El futuro es de todos

Mininterior

Escuela de Defensores de
Derechos Humanos y Líderes Sociales
Ministerio del Interior

Diplomado en Consulta Previa

UNIDAD DIDÁCTICA 1

Historia y normatividad internacional y nacional de la consulta previa

Vigilada Mineducación

Subdirección de Proyección Institucional -ESAP-

Escuela Superior de Administración Pública

Escuela Superior de Administración Pública ESAP.

Octavio Duque Jiménez
Director Nacional

Óscar Jairo Fonseca Fonseca
Subdirector Académico Nacional

Ana María Sterling Bastidas
Subdirectora de Proyección Institucional

Bernardo Gómez Ortiz
Subdirector de Gestión Corporativa

Hernán Alonso Salazar García
Subdirector Nacional de Servicios Académicos

Unidad Didáctica
Historia y normatividad internacional y nacional de la consulta previa

Autor
Óscar Mauricio Gómez Mantilla

Equipo de producción de la Dirección de Entornos y Servicios Virtuales-ESAP Corrección de estilo, acompañamiento pedagógico, diseño instruccional, diseño gráfico y virtualización.

Fecha última versión
Abril de 2022

ESAP ha verificado, hasta donde es posible, que el contenido de los enlaces web citados y presentados en este curso sean verídicos y que correspondan; sin embargo, y debido a la naturaleza dinámica de internet, ESAP no puede responsabilizarse por el correcto y adecuado funcionamiento de los mismos.

La mayoría de las imágenes de este documento han sido compradas a través de: https://www.shutterstock.com

Tabla de contenido

Tipología **4**

Objetivo de aprendizaje **5**

Justificación – resumen **6**

Desarrollo temático **8**

Tema 1 9

Historia de la Consulta Previa 9

Tema 2 13

Normatividad internacional 13

Tema 3 32

Normatividad nacional y jurisprudencia constitucional del derecho a la consulta previa 32

Referencias **69**

Material de consulta **71**

Glosario **75**

Tipología

Conceptual: con este tipo de unidad se busca que el participante conozca e identifique la agrupación general de los principales momentos de la historia de la consulta previa, conozca su desarrollo y logre ubicar las fuentes de la consulta previa en el contexto internacional y los diferentes niveles de exigibilidad de dicha producción normativa. Así mismo, que esté en la capacidad de identificar cómo se ha dado el desarrollo normativo y jurisprudencial de la consulta previa en Colombia, a partir de las principales normas y referencias jurisprudenciales que le permitan comprender los principales conceptos relacionados con los desafíos actuales en la materia.

Objetivo de aprendizaje

Identificar el desarrollo histórico de la consulta previa a partir de un recorrido normativo internacional, sus fuentes, la normatividad nacional y los principales hitos jurisprudenciales, para ubicar y enfrentar los desafíos en materia de consulta previa en Colombia.

Justificación – resumen

La ratificación del Convenio 169 de la OIT mediante la Ley 21 del 3 de marzo de 1991 alcanzó 30 años en Colombia, a decir verdad, pareciera poco para considerarse la consulta previa como una institución jurídica, no obstante, el gran volumen de interacciones, decisiones administrativas y judiciales, implicaciones de orden social, político y económico que se han dado en torno a la misma, permiten inferir, sin asomo de duda, que la consulta previa sí es una "institución jurídica" que amerita su estudio, comprensión y una constante búsqueda para satisfacer su verdadero propósito.

En esta unidad temática vamos a realizar un recorrido histórico de la consulta previa para entender cómo surge en el derecho internacional, cómo entra a formar parte del ordenamiento jurídico colombiano y cómo se ha materializado a través de decisiones de carácter judicial.

Los desafíos en la materia son enormes y es por esta razón que las bases de su estudio son fundamentales. Vivimos en un país que de manera simultánea i) apuesta por el desarrollo a través de la inversión y el desarrollo de proyectos a partir de una estructura legal y administrativa que se lo permita y ii) afianza su reconocimiento, garantía y protección de las comunidades étnicas desde su carta política y desarrollo legal y material. Aunque estos dos aspectos no son y no deben ser contradictorios, sí suponen una posición de partida diferente frente a aquellas naciones que alcanzaron el desarrollo sin estar en medio de estas tensiones. A la realidad de hecho con la que contamos, debemos sumarle que los ordenamientos jurídicos nacionales, el derecho internacional y las iniciativas regulatorias o marcos de actuación voluntaria más relevantes, son dispersos, disímiles y en algunas oportunidades ocasionan incertidumbre.

Desarrollo temático

Escuela de Defensores de Derechos Humanos y Líderes Sociales
Ministerio del Interior
ESAP Escuela Superior de Administración Pública
Vigilada MinEducación

El futuro es de todos

Mininterior

Historia y normatividad internacional y nacional de la consulta previa.

Tema 1

Historia de la Consulta Previa

Escuela de Defensores de Derechos Humanos y Líderes Sociales
Ministerio del Interior

Escuela Superior de Administración Pública

La relación entre los pueblos indígenas o tribales (comunidades étnicas) y el Estado, se ha marcado por diferentes momentos que siguiendo el esquema planteado por Cerqueira (2015) podemos identificar como: identidad nacional homogénea, integracionista y visión pluralista. Este esquema se puede entender también desde la historia del constitucionalismo en América Latina a partir de las repúblicas independientes.

Identidad nacional homogénea – Transición Colonial – Comienzos siglo XIX

Este capítulo amerita toda un área de estudio independiente dadas las particularidades que se dieron en este período, por el tipo de comunidad (indígena o negra), y su ubicación geográfica (organizaciones indígenas que adoptaron esquemas de organización política coloniales como los cabildos en el sur de Colombia y a los que se les asignó territorio, o las comunidades que no adoptaron estructuras políticas homogéneas a las coloniales, como las comunidades palenqueras o las comunidades Wayuu en el norte de Colombia). No obstante, el propósito de ubicación histórica de este período lo podemos entender como de "búsqueda de identidad nacional homogénea" dada la consolidación de los procesos de independencia alcanzados en América Latina en la primera mitad del siglo XIX.

Este período abarca desde la consumación de la independencia de las nuevas naciones latinoamericanas, hasta la consolidación de sus regímenes republicanos, esto es, desde los años veinte hasta los años sesenta del siglo XIX. Es un período en el que establecida la emancipación de la monarquía española, se diseñó el nuevo sistema político, las principales instituciones y las nuevas estructuras partidistas de poder.

