

El derecho fundamental a la Consulta Previa a la luz de los pronunciamientos del Consejo de Estado

The fundamental right to Prior Consultation in the light of State Council pronouncements

Alberto Mario Garzón Wilches¹

RECIBIDO: 02-10-2017

ACEPTADO: 19-11-2017

Resumen

Este documento realiza un compendio de análisis normativo para abordar los antecedentes de la Consulta Previa como derecho fundamental de las comunidades étnicas; lo anterior tomando como referencia algunos pronunciamientos del Consejo de Estado, que generalmente en sede de tutela, contenciosa o de consulta ha tenido tímidos pronunciamientos basándose en criterios meramente formales y en ocasiones poco garantistas del mencionado derecho.

Palabras clave: Consulta Previa, Consejo de Estado, derechos fundamentales, Corte Constitucional, comunidades étnicas.

Abstract

This document makes a compendium of normative analysis to address the background of the Prior Consultation as a fundamental right of the ethnic communities, the foregoing taking as reference some pronouncements of the State Council, which generally in the seat of guardianship, contentious or consultation has had timid pronouncements based on purely formal and sometimes unguaranteed criteria of said right.

Keywords: Prior Consultation, Council of State, fundamental rights, Constitutional Court, Ethnic communities.

¹ Abogado, Magíster en derecho. Actualmente notario del municipio de Aracataca.
notariau.aracataca@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

La Consulta Previa se erige como un derecho fundamental en muchas de las legislaciones latinoamericanas, incluyendo Colombia; sin embargo, esta medida no viene siendo tan efectiva a la hora de garantizar la participación y la autodeterminación de las comunidades indígenas y los grupos étnicos. Si bien es cierto, en materia jurisprudencial se han logrado avances significativos, la falta de una ley que disponga con claridad de los procedimientos necesarios para su realización no ha permitido que este mecanismo se consolide como una verdadera garantía para la preservación de las particularidades de los grupos étnicos en Colombia.

La Consulta Previa se reconoce como un derecho fundamental que tienen las comunidades indígenas y en general los grupos étnicos para proteger las particularidades de su cultura, su idiosincrasia, su forma de ver el mundo, diferente de los afanes del desarrollo tal y como lo entiende la sociedad occidental; bajo esta premisa, la Consulta Previa debe entenderse como el derecho fundamental en cabeza de un sujeto colectivo que se ejerce en virtud de la pertenencia a un grupo étnico, por tanto no puede ser ejercido a título individual.

Este documento busca adentrarse sobre las particularidades de este Derecho y en su ejercicio en Colombia, mismo que se realiza a la luz de las posiciones establecidas por el Consejo de Estado que han determinado la manera como se asume este Derecho en el territorio nacional, sin realizar una interpretación propia.

Su participación en la escena constitucional ha cobrado fuerza en los últimos años donde los grandes proyectos de explotación de recursos naturales no renovables en territorios indígenas han puesto en la escena pública una prerrogativa muchas veces pasada por alto.

A manera de definición, el Ministerio del Interior (2010) ha dicho que "es un diálogo intercultural que busca garantizar la participación real, oportuna, y efectiva de los grupos étnicos en la toma de decisiones de proyectos, obras o actividades que los afecten, con el fin de proteger su integridad étnica y cultural" (p.33)

La Consulta Previa puede definirse principalmente como “el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos cuando se toman medidas (legislativas y administrativas) o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios, buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación” (Universidad del Rosario, 2015, p.28).

La Consulta encuentra sus fundamentos en el derecho de los pueblos o comunidades étnicas de decidir de manera informada sobre sus prioridades y la manera como el llamado desarrollo los va a afectar como comunidad, lo mismo que a proteger sus particularidades culturales y el territorio que ocupan o utilizan. Con su aplicación buscan desarrollar una dinámica de participación comunitaria en los procesos de formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional que los afecten de manera directa o indirecta.

Por otra parte, la Consulta Previa robustece los derechos de participación y concertación de las comunidades étnicas sobre programas, medidas o políticas institucionales que les conciernan, sin embargo, su utilización no puede darse en cualquier momento y frente a cualquier tipo de medidas; toda vez que con esto se desdibuja la finalidad de la Consulta y se convierte en una herramienta de carácter clientelista.

A continuación, desglosamos brevemente los apartes que componen este esfuerzo investigativo.

En el primer aparte, realizamos un Acercamiento Normativo al Derecho Fundamental de Consulta Previa en Colombia mediante una compilación normativa de las variadas regulaciones que ha tenido la Consulta Previa en el país, que van desde la Ley 21 de 1991, hasta el actual proyecto de ley estatutaria que impulsa el gobierno nacional demostrando que uno de los problemas que hace tendiente vulneración de este derecho fundamental, es que no tiene su propia ley estatutaria.

En el segundo aparte, asumimos el estudio de El Derecho Fundamental de Consulta Previa desarrollado por la Corte Constitucional donde concentramos esfuerzos para verificar cómo ante la dispersión normativa y la falta de claridad procedimental de la Consulta Previa, el Tribunal Constitucional se convierte en la instancia predilecta de satisfacción de este derecho fundamental, reali-

zando por parte de estas definiciones sobre el concepto, alcance y núcleo esencial, que comprende este derecho de participación de las comunidades étnicas del país.

Para el tercer aparte, estudiaremos El Mecanismo de Consulta Previa a la luz de algunos pronunciamientos del Consejo de Estado, mediante algo menos de 20 sentencias de las salas contenciosas y de consulta del Consejo de Estado, centrándonos en verificar si por parte del Consejo de Estado existen criterios propios de interpretación de este derecho fundamental, o como lo demostramos, este se apoya en los diversos pronunciamientos que la Corte constitucional ha realizado de la materia.

Los capítulos descritos componen el esfuerzo investigativo plasmado en estas páginas, con lo cual aclaramos la hipótesis investigativa sobre si el Consejo de Estado ha sido una instancia de interpretación de este derecho, o por el contrario, ha sido mero aplicador normativo y de la jurisprudencia constitucional que existe sobre este derecho fundamental.

ACERCAMIENTO NORMATIVO AL DERECHO FUNDAMENTAL DE CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA

En Colombia el derecho fundamental a la Consulta Previa enfrenta una diversidad de desafíos y dificultades a la hora de asumirse como una herramienta de protección de los derechos de las comunidades y minorías étnicas, sobre todo porque el país en virtud de las ventajas comparativas que ostenta para el libre mercado; se ha dedicado a promover licencias ambientales para la explotación de recursos naturales en territorios donde habitan muchas de estas comunidades, cuestión última que genera conflictos jurídicos ambientales de gran calado (Grueso, 2014).

En igual dirección, Garcés & Rapalino (2015) afirman que el impulso acelerado que a nivel económico ha tenido el país, ha permitido un mayor dinamismo por parte del Gobierno Nacional para asumir medidas laxas para atraer la inversión extranjera en virtud de la exploración y explotación de recursos naturales, que al encontrarse en zonas de grupos y minorías étnicas, se manifiesta en el hecho de no tener en cuenta la obligatoriedad de la Consulta Previa como requisito a la expedición de licencia ambiental.

De tal manera que este panorama representa la oportunidad para realizar un recorrido normativo que nos acerque desde el nivel constitucional hasta el reglamentario, para determinar el alcance y desarrollo que este derecho fundamental tiene en nuestro país.

A continuación, el presente aparte sirve como escenario introductorio para comprender las normas que componen el núcleo de derechos que se ciernen sobre el mecanismo de Consulta Previa como herramienta de protección de derechos fundamentales de los pueblos étnicos e indígenas a su territorio, autodeterminación y demás que le son inherentes a partir de diversas normativas vigentes.

A nivel constitucional, el Estado Social de Derecho define al país como una Nación llena de principios democráticos, participativos y pluralistas, lo anterior para permitir el ejercicio de respeto a la dignidad humana, mediante el trabajo y la solidaridad de las personas que integramos la nación, siempre teniendo como norte el interés general (Constitución Política, 1991, Art. 1º).

Además de esto, la Constitución Política (1991) señala expresamente que: “[e]l Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana” (Art. 7º) generando una discriminación en positivo que permite la protección de los derechos de comunidades y etnias minoritarias del territorio nacional.

Para el Ministerio del Interior (1998), en adelante Mininterior, el Estado tiene prerrogativas de responsabilidad y deber de protección a toda la diversidad étnica y cultural existente, atendiendo a derechos particulares de estas minorías como el derecho a la identidad, al territorio, a la autonomía, a la participación, al desarrollo propio y autodeterminación.

Esto se apoya en la obligación reconocida por el Estado de salvaguardar por los mecanismos legales del caso, aquellas riquezas que por su condición cultural y natural resultan ser de relevancia para toda la Nación (Const., 1991, art. 8º) manifestándose una vez más, el Estado Social de Derecho, esta vez en el sentido de garantizar la protección del origen e identidad cultural de todos los asociados, en especial de las comunidades y minorías étnicas.

Hasta aquí, hemos notado ya tres disposiciones constitucionales que si bien no le dan un carácter de derecho fundamental a la Consulta Previa, sí sirven

de antesala para sustentar otras disposiciones constitucionales que giran en torno a esta y su carácter de derecho fundamental.

