de desarrollo.

¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del Pueblo Saramaka Vs Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007.

Procedimiento para las consultas previas legislativas

La consulta es, como se ha mencionado, un derecho fundamental y un “proceso mediante el cual los gobiernos consultan a sus ciudadanos sobre propuestas de política o de otra índole y sólo podrá considerarse tal, el proceso que dé a los que son consultados la oportunidad de manifestar sus puntos de vista e influenciar la toma de decisión”¹⁶.

Para la Corte Constitucional, *el procedimiento de consulta es, ante todo, un instrumento para garantizar la participación efectiva de las comunidades tradicionales en los asuntos que las afectan, a través de un escenario dirigido a garantizar sus derechos fundamentales. En tal sentido, simples trámites administrativos que tiendan a permitir el ejercicio del derecho a la defensa de las comunidades respecto a las medidas adoptadas, o esfuerzos extemporáneos por parte del Gobierno Nacional para cumplir con dicho procedimiento, no satisfacen el deber de consulta previa*¹⁷.

Sobre la materia, la jurisprudencia ha establecido que la consulta *se trata de un proceso cualitativamente diferente, de naturaleza constitucional, orientado a salvaguardar derechos fundamentales celosamente protegidos por la Carta Política; 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*

¹⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO – OIT. <http://www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/conten.htm>. Guía para la aplicación del Convenio No. 169 de la OIT.

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-175 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

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.

*En este orden de ideas, **no tendrán valor de consulta previa**: la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales, ni los procesos consultivos realizados con posterioridad a la implementación de proyectos que han de ser consultados previamente; ni los procesos de diálogo o información realizados con organizaciones indígenas que no han sido expresa y específicamente delegadas para ello por las autoridades tradicionales de las comunidades específicamente afectadas por los proyectos, ni las simples reuniones entre miembros de tales grupos étnicos y funcionarios o apoderados que no tienen la facultad de representar al Gobierno Nacional o a las comunidades indígenas o afrodescendientes afectadas*¹⁸.

4. Sobre la preconsulta

El proceso de consulta previa 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 deter-

minada modalidad de trámite consultivo. En tal sentido, este Tribunal ha considerado 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”*¹⁹.

5. Requisito de la consulta previa en materia legislativa

Para el Tribunal Constitucional, la consulta previa en materia legislativa tiene unas características especiales y la misma no puede sustituirse por un proceso participativo, que de manera general se cumplió en torno a los proyectos de ley. Para ello el requisito de la consulta previa, según la Corte Constitucional es:

- a) poner en conocimiento de las comunidades, por intermedio de instancias suficientemente representativas, el proyecto de ley;
- b) ilustrarlas sobre su alcance y sobre la manera como podría afectarlas y
- c) darles oportunidades efectivas para que se pronunciaran sobre el mismo.

A fin de garantizar el establecimiento del procedimiento para la realización de la consulta es importante mencionar que el Convenio 169 de la OIT fija unas pautas generales sobre las condiciones que

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-175 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-175 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

debe cumplir la consulta previa, relativas a que ésta debe adelantarse de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias particulares, con la finalidad de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas. La jurisprudencia ha sistematizado las reglas sobre el contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa y para ello ha establecido dos niveles de análisis, que conforman el precedente aplicable²⁰:

El primero, relacionado con la diferenciación entre los niveles general y particular del derecho a la participación de los pueblos indígenas y tribales, según los cuales los pueblos indígenas y tribales deben contar con mecanismos que les permitan la participación en todos los niveles de adopción de políticas estatales que les conciernan, en condiciones análogas a las conferidas por el ordenamiento jurídico a los demás integrantes de la población, y de acuerdo con el carácter diferenciado de las comunidades tradicionales y de la necesidad de proteger su identidad cultural diversa, el Texto Constitucional ha conferido espacios concretos de participación a los pueblos indígenas y afrodescendientes.

El segundo, relativo a las condiciones y requisitos de procedimiento que deben cumplirse para que la consulta previa sea un mecanismo adecuado y efectivo para la protección de los derechos constitucionales de las comunidades indígenas y afrodescendientes, al igual que las consecuencias que acarrea el incumplimiento, por parte del Gobierno, del deber de consulta previa. Así, en lo que tiene que ver con la previsión de medidas legislativas y administrativas

susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, el Convenio 169 de la OIT dispone la obligación a cargo de los gobiernos de consultar a las comunidades interesadas, a través de sus autoridades representativas, siendo éste un procedimiento distinto a los escenarios generales y concretos de participación..., reservado para aquellas medidas que tengan incidencia particular y directa en los intereses de las comunidades diferenciadas”

*Así, “en la medida en que el Convenio 169 no establece unas reglas de procedimiento y en tanto que las mismas no hayan sido fijadas en la ley, debe atenderse a la flexibilidad que sobre el particular consagra el Convenio y al hecho de que, de acuerdo con el mismo, el trámite de la consulta se somete al principio de la **buena fe**, lo cual quiere decir, por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de términos perentorios para su realización, ni de condiciones ineludibles para el efecto”²¹.*

6. Consulta previa, participación e información

El derecho a la consulta previa, que es de carácter fundamental y tiene por objeto garantizar la participación en la adopción de las decisiones que afectan a las comunidades y éste no puede consistir en una simple información a dichos entes colectivos, sino

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-175 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-175 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

*que debe propiciar espacios de concertación en la escogencia de las mediadas*²².