Integracionista (Perspectiva convenio 107 de 1957) – Constituciones sociales de la primera mitad del siglo XX

Este segundo período que se identifica en las constituciones de los Estados sociales latinoamericanos, se caracterizó por establecer una visión integracionista en donde se entendía que las culturas étnicas desaparecerían y se consideraba necesario establecer esquemas de incorporación de éstas al grupo poblacional que para ese momento ya era mayoritario.

Un "gobierno general", unas "leyes uniformes" para unas sociedades que se quieren reunidas y compactadas por las naciones y un "interés general" en el horizonte de la actividad política, eran lugares sumamente comunes en aquel momento.

Esta visión incluso hizo parte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el Convenio 107 de 1957, razón por la cual, ante la presión de grupos indígenas, el Consejo de Administración de la OIT convocó a una Comisión de Expertos en 1986 y ésta concluyó que el "enfoque integracionista del Convenio estaba obsoleto y que su aplicación era perjudicial en el mundo moderno". Luego, el Convenio fue revisado durante 1988 – 1989, y en 1989 se adoptó el Convenio 169. Desde la adopción de este último convenio, el Convenio 107 ya no quedó abierto para ratificación.

Un ejemplo de cómo esta visión se mantuvo durante casi todo el siglo XX la tenemos en Colombia con la Ley 89 de 1890 que se titulaba "por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada", que rigió el tema durante todo el siglo XX y sigue aún vigente. La Corte Constitucional declaró inconstitucionales algunos apartes, entre ellos, los artículos 1°, 5° y 40. [1]

1 Véase la sentencia T-139 de 1996, de la Corte Constitucional.

Visión pluralista y multicultural – A partir de la década de 1980

Superada la visión integracionista, se pasó a una visión de participación de las comunidades étnicas en las decisiones que los afectan; para decidir sobre su futuro. Estos aspectos quedaron consagrados en constituciones multiculturales y pluralistas con la fuerza a nivel internacional que se obtuvo con la aprobación del Convenio 169 de la OIT en 1989 y con la Declaración de la ONU de los Derechos de los Pueblos Indígenas en el año 2007.

El futuro es de todos

Mininterior

Tema 2

Normatividad internacional

Escuela de Defensores de Derechos Humanos y Líderes Sociales
Ministerio del Interior

Escuela Superior de Administración Pública

Fuentes del derecho internacional sobre la consulta previa (derecho duro, derecho emergente y derecho blando)

Para el desarrollo de este módulo se tendrá en cuenta la estructura planteada por la publicación: “La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional” de Rodríguez Garavito, César, Meghan Morris, Natalia Orduz y Paula Buriticá (2010) tomando como referencia consultas directas a las páginas del Sistema de Naciones Unidas.

Las fuentes están organizadas de acuerdo a la autoridad que la ha expedido y su nivel de exigibilidad. Iniciando tenemos aquellas de “derecho duro”, después las de “derecho emergente” (que tienen un carácter cada vez más vinculante pero no obligatorio) y al final las de “derecho blando”.

Tabla 1

Fuentes internacionales de la consulta previa

Fuente	Referencias	Grado de obligatoriedad
Sistema de Naciones Unidas	Convenio 169 de la OIT, los pronunciamientos de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Declaración de los Pueblos Indígenas) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), los pronunciamientos emitidos por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Comité de Derechos Humanos), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas y, por último, las recomendaciones del Foro Permanente para Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas (foro permanente).	Derecho duro (de obligatorio cumplimiento para quienes hayan ratificado los Instrumentos internacionales).
Derecho regional	Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de Estados Americanos.	Derecho emergente (que tienen un carácter cada vez más vinculante pero todavía no obligatorio)
Directrices de organismos multilaterales	Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo	Derecho blando (no son jurídicamente vinculantes para los Estados).

Fuente: elaboración propia

Sistema de Naciones Unidas – Derecho Duro

Convenio 107 de 1957 y 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (1989)

La OIT es la única agencia 'tripartita' de la ONU que reúne a gobiernos, empleadores y trabajadores de 187 Estados miembros a fin de establecer las normas del trabajo, formular políticas y elaborar programas promoviendo el trabajo decente de todos, mujeres y hombres.

La OIT fue creada en 1919 como parte del Tratado de Versalles que terminó con la Primera Guerra Mundial, y reflejó la convicción de que la justicia social es esencial para alcanzar una paz universal y permanente.

En 1921, la OIT analizó la situación de los "trabajadores aborígenes" en las colonias de países europeos alrededor del planeta. Los pueblos indígenas estaban sometidos a explotación laboral y necesitaban protección frente a las expulsiones de sus territorios ancestrales que los convertía en trabajadores migrantes, serviles o domésticos. Como parte de este reconocimiento se adoptó en 1930 el Convenio sobre Trabajo Forzoso de la OIT.

Más adelante, con la creación de Naciones Unidas en 1945, la OIT amplió su objeto de análisis de los "trabajadores aborígenes" e incluyó una perspectiva más amplia de asuntos relacionados con la protección de los pueblos indígenas y tribales. Fue así como la OIT y la ONU trabajaron en el Convenio 107 de 1957 sobre pueblos indígenas y tribales. El Convenio fue ratificado por 27 países, la mayoría de ellos en América, aunque también en el sur de África y Europa.

A medida que fue pasando el tiempo, se identificaron debilidades en el Convenio 107 de la OIT, en razón a que la visión y perspectivas de los pueblos indígenas estaban asociadas a una visión paternalista del Estado y este último era quien tomaba las decisiones relativas a su desarrollo.

Como lo narra Daniel Cerqueira (2015), en 1957 la OIT adoptó el Convenio 107 que consagraba de manera general algunos derechos de los pueblos indígenas sobre los territorios que habían habitado tradicionalmente, pero no tocaba el tema de la consulta a las comunidades como mecanismo de protección de esos derechos. El convenio comenzó a ser blanco de críticas por tender hacia la integración a la modernidad de los pueblos indígenas, a los cuales denominaba "poblaciones". Todo ello fue reconocido por una comisión de expertos convocada por el Consejo de Administración de la OIT en 1986.

El Convenio 107 es un instrumento amplio sobre el desarrollo, incluye los derechos a las tierras; contratación y condiciones laborales; formación profesional, artesanías e industrias rurales; seguridad social y salud; educación y medios de comunicación. No obstante, las disposiciones del Convenio 107 en materia de tierras, territorios y recursos, si bien proporcionaban una amplia cobertura de derechos de propiedad, aún no eran suficientes para la protección esperada (OIT, 2013).