Ejemplo de esto es la disposición superior que establece la autodeterminación de los pueblos en el ámbito del Derecho internacional, con lo que el Estado se acoge a las convenciones que se hagan sobre derechos humanos incluyéndose los de pluralismo y diversidad étnica, asimismo ratifica su compromiso por el respeto de los pueblos indígenas a nivel nacional e internacional, con el fin de lograr la integración regional incluyendo siempre el principio de la autodeterminación de los pueblos (Const., 1991, Art. 9º).

Igualmente podemos referenciar el derecho a la participación democrática de todos los ciudadanos colombianos consagrado en el artículo 40º constitucional, que asume a la participación como un derecho democrático que puede ejercer cualquier ciudadano colombiano, incluyendo las comunidades y minorías étnicas (Const., 1991, Art. 40.2).

En tal sentido la Constitución también reconoce que las comunidades y minorías étnicas tienen uso de suelos y apropiación inalienable, imprescriptible e inembargable sobre sus resguardos y territorios ancestrales (Const., 1991, Art. 63).

Esto se complementa con el carácter colectivo que la Consulta Previa tiene, respondiendo al reconocimiento de la igualdad de oportunidades, el acceso y fomento a la participación democrática, el desarrollo de la cultura, entendiéndose este último como la presencia de manifestaciones políticas, democráticas, lingüísticas e institucionales dentro del Estado, las cuales no pueden obviarse, sino tenerse en cuenta (Const., 1991, Art. 70).

La Consulta Previa como medida de preservación del territorio, permite el reconocimiento expreso del territorio indígena como ente territorial semejante a los municipios, distritos, departamentos y regiones (Const., 1991, Art. 286).

En similar dirección, se le reconoce a esta comunidad étnica el ejercicio de autoridad al interior de sus territorios (Const., 1991, Art. 246), con lo que se reafirma el hecho, explicado más adelante, de cómo la Consulta Previa se debe asumir bajo la idiosincrasia organizativa de cada comunidad y su visión tradicional de autoridad, lo que los faculta para que decidan y deliberen sobre su territorio.

Las disposiciones constitucionales que le otorgan un carácter preponderante a la Consulta Previa, se pueden resumir en el marco del siguiente gráfico:

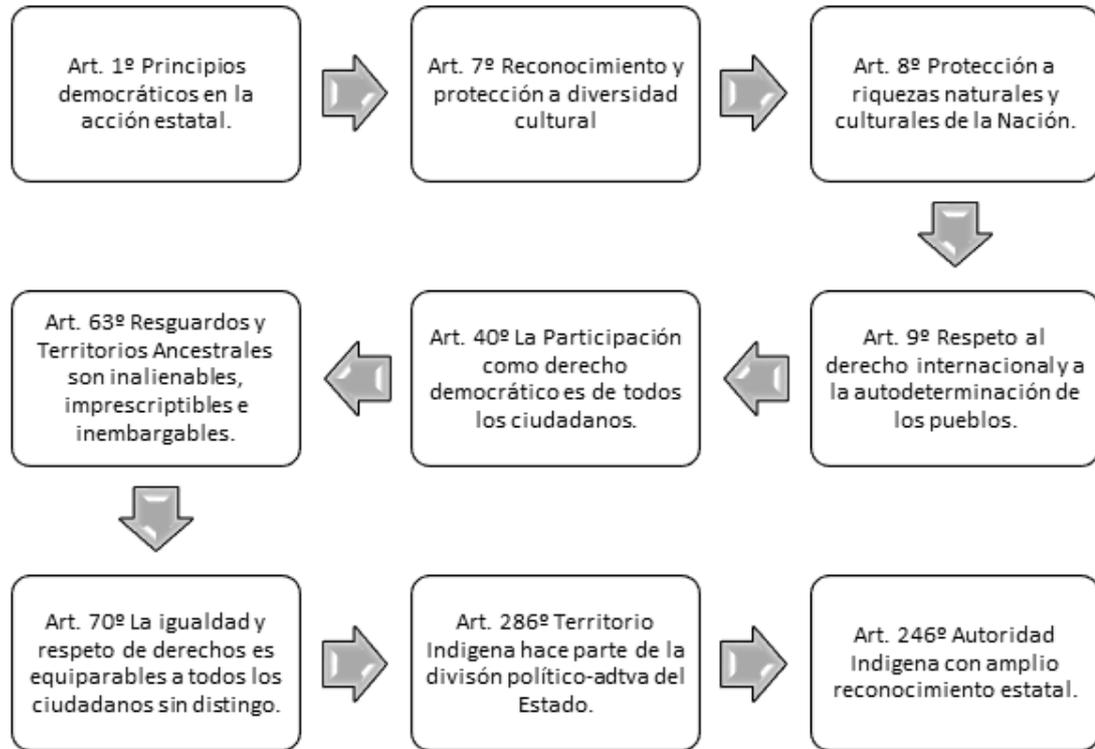


Gráfico 1. Núcleo Constitucional de Derechos de Consulta Previa

Fuente: Elaboración propia.

Los anteriores, constituyen en sí el articulado constitucional que posteriormente apoyarán los argumentos que la Corte Constitucional tuvo para declarar a la Consulta Previa como derecho fundamental vía jurisprudencial, dejando en claro que dicho mecanismo de participación para las comunidades y minorías étnicas obedece a la visión de un Estado pluralista que reconoce la condición pluri-étnica y multicultural de los ciudadanos que componen el conjunto de la sociedad colombiana (Rodríguez, 2010).

Los contenidos constitucionales anteriormente descritos tienen un marco antecedente a nivel internacional reflejado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que en virtud del trámite de validación interna de normas internacionales termina siendo ratificado mediante la Ley 21 de 1991 (Protección Multinivel de Derechos Humanos, 2013).

De tal manera que el mencionado Convenio 169 de la OIT adoptado en la 76ª reunión de la Conferencia General de la OIT en Ginebra el año 1989, determina que es deber de los Gobiernos que se suscriban a esta disposición, asumir como política general la consulta a los pueblos o comunidades cuyos intereses se vean afectados directamente por las medidas del orden administrativo o de legislación que estos adopten, en virtud de la realización de actividades o la toma de decisiones, mediante procedimientos adecuados donde prime la buena fe en la búsqueda de un acuerdo que genera un consentimiento expreso de la comunidad en cuestión (Convenio 169, 1989, art.6).

En materia de Consulta Previa, la OIT estableció unos lineamientos para los países que tengan planeado llevar a cabo iniciativas administrativas legislativas que afecten o inpacten de alguna manera a comunidades y pueblos étnicos o tribales, y dicho lineamiento se hizo parte del marco normativo mediante la mencionada Ley 21 de 1991; sin embargo dicho proceso de aprobación legislativa en sí mismo infringió la Consulta Previa, puesto que no se le dio participación a las comunidades beneficiarias en la adopción legal (Rey, 2014). Siendo así la constante en los demás instrumentos legales internos, se explicaran a lo largo del capítulo (Ley 21, 1991, Art. 15.2).

Pero el reconocimiento inconsulto de este derecho fundamental a favor de las comunidades o minorías étnicas en el país no se detuvo, y fue una práctica generalizada, al punto que a las comunidades afro se les reconoció prevalencia de propiedad colectiva sobre aquellos terrenos reconocidos o no, sobre los que estos se asientan, lo que impide la autorización de explotación, a menos que existiera previo concepto por una comisión del Instituto de Reforma Agraria (INCORA), el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, y el Ministerio del Medio Ambiente de la época (Ley 70, 1993, art. 17).

En específico, con referencia a los derechos ambientales de estas comunidades y minorías étnicas, también se les reconoció la Consulta Previa como un mecanismo para que mediante sus propios representantes se lograra establecer posibles daños que la explotación de recursos en sus territorios pudieran causar (Ley 99, 1993, art. 76).

Con posterioridad a estas disposiciones de Derecho internacional, constitucional y legal, la evidente dispersión normativa en materia de Consulta Previa

hizo necesario que aquellas disposiciones genéricas entrasen en un proceso de reglamentación seria, donde se explicaran las consideraciones concretas bajo las cuales en el país se consideraría suplido el ejercicio de participación de comunidades y minorías vía Consulta Previa.

Ante tal circunstancia, el Gobierno Nacional mediante el Mininterior regló la Consulta Previa vía Decreto 1320 de 1998. Esta normativa logró definir a la Consulta Previa como un mecanismo con la finalidad de analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que se le pudiera ocasionar a una comunidad negra o indígena por la explotación de recursos naturales en sus lugares de asentamiento (Decreto 1320, 1998, Art. 1). Además de ello, delimitó el concepto de territorio y la forma en que se identificarían a las comunidades objeto de consulta, y cómo la Consulta Previa procedía para ser válida en casos de licencias ambientales (Decreto 1320, 1998, Art. 5).

La regla común en las leyes y reglamentaciones hasta el momento estudiadas, es que se hicieron sin la consulta de estas comunidades. Esto es, que se les reguló un derecho fundamental violándoles el derecho de ser consultadas previamente. Lo que en sí, genera un despropósito de enormes proporciones, al punto que la Corte Constitucional, al resolver una acción de tutela en favor de los derechos de Consulta Previa de la comunidad Embera Katio, le ordenó al Gobierno nacional, y a los Ministerios del interior y del Medio Ambiente inaplicar las disposiciones del decreto, por no habersele consultado a las comunidades étnicas del país (Corte Constitucional, Sala 4ª de revisión, T-652, 1998).