“La jurisprudencia constitucional ha previsto la necesidad que el procedimiento mismo de consulta esté sometido a una consulta previa, a fin que el trámite de concertación y consenso con las comunidades (i) no se reduzca a un simple acto informativo o notificación de la medida; y (ii) reconozca y proteja las prácticas tradicionales diversas de los pueblos indígenas y tribales, que podrían verse desconocidas si los entes gubernamentales imponen determinado mecanismo de consulta que no resulte compatible con el mandato constitucional de preservación de la diversidad étnica y cultural. En tal sentido, el proceso de consulta podía considerarse cumplido cuando exista evidencia de que, con anterioridad a la radicación del proyecto de ley en el Congreso de la República, la iniciativa haya sido divulgada entre las comunidades concernidas por las materias de la misma, se haya avanzado en la ilustración a tales comunidades sobre su alcance y con miras a obtener una concertación, y se hayan abierto los espacios de participación que sean apropiados. Así, para la Corte la satisfacción del derecho a la consulta previa respecto de la promulgación de medidas legislativas, se circunscribe a la conformación de un espacio deliberativo, respetuoso de las particularidades de las comunidades indígenas y afrodescendientes y guiado por el principio de buena fe, destinado a la deliberación del contenido del proyecto de legislación correspondiente²³.

²² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-030 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-175 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

De manera reiterada el Tribunal Constitucional ha señalado que el proceso de consulta en materia legislativa requiere:

- La radicación previa del proyecto de ley en el Congreso de la República,
- Que sus textos se hayan divulgado ampliamente entre los pueblos indígenas y las comunidades interesadas,
- Que se tenga claro y se haya avanzado en la ilustración sobre el alcance de dichas medidas,
- Se hayan propiciado espacios y escenarios de discusión que sean apropiados²⁴.

Además debe resaltarse que “*como lo ha señalado la jurisprudencia, la omisión de consulta previa es un vicio de forma que se proyecta sobre el contenido de la medida legislativa respectiva y que, por tanto, puede viciar la constitucionalidad de un acto legislativo. En efecto, aunque la consulta es un procedimiento dirigido a garantizar derechos fundamentales, no por ello abandona su naturaleza procedimental*”²⁵.

Los procesos de consulta previa se deben llevar a cabo según la Corte Constitucional²⁶, mediante relaciones de comunicación efectiva, basadas en el principio de buena fe. Por ende, dicho procedimiento estará dirigido a proteger los derechos fundamentales de las comunidades étnicas mediante instrumentos de participación que, amén de su disposición y diseño, puedan incidir en la definición del contenido y alcance de

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-030 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-702 de 2010, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-175 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

la medida legislativa o administrativa. Lo anterior implica que la consulta previa no puede concebirse como un mero requisito formal, sino que es un proceso sustantivo de raigambre constitucional, dirigido a que:

- i. Las comunidades afectadas estén provistas de la información completa, precisa y significativa sobre los proyectos que se pretende desarrollar en sus territorios o de las medidas legislativas o administrativas del caso; y
- ii. Se tenga como objetivo principal el logro de un acuerdo con los pueblos indígenas y tribales, quienes podrán discutir el contenido de la política y proponer alternativas a ella. Para cumplir con estas condiciones, es posible que las comunidades estén acompañadas por la Defensoría del Pueblo o la Procuraduría General de la Nación, si así lo estiman pertinente.

7. Ponderación de intereses

Para la Corte Constitucional, *“la protección de los valores culturales, económicos y sociales de los pueblos indígenas y tribales, que aún subsisten en el territorio nacional, es un asunto de interés general en cuanto comporta el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, y la existencia misma del Estado social de derecho. Y ha puntualizado que la consulta previa es el mecanismo que permite ponderar los intereses de los pueblos indígenas y tribales en conflicto con intereses colectivos de mayor amplitud, a fin de poder establecer cual de ellos posee una legitimación mayor. Esta regla supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la nación, sólo serán*

*admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades”*²⁷.

Para el Tribunal Constitucional, las medidas legislativas y administrativas que afecten directamente los intereses de las comunidades tradicionales deben estar precedidas de un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego de los grupos étnicos afectados. Por consiguiente, sólo resultarán admisibles las políticas que prevean limitaciones constitucionalmente legítimas. Según la Corte Constitucional, *“al realizar la ponderación entre los intereses enfrentados en un caso concreto, y con miras a dar adecuada protección al interés en preservar la diversidad étnica de la nación, deberá tenerse en cuenta que, según lo ha explicado la jurisprudencia constitucional, “sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones:*

- a) Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna).
- b) Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas. Los deberes básicos de las autoridades que llevan a cabo la consulta previa son los de ponderar y explorar los siguientes cuatro elementos:
 - i) la posición y las propuestas que éstos ostentan y formulen,
 - ii) la garantía de los derechos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas y de los demás habitantes de los respectivos territorios –tales como el derecho a la vida e integridad personal,

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad y a la salud-,

iii) la protección del interés general de la nación colombiana a la diversidad étnica y cultural; y

iv) El interés general y las potestades inherentes al Estado colombiano”.