En virtud de la revisión del mencionado convenio, en 1989 la OIT adoptó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, uno de los instrumentos más antiguos e importantes de protección a las comunidades indígenas. Este convenio es una herramienta jurídica vinculante para los veinte países que lo han ratificado desde entonces.

Los Estados Parte del Convenio 169 son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, Fiyi, Guatemala, Honduras, México, Nepal, Holanda, Noruega, Paraguay, Perú, España, Venezuela y Colombia.

Como se hacía en su predecesor, en el Convenio 169 se enuncian los derechos de los pueblos indígenas y tribales y los deberes de los Estados ratificantes frente a ello. En el Convenio 169 se parte del principio de que se han de respetar las culturas e instituciones de los pueblos indígenas y tribales y se da por supuesto su derecho a seguir existiendo en el seno de sus sociedades nacionales, a establecer sus propias instituciones y a determinar el rumbo de su propio desarrollo. En el Convenio 169 se exhorta también a los gobiernos a que consulten a los pueblos interesados acerca de las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente y se enuncia el derecho de estos pueblos a participar en la adopción de decisiones acerca de las políticas y los programas que les interesen.

Observaciones individuales de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR)

En 1926 se creó la Comisión de Expertos, con el fin de examinar el creciente número de memorias de los gobiernos sobre los convenios ratificados. Actualmente, está compuesta por 20 eminentes juristas, nombrados por el Consejo de Administración por períodos de tres años. Los expertos proceden de diferentes regiones geográficas y de diferentes sistemas jurídicos y culturas.

No obstante, las observaciones de la CEACR no son vinculantes, son indicadores del progreso de los Estados en la ejecución efectiva de sus compromisos bajo el convenio.

La Comisión de Expertos efectúa dos tipos de comentarios: observaciones y solicitudes directas. Las observaciones contienen comentarios sobre las cuestiones fundamentales planteadas por la aplicación de un determinado convenio por parte de un Estado. Estas observaciones se publican en el informe anual de la Comisión. Las solicitudes directas se relacionan con cuestiones más técnicas o con peticiones de mayor información. No se publican en el informe, sino que se comunican directamente a los gobiernos concernidos (OIT, 2021, párr.3).

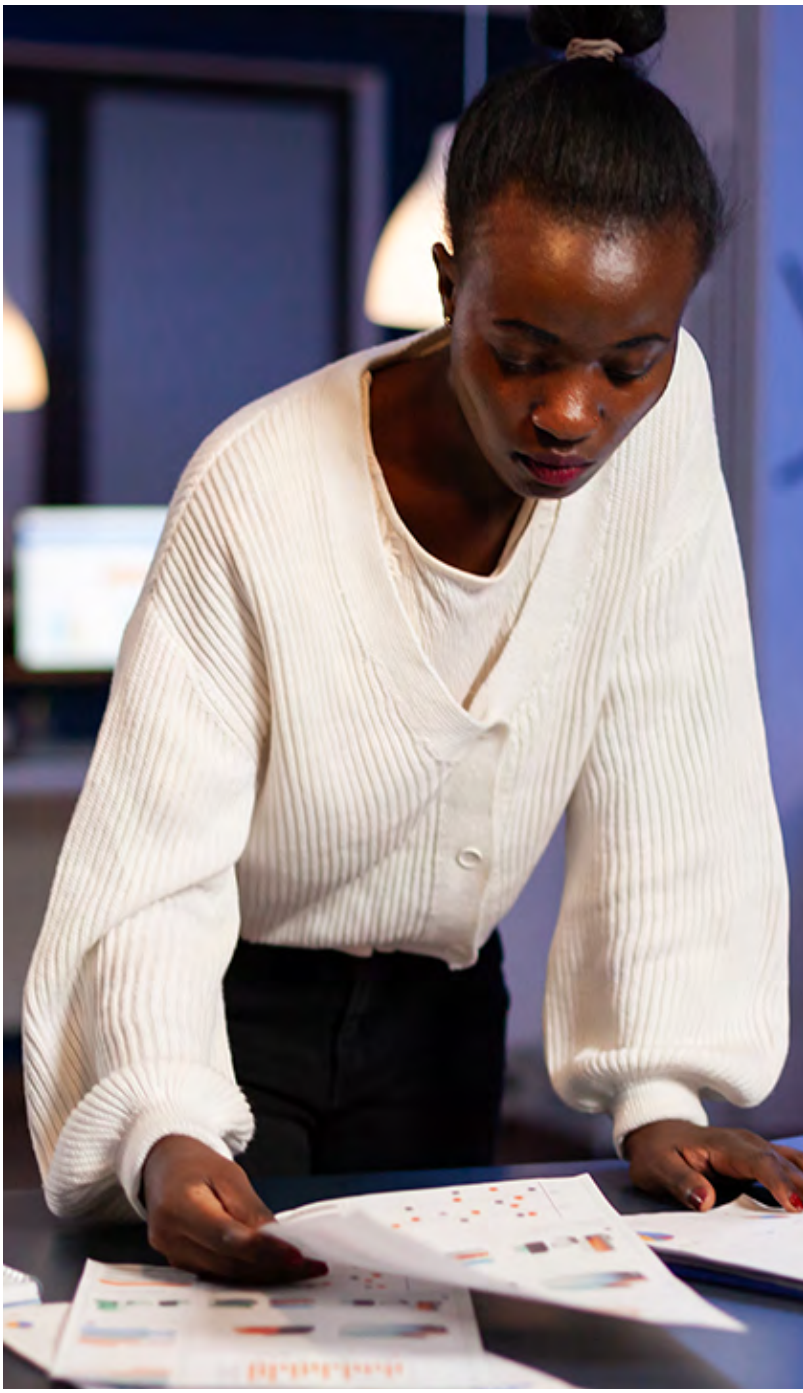


Figura 1

Procedimiento de reclamación artículo 24 y 25 de la Constitución de la OIT

Fuente: The Global Voice Of Business, (2017), p.2.

En la actualidad no existen plazos establecidos por el reglamento en relación con la creación de un comité tripartito o con el examen de la reclamación. Las reclamaciones en virtud del artículo 24 se resuelven normalmente en un plazo de 9 a 24 meses, desde el momento en que se determina que son admisibles hasta el momento en que el comité tripartito presenta su informe al Consejo de Administración.