De tal forma que dicho decreto no contó nunca con la legitimidad de aplicación esperada, y en su contenido aún había temas procedimentales que no daban claridad sobre la aplicación de Consulta Previa a estas comunidades.

Esto conllevó a que mediante Directiva Presidencial (DP) 01, se definieran algunos parámetros procedimentales de la Consulta Previa, tales como las acciones que requieren de la realización de este mecanismo, las medidas legislativas, las operaciones administrativas, proyectos, obras o actividades que afecten el territorio, la cultura, la forma de vida, la autonomía y la autodeterminación de los pueblos y comunidades étnicas en el país (Directiva presidencial 01, 2010). Esto podría graficarse de la siguiente manera:

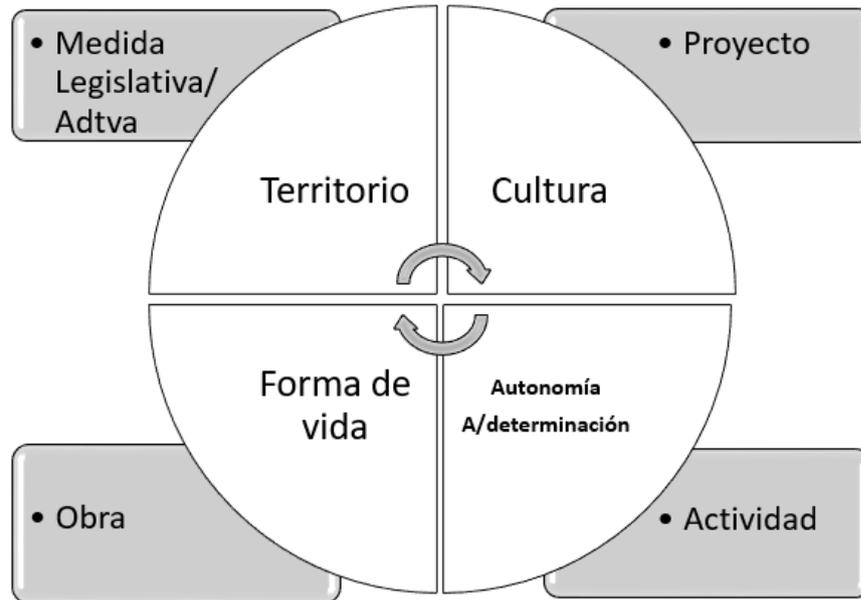


Gráfico 2. Parámetros para Consulta Previa DP 01 de 2010

Fuente: Elaboración propia

Lo que obligaba a que todas las autoridades, sean del orden central o descentralizado, al momento de llevar a cabo una Consulta Previa, lo hicieran teniendo en cuenta si es una obra, medida legislativa, administrativa, proyecto o una simple actividad con arreglo a dicha disposición.

Otros parámetros a destacar son las distintas etapas de la Consulta, o fases que se intentaron describir mediante pre-consultas, talleres, preacuerdos, protocolización y seguimiento, asumiéndose así una formalidad más clara, que antes no se tenía prevista en el ordenamiento (DP 01, 2010, Punto 4º).

Adicionalmente mediante normativa similar, en el 2013 el Presidente de la República determinó que el Mininterior y su Dirección de Consulta Previa (DCP) eran los responsables de todos los procesos de Consulta Previa en el país, y que las demás autoridades públicas debían apoyarse en la Guía para la Realización de Consulta Previa a Comunidades Étnicas que dicha directiva creaba (Directiva Presidencial, 010, 2013).

La mencionada Guía, cuenta con 5 etapas, las cuales se llevan a cabo con pasos enumerados mediante la definición clara del objeto de dicha etapa y los deberes por parte del gobierno (Directiva Presidencial, 010, 2013). Una forma didáctica de resumir lo contenido en dicha Guía es la siguiente:

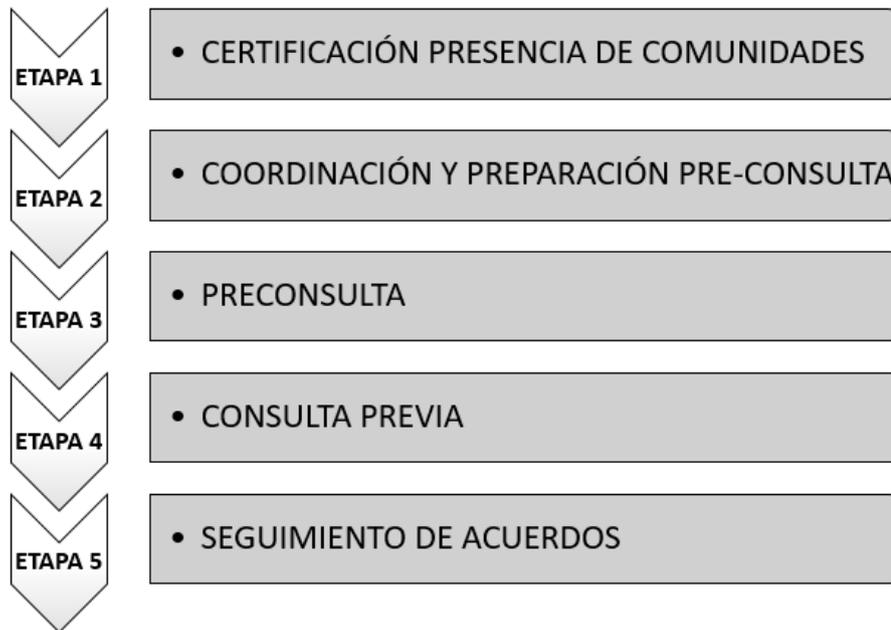


Gráfico 3. Fases de Consulta DP 010 DE 2013

Fuente: Elaboración propia.

Una vez logrado establecer, sin consultarles a las comunidades beneficiarias, cuáles son los pasos y procedimientos en materia de Consulta Previa, el Gobierno mediante el CONPES 3762, y en apoyo del Decreto 2613 de 2013, creó todo un protocolo de coordinación interinstitucional para darle mayor agilidad y viabilidad a la Consulta Previa, de tal manera que pudieran llevarse a cabo los objetivos de los diversos proyectos de interés nacional (Ámbito jurídico, 2017).

Como se ha anotado con antelación, ninguno de los instrumentos normativos ha sido socializado y consultado como es debido ante las comunidades étnicas del país, teniendo en cuenta que muchas son medidas legislativas y otras de carácter administrativo. Por ello en la actualidad se proyectó un articulado que podría ser Ley Estatutaria de la Consulta Previa tal como por mandato constitucional se hace respecto de los derechos fundamentales y su regulación legal (Const., 1991, Art. 152). Es decir, el Estado está promoviendo una Ley Estatutaria de Consulta Previa, pero antes decidió someter dicha iniciativa a consulta con los pueblos étnicos ante sus 232 delegados en el Espacio Nacional de Consulta.

Los anteriores, son los distintos instrumentos legales que nos permiten realizar un primer acercamiento al Derecho fundamental de la Consulta Previa, que

si bien a nuestro juicio no desarrollan el verdadero núcleo de derechos que se consagra en favor de las comunidades étnicas, si es válido destacar que ya se encuentra en curso un proyecto de ley que se consulta abiertamente con estas comunidades.

EL DERECHO FUNDAMENTAL DE CONSULTA PREVIA DESARROLLADO POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Como se logró apreciar en el capítulo precedente, el derecho fundamental de Consulta Previa a las comunidades étnicas del país ha contado con diversidad de normativas que han sido inconsultas ante estas mismas comunidades, lo que viola el derecho en sí mismo, y lo que puede ser más grave aún, es que no ha sido desarrollado del todo en los instrumentos legales, cuestiones que han motivado el constante pronunciamiento de la Corte para dar luces interpretativas, supliendo con sus fallos la ausencia de una debida Ley Estatutaria que ponga fin a tanta dispersión.

Dicho desarrollo jurisprudencial ha suscitado distintas discusiones jurídicas en relación a esta temática, resueltos en sede de tutela, revisión de constitucionalidad o unificación de jurisprudencia. Estos diversos pronunciamientos de la Corte dejan en claro la necesidad de salvaguardar este derecho en los casos explicados en el Gráfico 3, y que serán objeto de particular análisis a continuación.

La primera de las sentencias a destacar es la T-428 de 1992, en la que con ocasión de la construcción de la denominada Carretera del Café, la Corte decidió amparar a diversos grupos étnicos con habitación cercana a la megaobra, apoyándose en el hecho de que dichas comunidades no podrían verse afectadas por el desarrollo de la mencionada obra, menos cuando hay comprobada inestabilidad geológica, los cuales se agudizarían si la carretera se realiza causando daños en los bienes materiales de los moradores étnicos del lugar. De tal manera que ante el evidente conflicto que representa dicha obra en beneficio del interés colectivo versus el interés protegido constitucionalmente de estas comunidades, vemos que hay paridad de intereses, puesto que no puede tratarse de interés particular la garantía de los derechos étnicos (Corte Const., Sala primera de revisión, T-428, 1992).