8. Cuando no se llega a un acuerdo

Finalmente, el precedente constitucional sobre el contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa ha contemplado que, en los casos en que cumplidos los requisitos y garantías anteriormente descritas, no sea posible llegar a un acuerdo sobre la medida legislativa o administrativa, el Estado conserva su competencia para adoptar una decisión final a ese respecto. Empero, el ejercicio de esa potestad carece de naturaleza omnímoda, sino que debe:

- i. Estar desprovista de arbitrariedad y autoritarismo;
- ii. Fundarse en parámetros de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad en cuanto al grado de afectación de los intereses de las comunidades tradicionales;
- iii. contemplar instrumentos idóneos para mitigar el impacto de la medida en dichos intereses, tanto en el plano individual como colectivo, todo ello con miras a salvaguardar las prácticas que conforman la diversidad étnica y cultural²⁸.

Conclusiones

Al establecer los diversos pronunciamientos emanados de la Corte Constitucional sobre el tema de la consulta previa en materia legislativa, es posible señalar que este

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-175 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Alto Tribunal ha aportado importantes elementos para la comprensión sobre el fundamento de este derecho fundamental. El balance de los alcances y las diferentes problemáticas con relación tanto a la consulta previa como a la participación y el consentimiento previo, libre e informado, permiten identificar diversos intereses y visiones sobre el tema del desarrollo y el deber de protección de la diversidad étnica y cultural en nuestro país.

El nuevo marco de derechos de los pueblos indígenas debe permitir superar las políticas de asimilación y las acciones que a través del tiempo vienen afectando los territorios, las culturas, las tradiciones, los usos y costumbres de estas comunidades. Lo que se plantea por parte de la Corte Constitucional tiene que ver con la necesidad de adoptar políticas públicas claras y de tomar e implementar estrategias que posibiliten la protección de estos pueblos que son parte de nuestro patrimonio cultural.

La consulta previa, tanto en materia legislativa como administrativa es obligatoria y debe ser efectuada a través de procedimientos adecuados, con los usos y costumbres de los pueblos y debe ser de buena fe, cumpliendo los mínimos estándares tanto nacionales como internacionales establecidos para garantizar la efectividad de este derecho. Este es el principal reto que tiene el gobierno para hacer efectivos los derechos de estas colectividades y para superar los diversos conflictos que afronta nuestro país.

Referencias

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Jurisprudencia, Caso Saramaka vs. Surinam. Disponible en <http://www.>

corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf.

República de Colombia, MIJ (2006). *La consulta previa a pueblos indígenas y tribales. Compendio de Legislación, Jurisprudencia y Documentos de Estudio*.

República de Colombia, Ministerio del Interior y de Justicia, Bogotá, Colombia.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO – OIT. <http://www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/conten.htm>. Guía para la aplicación del Convenio No. 169 de la OIT.

República de Colombia, Corte Constitucional (2006). Sentencia T-382 de 2006. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional (1997). Sentencia SU-039 de 1997. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional (2003). Sentencia SU-383 de 2003. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional (2008). Sentencia C-030 de 2008. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional (2008). Sentencia C-461 de 2008. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional (2009). Sentencia C-175 de 2009. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional (2009). Sentencia C-615 de 2009. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional (2010). Sentencia C-941 de 2010. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional (2010). Sentencia C-702 de 2010. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional (2002). Sentencia C-891 de 2002. Colombia.

Rodríguez, G. A. (2009). “El papel de la consulta previa en la pervivencia de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos de Colombia”, *Revista El Otro Derecho*, No. 40. El derecho a la consulta previa en América Latina. Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), pp. 55-74.

Rodríguez, G. A. (2009). “La licencia ambiental, un acto administrativo especial y su proceso de flexibilización”, en: *Retos y Perspectivas del Derecho Administrativo*, Universidad del Rosario, Bogotá.

Rodríguez, G. A. Muñoz A., L. M. (2009). *La participación en la gestión ambiental. Un reto para el nuevo milenio*, Universidad del Rosario.

Universidad de los Andes (2010). *La consulta previa a los pueblos indígenas. Los estándares del Derecho Internacional, Justicia Global y Derechos Humanos*, Documento No. 2, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

USAID, Naciones Unidas (2009). *El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada. Una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos*, USAID, Naciones Unidas, Oficina del Ato Comisionado para los Derechos Humanos, Colombia.

Yrigoyen Fajardo, R. (2009). “De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento”, *Revista El Otro Derecho*, No. 40, El derecho a la consulta previa en América Latina. Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), pp. 11-53.