Hasta ahora, se han hecho reclamaciones contra 71 de los 187 Estados miembros de la OIT. De esos 71 Estados miembros, 24 se han enfrentado a una sola reclamación y siete han sido objeto de 8 o más reclamaciones.

La Declaración fue aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

(Resolución 61/295). La abrumadora mayoría de los Estados (143) votaron a favor, mientras que cuatro Estados lo hicieron en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos de América). Hubo 11 abstenciones (Azerbaiyán, Bangladesh, Bhután, Burundi, Colombia, Georgia, Kenya, Nigeria, Federación de Rusia, Samoa y Ucrania). En enero de 2012, los cuatro países que inicialmente se habían opuesto a la Declaración, expresaron su apoyo a la misma.

Colombia inicialmente argumentó que su contenido era superfluo de cara a la amplia y detallada introducción de los asuntos que allí se consideraban en la Constitución Política de 1991. Colombia y Samoa también han revertido posteriormente su posición de abstención y han indicado su apoyo a la Declaración.[2]

La Declaración no es vinculante, pero corresponde a un compromiso político frente a la totalidad de Estados que hacen parte de ella en el marco de la Organización de Naciones Unidas.

En materia de consulta previa, es relevante la amplitud de países que lo han adoptado, porque orienta frente a la aplicabilidad del consentimiento libre, previo e informado y consulta por medidas legislativas y administrativas que afectan a comunidades étnicas.

2 Véase el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales Pueblos Indígenas, (2021). Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Recuperado de: https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/declaracion-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas.html

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

El Comité de Derechos Humanos es el órgano de expertos independientes, que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por parte de los Estados que lo han ratificado.

Todos los Estados Parte deben presentar ante el comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan los derechos. Inicialmente, los Estados deben presentar un informe un año después de su adhesión al Pacto y luego, siempre que el comité lo solicite (por lo general, cada cuatro años). El comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de "observaciones finales". (Naciones Unidas, 2021)

El comité se puede pronunciar mediante: a) observaciones generales cuando estima oportuno aclarar alguna de las disposiciones del PIDCP (art. 40.4, PIDCP); b) observaciones y recomendaciones a los países que son parte del PIDCP y que resultan de la revisión que el comité hace de los informes periódicos que los Estados Parte envían sobre su cumplimiento del PIDCP; y c) sentencias sobre casos individuales de violaciones de los derechos contenidos en el PIDCP. (Rodríguez et al., 2010).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (1966)

Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976. Aprobado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968.

El artículo 27 del PIDCP establece que "en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

En interpretación del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos ha reconocido el artículo 27 del documento, que protege los derechos individuales y culturales de las minorías, como una fuente de protección del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

Observación general 23 sobre el PIDCP (1994)

La observación general 23 del Comité de Derechos Humanos, adoptada en 1994, desarrolla el alcance del artículo 27 del PIDCP sobre los derechos de las personas pertenecientes a las minorías. El Comité observa que este artículo establece y reconoce un derecho que se confiere a las personas pertenecientes a grupos de minorías y que constituye un derecho separado, que se suma a los demás derechos de que pueden disfrutar esas personas, al igual que todas las demás, en virtud del Pacto.

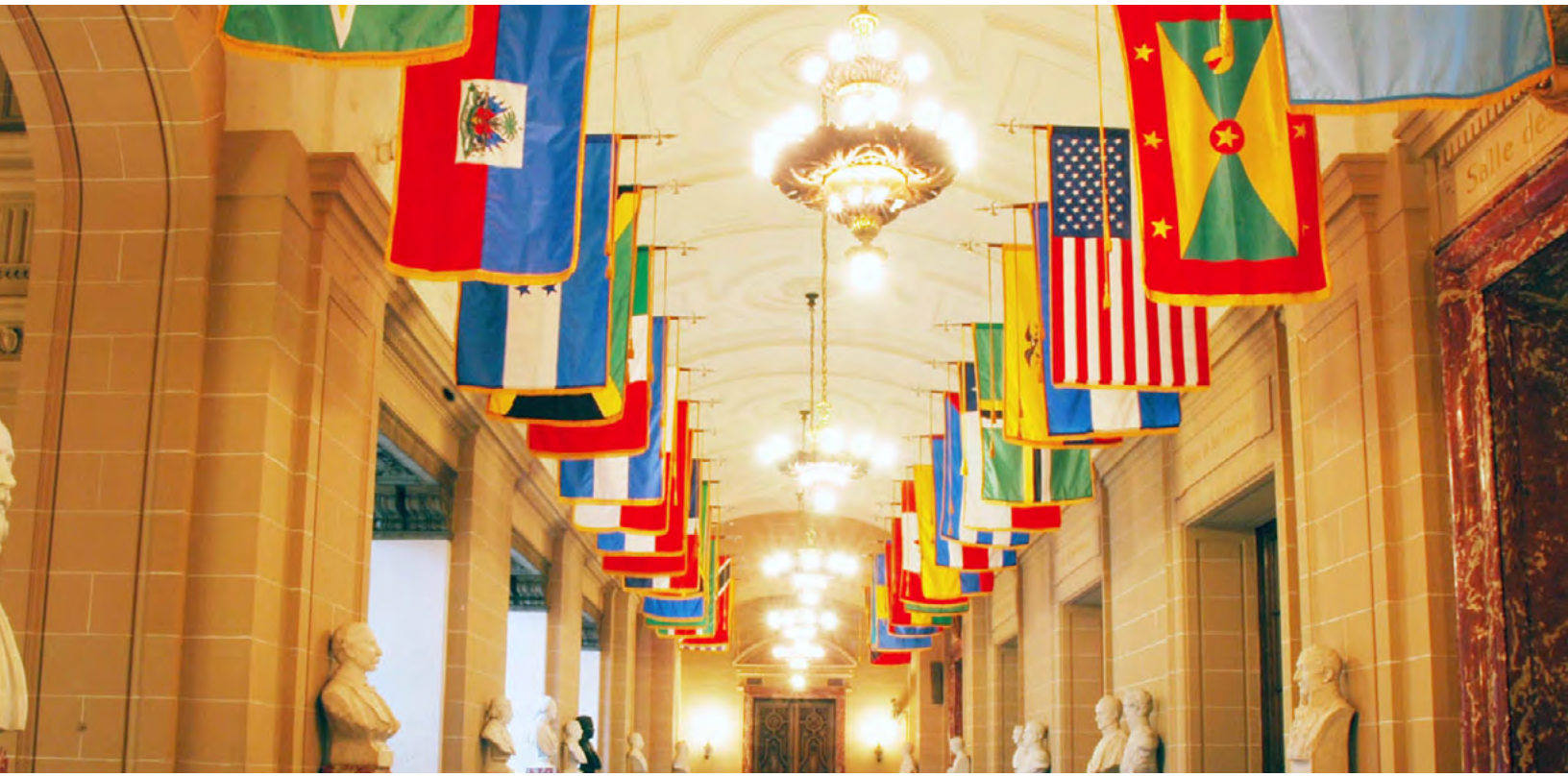
6.2. Aunque los derechos amparados por el artículo 27 sean derechos individuales, dichos derechos dependen a su vez de la capacidad del grupo minoritario para conservar su cultura, su idioma o su religión.