Es así como la Corte logra aclarar, que los intereses de participación étnica en una Consulta Previa no obedecen a un interés particular sino que tienen el

matiz de pertenecer al interés colectivo, y por ende ese puede oponerse a la construcción de obras de desarrollo vial.

El segundo pronunciamiento a analizar de la Corte en materia de Consulta Previa, es la Sentencia T-380 de 1993 en la que se reconoció el carácter de protección diferencial que las comunidades étnicas tienen en el país, y cómo la Consulta Previa se configura en una herramienta de trato diferencial en sus derechos. Todo en obediencia al hecho de que las comunidades étnicas dejaron de ser una mera realidad fáctica y legal, para sopesarse como sujetos de derechos fundamentales, dentro de los cuales es destacable el de Consulta Previa, reafirmando el principio de diversidad y pluralidad étnica (Corte Const., Sala tercera de revisión, T-380, 1993).

Hasta acá, vemos que la Corte no se ha pronunciado en específico a la Consulta Previa y su carácter de derecho fundamental, sin embargo se generaron reconocimientos a las comunidades étnicas como sujetos diferenciados con derechos fundamentales a priorizarse.

Es hasta la Sentencia SU-039 de 1997, que la Corte se pronuncia sobre la Consulta Previa, logrando definir sus alcances y finalidades sobre todo a comunidades indígenas cuyos intereses puedan verse afectados con ocasión de un proyecto de explotación de recursos.

En palabras de la Corte, la participación de las comunidades indígenas en aquellas decisiones que les puedan afectar de modo alguno, más si se refiere a proyectos de explotación de recursos naturales, cuenta con la particularidad de que dicha participación solo es viable mediante el procedimiento de Consulta, con lo que adquiere carácter de derecho fundamental al asumirse como un instrumento base para que las comunidades, en este caso los indígenas, puedan preservar su integridad étnica, social, económica y cultural, asegurando por ende, su subsistencia social (Corte Constitucional, Sala plena, SU-039, 1997).

De lo anterior se desprende que la socialización de los proyectos de explotación de recursos se fundamenta en la necesidad de preservar los matices y orígenes de los conglomerados étnicos, más si dicho proyecto se desarrollará en su cercanía territorial.

La Consulta Previa como mecanismo de participación, se hace igual de obligado cumplimiento en aquellos casos donde se deben ponderar los derechos de las minorías o comunidades étnicas, con los derechos de otros colectivos. Así acontece con la Sentencia SU-383 de 2003, en la que el Gobierno planeaba realizar actividades propias de erradicación de cultivos en la Amazonia, pero jamás se percató de la presencia de comunidades étnicas en la zona, los cuales plantaban dicho cultivo bajo lógicas de ancestralidad curativa, y no propias del narcotráfico.

El Tribunal constitucional ordenó que el gobierno nacional, antes de la realización de erradicación de cultivos, estudiara la posibilidad de trabajar en conjunto con las autoridades de la comunidad, para llegar a puntos de encuentro entre la utilidad ancestral de la plantación versus su uso ilícito, siempre tomando como punto de partida su visión curativa. Si lo anterior no fuese posible, entonces el Gobierno al erradicar cultivos en territorios de comunidades étnicas debe maximizar el respeto a su autonomía territorial así como también determinar el uso doméstico, curativo o cultural de dicha plantación. En esa misma línea, se establece si al erradicar la planta, al cercenarse de su siembra, pone en riesgo la subsistencia de la comunidad, teniendo a bien sus rasgos culturales y religiosos (Corte Const., Sala plena, SU-383, 2003).

Lo anterior resalta que el Estado debe asumir la Consulta Previa como derecho fundamental, incluso en casos donde existan contradicción los derechos de mayorías con los de las comunidades, mediante la concurrencia de líderes o representantes de dicha comunidad.

La Consulta Previa tiene un amplio rango de protección de los derechos e intereses de las comunidades étnicas del país, más si se trata de medidas legislativas, que directa o indirectamente atañen temas de interés o cercanía con estas; si en el trámite de una ley, esta no logra probar la realización del referido derecho participativo, podría dicha ley demandarse por inconstitucionalidad, gracias a que vulnera la garantía de participación que la Consulta Previa otorga.

Ejemplo de esto es lo acontecido con la Ley 1021 de 2006, por medio de la cual se expide la Ley General Forestal, la cual nunca tuvo la participación previa y libre de las diversas comunidades étnicas existentes en el país, que

en su mayoría viven en zonas rurales a las cuales esta ley entraba a regular. Para la Corte, resultó escandalosamente descuidado que dicha ley no hubiera contado en su trámite con la aplicación del procedimiento de Consulta Previa, lo que por ende obliga a que en el ejercicio mismo del control abstracto de constitucionalidad, se verifique que materialmente la ley carece de la legitimidad de participación étnica que esta requiere (Corte Const., Sala plena, C-030, 2008).

Es así como la Corte, en el respeto del derecho a Consulta Previa de las comunidades étnicas, enfatiza la responsabilidad que le cabe al Gobierno en no dar trámite de aprobación legislativa, a proyectos de Ley cuyo articulado no cuente con la construcción participativa de los pueblos étnicos a los que afectará.

Como es de fácil anotación, vemos que el patrón de conducta estatal en materia de Consulta Previa, no solo se da en términos de dispersión normativa tal como se demostró en el primer acápite, sino que además el Estado –en su desespero por asumir como un mero procedimiento de aprobación, a lo que en realidad es un derecho fundamental– termina cometiendo crasos errores como solo acudir a los líderes o representantes de dichas comunidades, y no a las comunidades mismas.

Esta situación es verificable en los asuntos fácticos bajo los cuales se demanda la inexecutable de la Ley 1151 de 2007, mediante el cual se aprobaba el Plan de Desarrollo 2006-2010, básicamente porque dicho Plan entendido como una herramienta de planificación gubernamental del orden nacional, no llevó a cabo Consulta Previa de algunas disposiciones en las cuales las comunidades y pueblos étnicos se veían afectados o beneficiados. Para el Gobierno, ese requisito de Consulta estaba suplido en el hecho de que Planeación Nacional contaba con representantes de organizaciones indígenas y afro que participaron en la elaboración del Plan, cuestión insuficiente en juicio de la Corte debido a que se debe consultar al lleno de comunidades del caso (Corte Const., Sala plena, C-461, 2008).

Si bien la anterior sentencia declaró la inexecutable parcial de la ley demandada, sirvió para sentar claridad acerca de que la Consulta previa como derecho fundamental se suple cuando se hace con toda la comunidad étnica, y no solo con sus líderes o representantes.

Sin embargo, la Corte ha ido más allá en sus interpretaciones jurisprudenciales sobre Consulta Previa, más si se trata de medidas legislativas comunes a esta, y ha aclarado que este derecho fundamental se entiende configurado antes de la radicación de la ley misma, siempre y cuando se prevea por parte de los promotores legislativos, todo un procedimiento cuidadoso y construido de socialización informada a las comunidades de tal que el proceso de Consulta se configure bajo parámetros integrales donde las comunidades se sientan inmersas en una socialización detallada y lo más clara posible. Por ende, si estamos ante una situación donde solo se convoca a las comunidades para exponerles datos no profundizados, o información sin retroalimentación alguna, evidentemente no se está ante el ejercicio pleno del derecho fundamental de Consulta Previa (Corte Const., Sala Plena, C-175, 2009).

Con esto la Corte aclara que la Consulta Previa como derecho fundamental no es un procedimiento formal, sino un proceso complejo que no se reduce a un mero acto informativo; de ser así, se pondrían en peligro las tradiciones, cultura, territorio, autonomía y demás derechos que comporta en favor de las comunidades.

La anterior interpretación fue reiterada por la Corte en la Sentencia C-702 de 2010, cuando se refirió a la inexequibilidad parcial del Acto Legislativo 01 de 2009, debido a que en el mismo, se realizó una disposición normativa para regular lo atinente a la circunscripción indígena, sin que se hubiera realizado la consulta previa pertinente con las comunidades indígenas pertenecientes al censo electoral de dicha circunscripción. Esta omisión de la Consulta vulnera el derecho de participación y genera vicios de trámite en el referido acto legislativo (Corte Const., Sala plena, C-702, 2010).

Hasta acá, la Corte se ha pronunciado vía sentencias de constitucionalidad o de unificación, y si bien dentro de estas asume una posición de respaldo a la Consulta Previa como un procedimiento que lo efectiviza como un derecho fundamental, solo fue hasta la Sentencia de Tutela T-461 de 2014 que se atrevió a conceptuar por qué la Consulta previa tiene el carácter de derecho fundamental, de la siguiente forma:

Debido a la gran importancia que tiene para el Estado la protección de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas, dentro de los cuales se destaca el derecho a la propiedad colectiva dada la importancia del territorio que habitan estos pueblos y la

especial y relevante conexión que guardan con su cultura, tradición y costumbres, se erige como derecho fundamental la consulta previa, siendo reconocida internacional e internamente como la herramienta indicada para la protección de los derechos de estas comunidades. (Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, T-461, 2014)

Es decir, para la Corte la Consulta Previa es un derecho fundamental que salvaguarda un cumulo de derechos de las comunidades étnicas titulares más cuando estas se encuentran inmersas o afectadas por las actuaciones ya desglosadas en el Gráfico 3.