En consecuencia, puede ser también necesario que los Estados adopten medidas positivas para proteger la identidad de una minoría y los derechos de sus miembros a gozar de su cultura y su idioma perfeccionándolos y a practicar su religión, en común con los otros miembros del grupo. (Art. 6.2 de la observación general 23)

La observación busca profundizar en cómo la disposición del artículo 27 del PIDCP busca que los derechos de las minorías étnicas deben ser protegidos como tales, sin que se les confunda con otros derechos personales conferidos a todas y cada una de las personas con arreglo al Pacto.[3]

Como se hizo referencia en la tabla No. 1, también se podrán encontrar pronunciamiento de derecho duro en los pronunciamientos emitidos por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Comité de Derechos Humanos), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas y, por último, las recomendaciones del Foro Permanente.

[3] Para más información ir al siguiente enlace: https://www.catalogoderechoshumanos.com/observacion-general-23-pidcp/



Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La OEA

La Organización de los Estados Americanos es el organismo regional más antiguo del mundo, cuyo origen se remonta a la Primera Conferencia Internacional Americana, celebrada en Washington, D.C., de octubre de 1889 a abril de 1890. En esta reunión, se acordó crear la Unión Internacional de Repúblicas Americanas y se empezó a tejer una red de disposiciones e instituciones que llegaría a conocerse como "sistema interamericano", el más antiguo sistema institucional internacional.

La OEA fue creada en 1948, cuando se subscribió, en Bogotá, Colombia, la Carta de la OEA que entró en vigencia en diciembre de 1951. Posteriormente, la Carta fue enmendada por el Protocolo de Buenos Aires, suscrito en 1967, el cual entró en vigencia en febrero de 1970; por el Protocolo de Cartagena de Indias, suscrito en 1985, que entró en vigencia en noviembre de 1988; por el Protocolo de Managua, suscrito en 1993, que entró en vigencia en enero de 1996, y por el Protocolo de Washington, suscrito en 1992, que entró en vigor en septiembre de 1997.

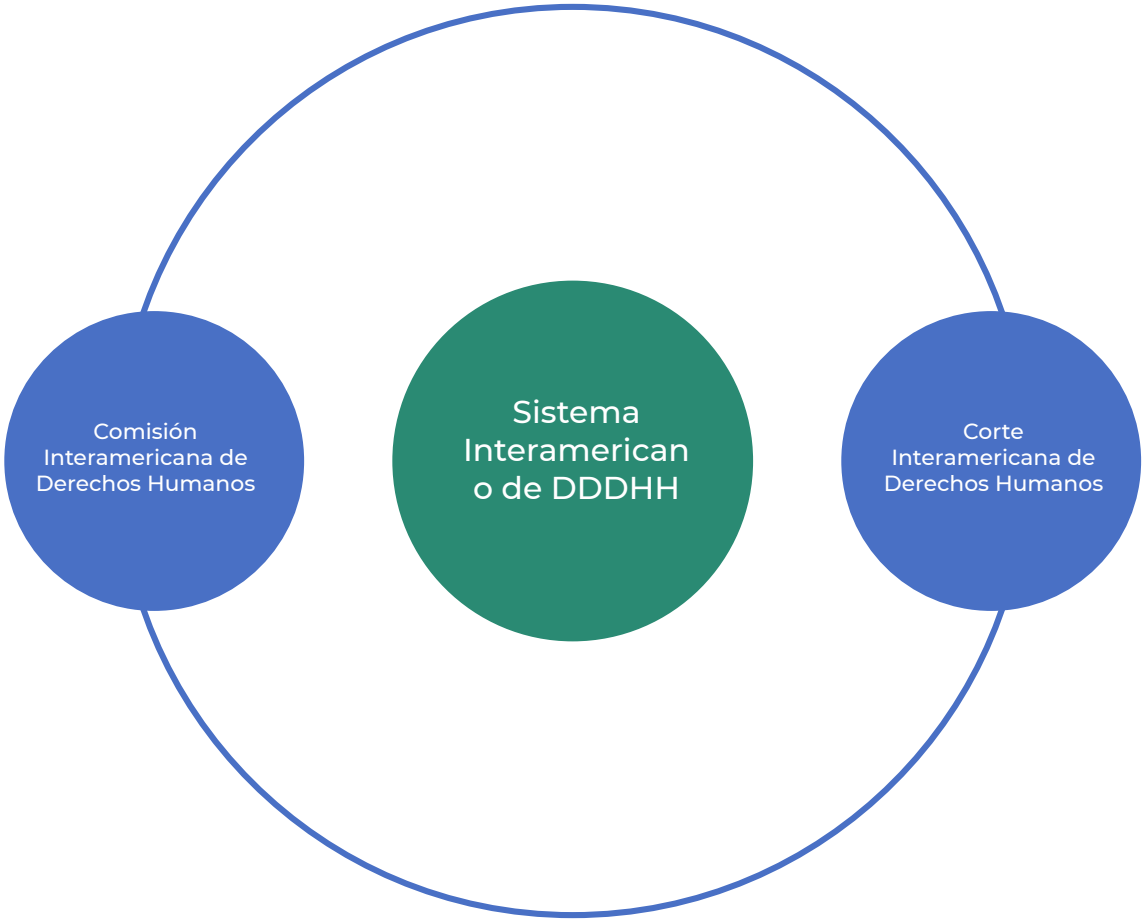
La Organización fue fundada con el objetivo de lograr en sus Estados Miembros, como lo estipula el Artículo 1 de la Carta, "un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia". (OEA, 2021, párr.1-3)

Los instrumentos más importantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos son la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los dos órganos centrales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos son: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[4] En la figura que se presenta a continuación, se puede observar gráficamente dicha relación:

[4] Colombia hace parte de la OEA, ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos y ha aceptado la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Figura 2

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y sus órganos centrales



Fuente: elaboración propia.

El Sistema Interamericano tiene la competencia para efectos de la protección de los derechos humanos y está conformado por: la Organización de Estados Americanos OEA, La Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH, y La Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos conoce de los casos y genera recomendaciones en materia de derechos humanos, mientras que la Corte Interamericana de Derechos Humanos conoce de casos y dicta sentencias y medidas cautelares que son de obligatorio cumplimiento por parte de los Estados miembro.

Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

En la Declaración Americana sobre los Derechos de los pueblos Indígenas, aprobada el 14 de junio de 2016 por la Organización de los Estados Americanos, se advirtió que los derechos de los pueblo indígenas constituyen un aspecto fundamental y de trascendencia histórica para las Américas, por su contribución al desarrollo, la pluralidad y la diversidad cultural de las sociedades, por tal razón, advirtió que se debía respetar sus derechos e identidad cultural “que se derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos”(Ministerio del interior y la Corte Constitucional de la República de Colombia, 2020, p.55)

Estándares de organismos financieros multilaterales

Los organismos financieros multilaterales, como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, han establecido políticas y estándares de cumplimiento ambiental y relaciones con minorías como condición para préstamos de recursos en países en desarrollo.

Ello tiene dos efectos prácticos: el primero, que condicionan los préstamos y las tasas de interés dependiendo de los niveles de cumplimiento y el segundo, que sirven como esquemas de autoevaluación o referencia. A continuación presentaremos algunos de ellos:

Tabla 2

Organismos financieros multilaterales y sus condiciones de aprobación.

Banco Mundial	La política operacional OP 4.01 (2005). Respuesta al informe final de la reseña de las industrias extractivas (2004). Manual de prácticas recomendadas para las empresas que hacen negocios en mercados emergentes (Corporación Financiera Internacional). Principios de Ecuador (2013).
Banco Interamericano de Desarrollo (BID)	Estrategias y procedimientos para temas socioculturales en relación con el medio ambiente (1990). Política operativa sectorial sobre el reasentamiento involuntario (1998). Política operativa sobre pueblos indígenas (2006).

Fuente: elaboración propia

Tema 3

Normatividad nacional y jurisprudencia constitucional del derecho a la consulta previa

Escuela de Defensores de Derechos Humanos y Líderes Sociales
Ministerio del Interior

ESAP
Escuela Superior de Administración Pública

Marco legal para la aplicación de la consulta previa

Pese a la necesidad que supone para todos los actores intervinientes y para el país en general, la existencia de reglamentación en Colombia de la consulta previa, hoy 30 años después de su adopción mediante la Ley 21 de 1991, no se cuenta aún con la misma. La sentencia T-129 de 2011 frente a la materia dispuso en su parte resolutiva lo siguiente:

(...) la Sala encuentra necesario y urgente que se consolide a nivel normativo y real los derechos de las comunidades étnicas del país por las problemáticas referidas de tiempo atrás; en virtud de ello la Corte exhortará al Congreso y a la Presidencia de la República para que, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, regulen y a través de sus organismos competentes materialicen el derecho fundamental a la consulta previa y el consentimiento, libre, previo e informado de los grupos étnicos que hacen parte de la Nación. (nro. 9.8.4)

A continuación, realizaremos un recorrido por la normatividad principal relacionada con consulta previa en Colombia.

Constitución Política de Colombia

La Constitución Política establece amplias garantías para que las comunidades étnicamente diferenciadas puedan gozar de autonomía en la adopción de sus decisiones y en la preservación de su cosmovisión. A continuación, identificamos las disposiciones de orden superior que establecen obligaciones específicas respecto de los pueblos étnicamente diferenciados.

Artículo 1: Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Artículo 2: Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Artículo 7: El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

Artículo 8: Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.

Artículo 10: El castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe.

Artículo 13: Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Artículo 63: Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Artículo 70: El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional. La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación.

Artículo 246: Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Artículo 329: La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable. La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte.

Artículo 330: De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades.

Ley 21 de 1991

Ley por medio de la cual se aprueba el Convenio 169 de la OIT, denominado “Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”.

Ley 70 de 1993

Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política, el cual ordena al Congreso de la República, la expedición de una ley que entre otros aspectos, reconozca a las comunidades negras que venían ocupando tierras baldías en zonas rurales ribereñas.

Artículo transitorio 55. Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley. En la comisión especial de que trata el inciso anterior tendrán participación en cada caso representantes elegidos por las comunidades involucradas. La propiedad así reconocida sólo será enajenable en los términos que señale la ley. La misma ley establecerá mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social.

En 1993 se promulgó la Ley 70, la cual hace un reconocimiento de las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción y el derecho a la propiedad colectiva. En esta ley se define el procedimiento y las condiciones que deben acreditarse para que se titulen las tierras tradicionalmente ocupadas por las comunidades negras. Esta norma también tiene como propósito:

(...) establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico, y el fomento de su desarrollo económico y social, con el fin de garantizar que estas comunidades obtengan condiciones reales de igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad colombiana. (Art. 1°, Ley 70 de 1993)

Por último, esta ley reconoce la participación de las comunidades negras en el diseño, ejecución y coordinación de los planes, programas y proyectos de desarrollo económico y social que los comprometan como una medida necesaria para respetar las particularidades de las necesidades, las prácticas culturales y su concepción del desarrollo.

Ley 99 de 1993

Crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental (SINA) y se dictan otras disposiciones.

Esta ley cuenta con un título dispuesto para los modos y procedimientos de participación ciudadana y concretamente, frente a la consulta previa dispone lo siguiente:

Artículo 76. De las Comunidades Indígenas y Negras. La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades.

Ley 2164 de 1994

Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional.

Para los fines del Decreto, trae un conjunto de definiciones respecto de territorios indígenas, comunidad o parcialidad indígena, reserva indígena, autoridad tradicional y cabildo indígena.

Se establece el procedimiento para constituir, reestructurar, ampliar y sanear resguardos indígenas. Además, se define la naturaleza jurídica de los resguardos indígenas, su manejo y administración, disponiéndose que los resguardos indígenas son propiedad colectiva de las comunidades indígenas que de acuerdo con la Constitución Política de 1991 tienen el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables.