Esta sentencia significó un avance importante en materia de Consulta Previa en aquellas ocasiones cuando ya una megaobra está en ejecución, pero aún no se ha definido su respectivo plan de manejo ambiental. En dicha sentencia se discutía si había lugar a debatir el plan de manejo ambiental que una megaobra tendría, y si dicha discusión debe ser una Consulta Previa en casos donde el proyecto se desarrolle en territorios de comunidades étnicas.

Para la Corte, la construcción de megaproyectos que implican intervención de recursos naturales, generan una obligación al Estado por garantizar amplios espacios de participación, donde no solo se informe, sino que se diagnostiquen sus impactos y se concerte su aminoración a aquellas comunidades étnicas en consulta (Corte Const., Sala séptima de revisión, T-462A, 2014).

Retomando prácticas administrativas, sin consultar a las comunidades étnicas del país, el Mininterior mediante la Resolución 121 de 2012, decide convocar a los representantes legales de aquellos consejos comunitarios de comunidades negras y raizales que tuvieran títulos colectivos adjudicados para integrar la Comisión de Consultiva de Alto Nivel, dejando por fuera a aquellas comunidades que no poseen títulos colectivos por residir en zonas urbanas.

Dicha normativa fue demandada en sede de tutela ante la Corte, quien reiteró que es deber de los gobiernos, antes de realizar alguna actuación administrativa, consultarla con las comunidades étnicas en el caso de que sean de su interés legítimo, esto sin discriminación alguna, tal como lo constituye la exigencia de títulos colectivos a las organizaciones afro, que en su mayoría tienen arraigo habitacional en las urbes del país (Corte Const., Sala novena de revisión, T-576, 2014).

Al tratar de definir cómo se configura el acceso al derecho fundamental de Consulta Previa por parte de las comunidades y pueblos étnicos del país, la Corte determinó que este es un derecho que no puede ser obtenido por un individuo para ser usado por sí mismo, puesto que se predica de comunidades, gracias a la integralidad de intereses que un grupo humano, en este caso étnico, tiene en beneficio de sí mismo (Corte Const., Sala novena de revisión, T-550, 2015) convirtiéndose en un criterio formal determinante para efectos de una Consulta Previa efectiva, que esta se predique exigente por parte de una comunidad, y no un individuo en representación de sí mismo.

Reiterando el mandato constitucional de generar procesos de Consulta Previa en aquellos procesos legislativos que beneficien o afecten en algún modo a las comunidades étnicas del país, la Corte determinó que al ser materia de especial protección y reconocimiento constitucional las diversidades étnicas en el país, el procedimiento de Consulta no solo legitima cualquier actuación administrativa o trámite legislativo, sino que garantiza la aplicación de los postulados constitucionales que configuran a este derecho fundamental (Corte Const., Sala plena, C-184, 2016).

Los últimos pronunciamientos importantes de la Corte en materia de Consulta Previa, se dieron en el marco de una acción de tutela que el Cabildo Indígena Jaraguay impetró contra el Estado y su Ministerio de Ambiente, quienes otorgaron licencia ambiental para un relleno sanitario en cercanías al territorio de dicha comunidad sin consultarles previamente sus opiniones y percepciones sobre la posible construcción de la mencionada obra.

La Corte, al amparar el derecho fundamental de Consulta previa de dicha comunidad, reiteró que este es un procedimiento que ya no solo permite la protección del derecho de participación ambiental sino que en el caso concreto, logra ampararle otros derechos fundamentales a las comunidades como al de un medioambiente sano, dignidad humana, agua potable, identidad indígena en conexidad con el derecho a la salud y la vida. De tal que la Consulta previa para la Corte, siendo un derecho fundamental en sí mismo, requiere de su amparo para proteger otros derechos de igual prevalencia constitucional (Corte Const., Sala plena, SU-217, 2017).

En términos generales, vemos que la Corte Constitucional en su labor de deber funcional ha generado criterios en sentido amplio que hacen de la Consulta

previa un derecho fundamental que encuentra satisfacción únicamente en la sede de jurisdicción constitucional, debido entre otras cosas, a que el Estado y sus entidades por lo general realizan actuaciones administrativas y legislativas de forma inconsulta con estas comunidades étnicas, lo que los obliga a acceder mediante la acción de tutela a que se les de garantía de su derecho de participación.

EL MECANISMO DE CONSULTA PREVIA A LA LUZ DE ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS DEL CONSEJO DE ESTADO

En el recorrido temático de este documento, hemos logrado en un inicio identificar el conglomerado de disposiciones constitucionales, normativas y reglamentarias que se han expedido en el país para regular la Consulta Previa; sin embargo, al asumirla como derecho fundamental, estamos ante la necesidad que se regule mediante una ley estatutaria, tal como lo dicta el Art. 154 constitucional.

Por otro lado, también logramos en segunda instancia estudiar los diversos pronunciamientos de importancia doctrinal bajo los cuales la Corte Constitucional determinó los elementos esenciales del derecho fundamental de Consulta Previa, siendo el Tribunal constitucional exigente en el respeto de este derecho de participación en favor de las comunidades étnicas del país.

A continuación, centraremos nuestros esfuerzos en determinar cuál ha sido el papel del Consejo de Estado a la hora de resolver las consultas o litigios que han allegado al máximo órgano contencioso del país.

El Consejo de Estado como máximo Tribunal Contencioso Administrativo, cumple dos funciones dadas por la Constitución, la primera es cumplir la función jurisdiccional como juez administrativo y órgano de cierre, y la segunda, que muy poco es conocida comúnmente, es la labor consultiva, siendo en ocasiones reconocida como el cuerpo supremo consultivo del Gobierno (Zambrano, 2012).

Desde lo procesal, se asume que cuando la administración realice una actuación que por ley requiere de una Consulta Previa, y esta no es realizada, se genera una nulidad de la actuación, estableciéndose así una causal de nulidad ante toda operación administrativa que requiriendo Consulta Previa no la realiza (Ley 1437, 2011, Art. 46). Dicha cláusula remisoría en favor de la

figura que hemos estudiado ampliamente, no se encontraba en las disposiciones del derogado Código Contencioso Administrativo.

Es decir, la Consulta Previa en su condición de derecho fundamental es de inmediata aplicación en sede administrativa, y en caso de no realizarse así, será la jurisdicción la que actúe, tal como ha acontecido en el máximo órgano contencioso.

El 3 de febrero de 1995 se expide la Resolución 110, que otorga licencia ambiental a la Sociedad Occidental para que realice exploración petrolera en territorio de la Comunidad Uwa, habiendo realizado ejercicio de consulta previa, el cual no tuvo el lleno de acuerdos o consentimiento por parte de dicho grupo étnico, que en su momento ameritó una tutela que inaplicó dicho acto, hasta cuando no se realizara una Consulta que lograra un acuerdo libre e informado con esta comunidad.

La Defensoría del Pueblo, mediante la acción pública de nulidad, acude ante el Consejo de Estado para que dicho acto no sea solamente inaplicado por decisión de tutela SU-039 de 1997, sino que se le genere la nulidad y pierda absoluta validez. Ante esto, el Consejo de Estado deniega dichas pretensiones de nulidad, argumentando entre otras cosas, que los derechos fundamentales de diversidad étnica y cultural no son un principio absoluto, y que en el caso concreto, considera que el Estado puede disponer de los recursos del subsuelo, incluso en aquellos casos donde se requiera Consulta Previa, sentenciando que la mencionada resolución se ajusta a la ley y no viola disposición alguna (Consejo de Estado, Sala plena contenciosa, Radicación S-673, 1997).

En este primer pronunciamiento, vemos cómo el Consejo de Estado se aparta de la visión garantista de derechos con que la Corte Constitucional falló bajo los mismos supuestos fácticos a favor del cumplimiento del derecho fundamental de Consulta Previa en actuaciones administrativas. Tal es la posición contrariada del Consejo de Estado, que en últimas ordena levantar la inaplicación decretada vía tutela por la Corte, cuestión que obliga a salvar voto por parte de cuatro consejeros de la época.

En otra demanda de acción pública de nulidad, algunas organizaciones indígenas del país inician el trámite de única instancia para sacar del ordenamiento jurídico al acto administrativo Decreto 1320 de 1998, tutelado con anterioridad de manera favorable por parte de la Corte Constitucional.

Los actores de dicha nulidad argumentan que la reglamentación que hace el decreto de la Consulta Previa, fue mal consultada ante estas comunidades, y que en lo que se ciere a los casos donde no se lleguen a acuerdos, solo se da un espacio de 24 horas para replantear una nueva reunión, por una sola ocasión, siendo esta la única oportunidad de llegar a un acuerdo o no dentro de la consulta.