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

Los integrantes de la comunidad indígena del resguardo, no podrán enajenar a cualquier título, arrendar por cuenta propia o hipotecar los terrenos que constituyen el resguardo.

Decreto 1320 de 1998

El Decreto 1320 de 1998 reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio.

Mediante la sentencia T-652 de 1998 la Corte ordenó “a los Ministerios del Interior y del Medio Ambiente que inapliquen el Decreto 1320 de 1998 en este proceso de consulta, pues resulta a todas luces contrario a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991” (numeral 4 del resuelve).

Esta misma Corporación mediante las sentencias T-737 de 2005 y T-880 de 2006, indicó que el Decreto 1320 resultaba contrario a la Constitución en la medida en que no era coherente con los estándares fijados en el Convenio 169 de la OIT y además se había omitido la consulta previa a las comunidades antes de su adopción. En estos fallos se advirtió por la Corte que el Consejo de Administración de la OIT, en su 282ª reunión, atendiendo el informe del director general de la Organización, recomendó al gobierno nacional modificar el Decreto 1320 de 1998 "para ponerlo en conformidad con el espíritu del Convenio en consulta y con la participación de los representantes de los pueblos indígenas y tribales [...]" (numeral 5.1.3.).

A pesar de los pronunciamientos descritos, el Decreto 1320 de 1998 aunque en estricto sentido es inaplicado, sigue haciendo parte del ordenamiento jurídico porque no se ha declarado su nulidad por inconstitucionalidad dentro un proceso de acción pública de inconstitucionalidad, que como veremos más adelante, es junto a la tutela uno de los mecanismos para la protección del derecho fundamental a la consulta previa con ocasión de la expedición de medidas legislativas.

Una de las disposiciones más relevantes del Decreto 1320 de 1998 corresponde a que el responsable del proyecto, obra o actividad que deba realizar consulta previa, elaborará los estudios ambientales con la participación de los representantes de las comunidades indígenas o negras.

Directiva presidencial 01 de 2010

Con el propósito de dar cumplimiento a la Constitución Política, los compromisos internacionales adquiridos por Colombia en esta materia y la ley, la Directiva reseña los mecanismos para la aplicación de la Ley 21 de 1991, señala las acciones que requieren la garantía del derecho a la consulta previa y establece los mecanismos mediante los cuales procede el proceso de consulta previa. La Directiva trae consigo un listado de las acciones que requieren la garantía del derecho a la consulta previa y las que no.

En línea con lo establecido por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) en 2010 y publicada en 2011, se menciona en la Directiva que si bien es cierto que la realización del proceso de consulta previa en los casos previstos en los acuerdos internacionales es obligatoria, los grupos étnicos nacionales, en ejercicio de este derecho fundamental, no pueden vetar el desarrollo de proyectos.

También menciona la Directiva que la responsabilidad para llevar a cabo procesos de consulta previa es compartida entre los representantes de los proyectos y el Ministerio del Interior y de Justicia. El Ministerio es responsable de la forma en que se desarrolla el proceso en cada caso particular y los representantes de cada uno de los proyectos son responsables de participar activamente durante el proceso de consulta previa y de proporcionar los recursos necesarios para cada proceso en particular.

Ley 1437 de 2011

Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Las normas de esta primera parte tienen como finalidad proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares.

En esta primera parte de la Ley, se dispone que cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa para la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar.

Directiva presidencial 010 de 2013

El Ministerio del Interior a través de la entonces Dirección de Consulta Previa (hoy Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa), adoptó una "Guía para la realización de Consulta Previa con Comunidades Étnicas" en procesos de consulta previa, adelantadas para el desarrollo de proyectos, obras o actividades en áreas en donde se registre presencia de comunidades étnicas.

La Directiva recogió la jurisprudencia de la Corte Constitucional e identificó que las etapas del proceso de consulta previa son: certificación de la presencia de comunidades; coordinación y preparación; preconsulta; consulta previa y seguimiento de acuerdos.

Para cada una de ellas se establecen los objetivos que se deben alcanzar, así como los deberes que deben ser observados por las partes: se presentan ejemplos, diagramas y se describen situaciones que se pueden presentar durante el desarrollo de la consulta previa; se establece la forma como se debe presentar la información para que las comunidades puedan analizarla y responderla; se resalta que las medidas de manejo que se propongan deben prevenir, corregir, mitigar o compensar los impactos; y se tiene una aproximación a la aplicación de la figura del test de proporcionalidad en materia de consulta previa, asociada a la renuencia de la comunidad en la etapa de preparación y coordinación.

Decreto 2613 de 2013

Por el cual se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la Consulta Previa como mecanismo de coordinación entre las entidades públicas, destinado a facilitar el enlace de las responsabilidades correspondientes y a compartir criterios e información actualizada que sirvan de soporte para la expedición de las certificaciones de presencia de comunidades étnicas y para el desarrollo mismo de la consulta previa.

Antes de este mecanismo, el interesado en la ejecución de un proyecto, obra o actividad, para alcanzar una certificación de presencia o no de comunidades étnicas (hoy determinación de procedencia y oportunidad de consulta previa), debía acudir tanto a la entonces Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior como al El Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER (hoy Agencia Nacional de Tierras).

Con la expedición del protocolo se estableció que la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior (hoy Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa) ejercerá la competencia exclusiva de certificación de presencia de comunidades étnicas para efectos de celebración de consultas previas.

Se establecen disposiciones adicionales en relación con la posibilidad de realizar una reunión de coordinación entre las distintas entidades públicas y organizaciones involucradas, con el fin de determinar el plan de trabajo y de optimizar los recursos para la realización de la consulta y el deber de participación de las autoridades ambientales en las reuniones de identificación de impactos y medidas de manejo.

Decreto 2041 de 2014 (hoy compilado en el Decreto 1076 de 2015)

El Decreto 1076 de 2015 corresponde a la compilación del sector ambiental, que en cuanto a consulta previa se mantienen las disposiciones del Decreto 2041 de 2014 y sus correspondientes actualizaciones.

De manera general se dispone frente a la participación de las comunidades, que se deberá informar a las comunidades el alcance del proyecto, con énfasis en los impactos y las medidas de manejo de propuestas y valorar e incorporar en el estudio de impacto ambiental, cuando se consideren pertinentes, los aportes recibidos durante este proceso.