Ante esto el Consejo de Estado, manteniendo un criterio netamente legalista, determina que el Estado en su deber reglamentario puede decretar el procedimiento que necesite ser reglado para la Consulta Previa sin hacer consulta de ese proceder a las comunidades étnicas del país. En lo único que cede razón, es en que el Gobierno determinó mal las circunstancias de tiempo en el procedimiento de Consulta, cuando en primer término no exista entendimiento y se haga una única reunión en un lapso demasiado corto de 24 horas (Consejo de Estado, Sección Primera, Radicación 5091, 1999) de manera tal que nuevamente el máximo tribunal contencioso, apartándose de los postulados constitucionales de la Consulta Previa como derecho fundamental, sentencia en contra de las comunidades étnicas y mantiene vigente el mencionado acto administrativo, ante el cual tres consejeros salvan su voto.

Sin embargo, uno de los primeros pronunciamientos garantistas en materia de Consulta Previa por parte del Consejo de Estado se da en el marco de la impugnación de un fallo de tutela adverso presentado por una organización indígena del Amazonas, quienes vía tutela piden el amparo al derecho fundamental de Consulta Previa vulnerado por la presentación del proyecto de Ley General Forestal No. 25 de 2004, quien impulsado por el gobierno nacional no contó con la participación de las comunidades étnicas del país.

Ante esto, el Consejo de Estado determinó que dicho proyecto de Ley contenía disposiciones de interés particular para las comunidades, por ende, la Consulta Previa debió hacerse de obligatoria antelación a la radicación de dicho proyecto por parte del Gobierno Nacional. Empero, declara improcedente la acción de tutela, puesto que en sede de control de constitucionalidad, o de objeción presidencial, se pueden amparar los derechos de Consulta Previa que se invocan vulnerados (Consejo de Estado, Sección Cuarta, Rad. 25000-23-25-000-2005-01764-01, 2005).

En el 2004 Ecopetrol recibe una licencia ambiental para exploración minera sin que el Gobierno Nacional y el Ministerio de Ambiente hayan realizado

Consulta Previa con las comunidades étnicas aledañas al territorio perfilado. En esta circunstancia, el Consejo de Estado, reconociendo de nuevo el núcleo sustancial de derechos de la Consulta Previa, decide que la tutela en contra del acto administrativo que otorga licencia ambiental, es improcedente porque a su juicio, un Juez de tutela no puede entrar a desconocer o ventilar la legalidad de dicha licencia, puesto que para ese objeto existe el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho regulado entonces por el Código Contencioso Administrativo (Consejo de Estado, Sección Segunda B, Rad. 54001-23-31-000-2005-01162-01, 2006), anteponiendo así lo adjetivo de lo sustancial.

En sede de consulta, el máximo órgano Contencioso resuelve las inquietudes que el Mininterior y de Justicia elevó en el sentido de tener certeza sobre la finalidad, alcance y procedimiento de las Consultas Previas para explotación de recursos naturales. Respecto a la finalidad, el Consejo de Estado determina que la Consulta Previa, bajo parámetros de transparencia y participación directa, es una instancia que antecede a la toma de decisiones administrativas en las que las comunidades interesadas en proteger sus derechos e intereses, realizan objeciones y observaciones para que se tengan en cuenta. En igual sentido, define que el alcance y procedimiento de este derecho fundamental tiene que determinar el territorio, la identificación de la comunidad interesada, los modos de reunión y convocatorias, y los actores consultantes, de tal que se logre garantizar la efectiva participación de los pueblos a consultar (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Rad. 1708, 2006) siendo esta la primera conceptualización clara que en sede de consulta, hace el Consejo de Estado sobre la Consulta Previa.

En otro pronunciamiento de Consulta, esta vez realizada por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Territorial, se resuelve la inquietud sobre la temporalidad suficiente bajo la cual puede demorar una Consulta Previa a comunidades étnicas, a lo cual se responde determinando que no existen tiempos límites para la realización de dicho derecho fundamental, y todo depende de la terminación de todas y cada una de las etapas; sin embargo, aclara que en caso de que la consulta derive en un no acuerdo, las autoridades pueden ser competentes para adoptar las decisiones del caso que convengan (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Rad. 1817, 2007).

Retornando a los pronunciamientos contenciosos, el Consejo de Estado asume el estudio de una impugnación de un fallo de tutela, que por no cumplir el

principio de inmediatez, determinó que muchas de las comunidades accionantes no eran titulares de Consulta Previa por no encontrarse en cercanías al Gasoducto que se construiría en la Alta Guajira. Adicionalmente, anota que la construcción del gasoducto se dio en el 2006, y la tutela se impetró en el año 2009, de tal que si bien la acción de tutela no tiene caducidad, su interposición se debe realizar en un tiempo razonable (Consejo de Estado, Sección Cuarta, Rad. 44001-23-31-000-2009-00158-01, 2009).

Con posterioridad, en sentencia del 17 de junio de 2010, con Consejera Ponente Bertha Ramírez de Páez, se resuelve en segunda instancia una tutela presentada por el Resguardo Indígena Santa Rosa del Guamuez, quienes alegan la vulneración del derecho fundamental a Consulta previa por parte de una Obra Vial autorizada por Invías, sin la participación de la comunidad indígena indicada. En esta oportunidad, el Consejo de Estado concede el amparo al derecho fundamental vulnerado, determinando que la obligación de realizar Consulta Previa no debe estar supeditada a la expedición de certificado de presencia de comunidades o grupos étnicos, recordando que dicho certificado es obligatorio para efectos de expedición de licencia ambiental, mas no para la realización de Consulta Previa (Consejo de Estado, Sección Segunda, Rad. 52001-23-31-000-2010-00089-01, 2010).

En este mismo año, se pronunció el Consejo de Estado al resolver la nulidad presentada contra la Resolución 1288 de la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique, mediante la cual concede una licencia ambiental para la construcción de un relleno sanitario en Turbaná, Bolívar.

Esta licencia se otorgó sin Consulta Previa a las comunidades afro que viven en la zona, debido a que si bien habitan tales zonas de referencia al proyecto, no poseen titulación muy a pesar de vivir en la zona de influencia de la obra. Ante esto, debía el demandante aportar pruebas de esa circunstancia, acude al Mininterior, el cual expide certificación de existencia de comunidades afro en la zona, pero como no especificó mediante mapa Gauss el área material, el Consejo de Estado aduce falta probatoria de la presencia de dicha comunidad afro, y deniega las pretensiones (Consejo de Estado, Sección Primera, Rad. 11001-03-24-000-2002-00373-01, 2010).

De tal que se niegan los derechos fundamentales a Consulta Previa, por un asunto meramente probatorio, dejando a un segundo rango lo sustancial

de este derecho de participación étnica por parte del órgano de cierre administrativo.

Posteriormente, como muestra de la importancia de consultar a las comunidades étnicas todo tipo de actuación administrativa que de modo alguno afecte sus intereses, conoce el máximo Tribunal de lo Contencioso de la nulidad presentada en contra de un acto administrativo expedido por el Ministerio de la Protección Social, que determina transitoriamente el traslado de entidades administradoras de régimen subsidiado, lo cual –en criterio del actor demandante– viola la Consulta Previa a aquellos pueblos indígenas que sean beneficiarios del régimen, puesto no se les consultó si como afiliados harían traslados, o permanecerían con la misma administradora de régimen subsidiado.

Ante esto, el Consejo de Estado determinó denegar la pretensión de nulidad de dicho acto, puesto que al ser una medida transitoria por parte del Ministerio, este en últimas no estaba obligado a realizar Consulta Previa a las comunidades, dado el carácter general de la medida para todos los colombianos afiliados en dicho régimen, y no solo aplicable a las comunidades étnicas del país. Es decir, si bien existe libertad en la escogencia de la entidad administradora de régimen, la medida acusada es una limitación temporal que no vulnera esa libre escogencia, ni mucho menos el derecho fundamental de Consulta (Consejo de Estado, Sección Primera, Rad. 11001-03-24-000-2004-00214-00, 2010)

Reitera que la Consulta previa es un derecho fundamental que no desplaza el ámbito decisorio de la administración, sino que genera niveles de transparencia al permitir la participación de las comunidades étnicas, el Consejo de Estado decide una apelación contra la sentencia del Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la cual niega las pretensiones de nulidad contra el acto administrativo que aprueba el Plan de Ordenamiento Territorial de la Isla.

El Tribunal Administrativo argumenta su negativa ante el hecho de que no era necesaria la Consulta Previa del Plan de Ordenamiento Territorial, debido a que el derecho de Consulta Previa es avocado única y exclusivamente para comunidades indígenas. Ante esto, el Órgano de cierre de lo Contencioso desestima dicho argumento, recordando el carácter democrático y de protección étnica plural que tiene este derecho fundamental, no solo

aplicable a la explotación de recursos económicos, sino a la utilización del subsuelo para la extracción de aguas, asunto objeto de la nulidad. Por ende recuerda el Consejo de Estado que se entiende surtida la Consulta Previa cuando hay fases comunes en las que se informan, se identifican impactos y se hace seguimiento a los acuerdos (Consejo de Estado, Sección Primera, Rad. 88001-23-31-000-2005-00067-02, 2012).

En esta misma línea, el Consejo de Estado en pronunciamiento similar, determina que el Estado en virtud de la Constitución de 1991, actúa bajo parámetros de planificación, mediante instrumentos que le permiten direccionar sus políticas y programas; en tal sentido recuerda que todo plan, programa o proyecto del orden estatal que trate sobre temas concernientes al territorio, obras, proyectos, leyes y medidas de cualquier orden que afecten o interesen asuntos étnicos, deben tener antecedente de Consulta Previa con el respectivo grupo étnico a participar (Consejo de Estado, Sección Quinta, Rad. 47001-23-31-000-2013-00008-01, 2014).

En instancia de Consulta, reitera el Consejo de Estado que cuando se trate de Planes de Ordenamiento Territorial, y que en su trámite se realicen cambios excepcionales que directamente afecten intereses de comunidades étnicas, estos deben tener una instancia de participación diferencial en la que se les satisfaga el derecho de Consulta previa del que poseen titularidad (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Rad. 2172, 2014).

De igual forma, en consideración del Consejo de Estado se requiere de la realización de Consulta Previa para los temas de ingreso, administración, ascenso y retiro de docentes y directivos docentes que realizan labores de etnoeducación para las comunidades, no solo debido a que este tipo de educación hace permanecer vigentes los valores culturales de estas comunidades, sino porque se genera coherencia constitucional con los postulados democráticos de participación y reconocimiento de la diversidad étnica de la nación (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Rad. 2176, 2014).

Al decidir una impugnación de un fallo de tutela presentado por la comunidad indígena “La Piche” de Sucre, en la que piden el amparo del derecho fundamental de Consulta Previa por la exploración y explotación de recursos naturales en su territorio, a lo cual la primera instancia accede a una parte de los territorios y a otros no, por considerar que no eran de presencia de esta comunidad, esta Corporación decide denegar las pretensiones de la impug-

nación, puesto que los accionantes en virtud de su derecho al territorio, no presentaron pruebas documentales o siquiera sumariales de su presencia en los territorios no amparados, recordando así que para determinar la presencia de comunidades a nivel territorial no es requerimiento la certificación del Mininterior, sino simple prueba sumaria de ello (Consejo de Estado, Sección Cuarta, Rad. 70001-23-33-000-2014-00178-01, 2015).

Tal como lo referimos en capítulos anteriores, no existe una ley estatutaria que hasta el momento regule este derecho fundamental, por ello en sentencia de nulidad de 2015, al hacer un *recorderis* de todo el marco normativo disperso que existe en el país en materia de Consulta previa, determina que la potestad reglamentaria del Presidente no puede reemplazar el deber de legislación en materia de Consulta Previa, accediendo así a la nulidad del Decreto 3770 de 2008, con la que se creaba una comisión de consulta a nivel nacional para tramitar con mayor facilidad las Consultas Previas (Consejo de Estado, Sección Primera, Rad. 11001-03-24-000-2013-00128-00, 2015).

Al fallar la impugnación de una sentencia de tutela que denegaba las pretensiones de amparo a la Consulta Previa de la Comunidad Muisca de Bosa, quienes alegan sentirse excluidos de diversos planes parciales de desarrollo dentro de su territorio ancestral, sin realizar la debida Consulta Previa, el Consejo de Estado deja en claro la diferencia entre certificar existencia y comprobar la presencia de comunidades indígenas en un territorio determinado de tal que para efectos de Consulta, se haga necesario la comprobación de presencia en dicho territorio (Consejo de Estado, Sección Quinta, Rad. 25000-23-41-000-2015-00873-01, 2015).

Sobre el debate de certeza de presencia de comunidades en un territorio objeto de obra o proyecto, la Corporación determinó en sentencia del 30 de octubre de 2015, que la certificación de la presencia de comunidad étnica en el territorio es una fase de la Consulta Previa que si no genera certeza, se da por entendido que dicha Consulta no ha sido realizada y por ende se vulneran los derechos de participación étnica. Por ende ordena la sala amparar los derechos vulnerados mediante la verificación real de la presencia de comunidades en el área objeto del proyecto (Consejo de Estado, Sección Quinta, Rad. 52001-23-33-000-2015-00559-01, 2015).

En sede de impugnación, el máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo conoce de una tutela que pretende el amparo de los derechos de Consulta

Previa de algunas comunidades indígenas por la construcción de la doble calzada Sincelejo-Toluviejo, y aunque confirma la sentencia impugnada en el sentido de amparar parcialmente los derechos que se avocan vulnerados, es una sentencia que se destaca porque hace un recuento de los diversos pronunciamientos que la Corporación ha realizado en materia de Consulta Previa, como los que en gran parte hemos compilado en este capítulo (Consejo de Estado, Sección Cuarta, Rad. 70001-23-33-000-2015-00197-01, 2015).

En el 2016, mediante elevación de Consulta realizada por el Mininterior, se resuelve la inquietud que surge alrededor de la naturaleza jurídica de los actos de protocolización que se dan dentro de la 4ª etapa del procedimiento de Consulta Previa, determinando la Corporación que estos constituyen actos jurídicos bilaterales, que surgen de un acuerdo de voluntades, y que estos en nada poseen los atributos de presunción de legalidad, ejecutoriedad, ejecutividad y revocabilidad de un mero acto administrativo, por ende los medios de control no proceden contra estos actos de protocolización de la Consulta (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Rad. 2290, 2016).

Con este pronunciamiento que se refiere a la naturaleza jurídica de los actos de protocolización de la Consulta Previa como actos jurídicos bilaterales, y no como actos administrativos, cerramos este capítulo final dedicado a conocer algunos pronunciamientos del Consejo de Estado.

Lo que se puede observar en el comportamiento jurisprudencial de la Corporación, es que en muchas ocasiones antepone criterios más meramente formalistas que sustanciales para acceder a las pretensiones de tutela que resuelve generalmente en sede de impugnación de segunda instancia. Además de esto, es notable el esfuerzo que hace para apoyarse en los criterios doctrinales que la Corte Constitucional ha realizado sobre el derecho fundamental hasta acá estudiado. Si bien no podemos aducir diferencias claras, sí es dable afirmar que mientras el Consejo de Estado tiene en cuenta los asuntos procedimentales a la hora de amparar los derechos de Consulta Previa, sea en tutela o nulidad de un acto, la Corte es más tendiente a anteponer los criterios sustanciales que disgregamos en el capítulo 2º de este documento.

RECOMENDACIONES

Se sugiere que el Gobierno Nacional consulte previamente a las comunidades y pueblos étnicos del país antes de presentar ante la Rama Legislativa del poder público el proyecto de ley estatutaria de Consulta Previa, para que en

dicha iniciativa legislativa se satisfagan los derechos de participación étnica de estas comunidades. De igual forma, se sugiere que el Congreso de la República cuando inicie el proceso de discusión y aprobación del proyecto de ley estatutaria de Consulta Previa, involucre por medio de audiencias públicas y foros a los sectores que guardan relación con el tema, así como también tenga en cuenta todas y cada una de las doctrinas o decisiones que en jurisprudencia, ha adoptado la Corte Constitucional y el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la materia, de tal suerte que la ley refleje consecuentemente los pronunciamientos garantistas y restrictivos sobre este derecho de participación cultural de las comunidades.

Además, deben realizarse mayores ejercicios divulgativos en materia de Consulta Previa a las comunidades étnicas del país, no solo para empoderarlos de sus derechos de participación, sino para que sirva de medida paliativa ante la dispersión de normas que sobre este derecho fundamental existe.

Así mismo, para generar mayores niveles de garantía de este derecho fundamental, es importante la capacitación de los funcionarios y servidores públicos cuyos asuntos de trabajo se ciernen sobre comunidades étnicas en el país, para que realicen plenos ejercicios públicos de Consulta previa en todo tipo de actuación administrativa cuando el asunto así lo requiera.

CONCLUSIONES

La Consulta Previa como postulado constitucional representa no solo el interés de la comunidad internacional por generar reconocimientos alrededor de la identidad cultural y étnica de comunidades perseguidas y segregadas por siglos, sino que se convierte en el eje de actuación del Estado a la hora de tomar decisiones que afecten o beneficien los intereses de estos.

La Consulta Previa en su rol de derecho fundamental, no cuenta con una ley estatutaria, tal como lo manda el artículo 152 constitucional vigente. Por ende las diversas circunstancias de litigio que se han suscitado en las altas cortes aquí estudiadas, son producto de la vulneración exagerada de este derecho en casi la totalidad de la actividad del Estado, demostrando que las consagraciones constitucionales, legales y reglamentarias son disposiciones inertes en la materia.

Es de destacar, que en los pronunciamientos del Consejo de Estado, se logran entrever los criterios formalistas que en sede contenciosa o de consulta

ha realizado sobre la Consulta Previa dando claridad sobre los aspectos meramente procedimentales de este derecho fundamental en aplicación inmediata de la actividad del Estado, de tal manera que si bien no realizan aportes doctrinales en la materia como sí lo hace la Corte Constitucional, al menos sí ponen de contera la importancia de respetar las etapas previas y duraderas de una Consulta Previa, libre e informada a las comunidades étnicas del país.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Congreso de Colombia. (6 de marzo de 1991). Artículo 15º [Parte II]. Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra 1989. [Ley 21 de 1991]. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1577376>
- Congreso de Colombia. (27 de agosto de 1993). Artículo 17º [Capítulo III]. Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política. [Ley 70 de 1993]. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1620332>
- Congreso de Colombia. (22 de diciembre de 1993). Artículo 76º [Título X]. Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medioambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones. [Ley 99 de 1993]. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1635523>
- Congreso de Colombia. (18 de enero de 2011). Artículo 46º [Título III]. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Ley 1437 de 2011]. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html
- Consejo de Estado, Sala Plena Contencioso Administrativo. (4 de marzo de 1997) Radicación S-673. [CP Libardo Rodríguez Rodríguez]
- Consejo de Estado, Sección Primera. (20 de mayo de 1999) Radicación 5091. [CP Juan Alberto Polo Figueroa]
- Consejo de Estado, Sección Cuarta. (13 de diciembre de 2005) Radicación 25000-23-25-000-2005-01764-01. [CP Juan Ángel Palacio Hincapié]
- Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. (16 de febrero de 2006) Radicación 54001-23-31-000-2005-01162-01. [CP Alejandro Ordoñez Maldonado]
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. (02 de febrero de 2006) Radicación 1708. [CP Luis Fernando Álvarez Jaramillo]
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. (17 de mayo de 2007) Radicación 1817. [CP Luis Fernando Álvarez Jaramillo]
- Consejo de Estado, Sección Cuarta. (10 de diciembre de 2009) Radicación 44001-23-31-000-2009-00158-01. [CP Hugo Fernando Bastidas Bárcenas]
- Consejo de Estado, Sección Segunda. (17 de junio de 2010) Radicación 52001-23-31-000-2010-00089-01. [CP Bertha Lucía Ramírez de Páez]
- Consejo de Estado, Sección Primera. (22 de julio de 2010) Radicación 11001-03-24-000-2002-00373-01. [CP Héctor Segundo Pérez Hernández]
- Consejo de Estado, Sección Primera. (02 de diciembre de 2010) Radicación 11001-03-24-000-2004-00214-00. [CP María Claudia Rojas Lasso]

- Consejo de Estado, Sección Primera. (18 de julio de 2012) Radicación 88001-23-31-000-2005-00067-02. [CP Marco Antonio Vellilla Moreno]
- Consejo de Estado, Sección Quinta. (20 de febrero de 2014) Radicación 47001-23-31-000-2013-00008-01. [CP Susana Buitrago Valencia]
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. (20 de febrero de 2014) Radicación 11001-03-06-000-2013-00420-00. [CP Augusto Hernández Becerra]
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. (21 de mayo de 2014) Radicación 11001-03-06-000-2013-00501-00. [CP Germán Alberto Bula Escobar]
- Consejo de Estado, Sección Cuarta. (19 de febrero de 2015) Radicación 70001-23-33-000-2014-00178-01. [CP Martha Teresa Briceño de Valencia]
- Consejo de Estado, Sección Primera. (16 de abril de 2015) Radicación 11001-03-24-000-2013-00128-00. [CP María Elizabeth García González]
- Consejo de Estado, Sección Quinta. (17 de septiembre de 2015) Radicación 25000-23-41-000-2015-00873-01. [CP Alberto Yepes Barreiro]
- Consejo de Estado, Sección Quinta. (30 de octubre de 2015) Radicación 52001-23-33-000-2015-00559-01. [CP Carlos Enrique Moreno Rubio]
- Consejo de Estado, Sección Cuarta. (10 de diciembre de 2015) Radicación 70001-23-33-000-2015-00197-01. [CP Hugo Fernando Bastidas Bárcenas]
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. (30 de agosto de 2016) Radicación 2290. [CP Álvaro Namén Vargas]
- Consejo Nacional de Política Económica y Social. (2013). Lineamientos de Política para el Desarrollo de Proyectos de Interés Nacional y Estratégicos – PINES (CONPES 3762). Recuperado de http://www.ani.gov.co/sites/default/files/conpes_3762_de_2013.pdf
- Constitución política de Colombia [Const.]. (1991). Artículo 1º [Título I]. Recuperado de <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>
- Constitución política de Colombia [Const.]. (1991). Artículo 7º [Título I]. Recuperado de <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>
- Constitución política de Colombia [Const.]. (1991). Artículo 8º [Título I]. Recuperado de <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>
- Constitución política de Colombia [Const.]. (1991). Artículo 9º [Título I]. Recuperado de <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>
- Constitución política de Colombia [Const.]. (1991). Artículo 40º [Título I]. Recuperado de <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>
- Constitución política de Colombia [Const.]. (1991). Artículo 63º [Título I]. Recuperado de <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>
- Constitución política de Colombia [Const.]. (1991). Artículo 70º [Título I]. Recuperado de <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>
- Constitución política de Colombia [Const.]. (1991). Artículo 286º [Título I]. Recuperado de <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>
- Constitución política de Colombia [Const.]. (1991). Artículo 246º [Título I]. Recuperado de <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>
- Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. (4 de junio de 1992) Sentencia de Tutela 428. [MP Ciro Angarita Barón]
- Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (13 de septiembre de 1993) Sentencia de Tutela 380. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]
- Corte Constitucional, Sala plena. (3 de febrero de 1997) Sentencia de Unificación 039. [MP Antonio Barrera Carbonell]

- Corte Constitucional, Sala plena. (13 de mayo de 2003) Sentencia de Unificación 383. [MP Álvaro Tafur Galvis]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (23 de enero de 2008) Sentencia de Constitucionalidad 030. [MP Rodrigo Escobar Gil]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (14 de mayo de 2008) Sentencia de Constitucionalidad 461. [MP Manuel José Cepeda Espinosa]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (18 de marzo de 2009) Sentencia de Constitucionalidad 175. [MP Luis Ernesto Vargas Silva]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (6 de septiembre de 2010) Sentencia de Constitucionalidad 702. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]
- Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. (8 de julio de 2014) Sentencia de Tutela 461. [MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]
- Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. (8 de julio de 2014) Sentencia de Tutela T-462-A. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]
- Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (4 de agosto de 2014) Sentencia de Tutela T-576. [MP Luis Ernesto Vargas Silva]
- Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (26 de agosto de 2015) Sentencia de Tutela 550. [MP Myriam Ávila Roldán]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (14 de abril de 2016) Sentencia de Constitucionalidad 184. [MP Gloria Stella Ortiz Delgado]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (18 de abril de 2017) Sentencia de Unificación 217. [MP María Victoria Calle Correa]
- Garcés, M. & Rapalino, W. (2015). La Consulta popular como mecanismo de participación ciudadana para evitar actividades mineras. *Justicia Juris*, 11(1), 52-62. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/jusju/v11n1/v11n1a05.pdf>
- Grueso, L. R. (2014). *El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada*. Recuperado de <http://www.hchr.org.co/afrodescendientes/files/Consulta%20Previa%20Indigenas%20Baja.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo. (27 de junio de 1989). Artículo 6º [Parte I]. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. [Convenio 169 OIT de 1989]. Recuperado de http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORML-EXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169
- Presidencia de la República. (13 de julio de 1998). Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio. [Decreto 1320 de 1998]. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1266073>
- Presidencia de la República. (26 de marzo de 2010). Garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales. [Directiva Presidencial 01 de 2010]. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=DirectivasP/30021369>
- Presidencia de la República. (7 de noviembre de 2013). Guía para la realización de consulta previa. [Directiva Presidencial 010]. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=DirectivasP/30021326>
- Presidencia de la República. (20 de noviembre de 2013). Por el cual se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la Consulta Previa. [Decreto 2613 de 2013]. Recuperado de http://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/11_decreto_2613_de_2013.pdf
- Prada, M. A. (2013). La integración del derecho internacional en el sistema colombiano. En Red de Derechos Humanos y Educación Superior (Ed.), *Protección Multinivel de Derechos Humanos* (pp.365-391). Barcelona, España: Universitat Pompeu Fabra.

Recuperado de https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/PMDH_Manual.pdf

Rey, A. M. (2014). *El ejercicio de la Consulta Previa con comunidades indígenas y grupos étnicos, un aporte desde el enfoque de acción sin daño y de derechos humanos*. (Tesis de especialización). Universidad Nacional de Colombia, Bogotá D.C., Colombia.

Rodríguez, G. A. (2010). *La consulta previa con pueblos indígenas y comunidades afro-descendientes en Colombia*. Recuperado de http://www.urosario.edu.co/urosario_files/1f/1fd9b49f-b717-4dc1-8875-657612776cff.pdf

Zambrano, W. (2012). Foro Semana sobre Consulta Previa. En Gómez Aranguren (Presidencia), *El Derecho de las Minorías Étnicas a la Consulta Previa "Retos y Perspectivas"*. Simposio llevado a cabo en el marco del Seminario Internacional realizado por el Consejo de Estado, Bogotá D.C., Colombia.

REFERENCIAS CONSULTADAS

Urrutia, C. (18 de julio de 2017). La regulación del derecho fundamental a la consulta previa en Colombia. *Ámbito Jurídico*. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/constitucional-y-derechos-humanos/la-regulacion-del-derecho-fundamental-a-la-consulta-previa-en-colombia>

Para citar este artículo:

Garzón Wilches, A. M. (2018). El derecho fundamental a la Consulta Previa a la luz de los pronunciamientos del Consejo de Estado. *Vis Iuris*, 5(9), 69-100.