En los casos en que se requiera, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, en materia de consulta previa con comunidades indígenas y negras tradicionales, de conformidad con lo dispuesto en las normas que regulen la materia.

Es un requisito dentro del proceso de licenciamiento presentar la determinación de procedencia y oportunidad de consulta previa, de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones relacionadas con el Protocolo de Coordinación interinstitucional para la Consulta Previa. Además, la autoridad ambiental puede solicitar la actualización de este acto administrativo dentro del proceso de evaluación

El interesado en el trámite de solicitud de licencia ambiental deberá aportar todos los documentos exigidos en el Decreto 1076 de 2015 y demás normas vigentes, incluida la protocolización de la consulta previa cuando ella proceda.

Decreto 2353 de 2019

En cumplimiento a lo ordenado por la Corte Constitucional mediante la sentencia SU-123 de 2018, el gobierno nacional expidió el Decreto 2353 del 26 de diciembre de 2019 con el cual modificó la estructura del Ministerio del Interior, creando entre otras dependencias, la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa y dentro de ésta la Subdirección Técnica de Consulta Previa, la Subdirección de Gestión de Consulta Previa y la Subdirección Corporativa, estableciendo sus funciones y competencias.

Además de cumplir con la exhortación de la Corte Constitucional, dicho diseño tenía como propósito articularse con las disposiciones de la tasa por la realización de la consulta previa que hizo parte de la Ley 1955 de 2019, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”. No obstante, la Corte Constitucional, con ponencia de la magistrada Diana Fajardo Rivera, declaró inconstitucional la disposición que establecía la tasa que debía ser pagada al Ministerio del Interior (Fondo de la Dirección de Consulta Previa) por los servicios de coordinación para la realización de la consulta previa y por el uso y acceso a la información sobre presencia de comunidades.

El tributo que se establecía en la Ley 1955 de 2019, debía ser pagado por los responsables de planes o proyectos con capacidad de generar afectaciones directas a las comunidades étnicas. Disposición que al ser analizada en cuanto a su inconstitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, se determinó en la Sala Plena Virtual que en cuanto al artículo 161 de la Ley, no existía relación alguna entre el cobro de la tasa creada y el contenido de otras normas sustanciales previstas en el Plan Nacional de Desarrollo, con lo cual no se cumplía con el principio de unidad de materia.

La Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa tiene dentro de sus funciones:

- Liderar, dirigir y coordinar el ejercicio del derecho a la consulta previa mediante procedimientos adecuados.
- Establecer las directrices, metodologías, protocolos y herramientas para realizar los procesos de consulta previa.
- Dirigir la consolidación, actualización y custodia de la información sobre los procesos de consulta previa.
- Fijar los lineamientos para el seguimiento de los acuerdos alcanzados en los procesos de consulta previa, según los plazos y condiciones acordados e informar sobre el cumplimiento a las autoridades competentes.
- Dirigir y promover estudios de impacto económico de los proyectos sobre las comunidades étnicas, el costo de oportunidad de su no realización, la cuantificación de las afectaciones directas y de las medidas acordadas, así como llevar las estadísticas pertinentes sobre las compensaciones e intervenciones que se tasen e implementen.
- Expedir los actos administrativos mediante los cuales se da por concluido el procedimiento de consulta previa.
- Resolver en segunda instancia los recursos que se interpongan contra los actos administrativos proferidos por las Subdirecciones.
- Definir la ruta metodológica y el término de duración de la consulta previa, en los casos en que las partes no logren un acuerdo sobre los mismos.

La procedencia y oportunidad de la consulta previa para la adopción de medidas administrativas y legislativas y la ejecución de los proyectos, obras o actividades, le corresponde a la Subdirección Técnica de la Consulta Previa y el acompañamiento y coordinación de los procesos de consulta a la Subdirección de Gestión.

Directiva presidencial 8 de 2020

La Directiva 8 de 2020, complementa la Directa 10 de 2013, en cuanto que sustituye la etapa 1 "Certificación sobre la presencia de comunidades étnicas, que hace necesaria la consulta previa" pasa a ser "determinación de procedencia de consulta previa".

Adiciona la etapa 3 "Preconsulta", elementos como término para realizar la primera convocatoria a reunión de preconsulta y establece que cuando haya acuerdo parcial sobre los elementos de la ruta metodológica, la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa (DANCP) y la Subdirección de Gestión de Consulta Previa, fijarán los elementos faltantes.

También realiza adiciones en la Etapa 4 "Consulta previa" relacionadas con los términos para las convocatorias a reuniones y especialmente con los casos de aplicación del test de proporcionalidad.

Se dispone que el test tiene como propósito determinar las medidas de manejo para prevenir, corregir o mitigar las afectaciones directas. El término máximo de duración del test de proporcionalidad será de 3 meses.

Las medidas que se establezcan en aplicación del test de proporcionalidad deberán estar desprovistas de arbitrariedad, fundamentadas en criterios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad, y tomarán en consideración las posiciones expresadas por la comunidad étnica y por la entidad promotora o el ejecutor del Plan Operativo Anual (POA). El test de proporcionalidad es la continuidad del proceso de consulta previa en la etapa en la que haya quedado para garantizar por medio de las instituciones que se convocan, las garantías de las comunidades con quienes no hubo acuerdo, se materializó su inasistencia y/o no hayan podido solucionar un conflicto interno.

Frente a la etapa 5 "Seguimiento de acuerdos" adiciona o aclara que frente a las medidas de carácter ambiental, el seguimiento le corresponderá a la autoridad ambiental competente.

Protección judicial del derecho a la consulta previa

A lo largo del desarrollo jurisprudencial se han establecido una serie de reglas que deben tenerse en cuenta para lograr la protección del derecho a la consulta previa por la vía judicial.

Estas reglas no son otra cosa que el desarrollo de los preceptos contenidos en el Decreto con fuerza de ley 2591 del 19 de noviembre de 1991, norma que creó la herramienta judicial, según los expertos, más innovadora, accesible y contundente de la historia colombiana: la acción de tutela.

Para el desarrollo de este módulo se tendrá en cuenta la estructura planteada por la reciente publicación del Ministerio del Interior: "Evolución Jurisprudencial de la Consulta Previa y su aplicación práctica en Colombia" y se expondrán los requisitos más relevantes que han sido desarrollados, vía jurisprudencial por el Tribunal Constitucional, entre los cuales se encuentran: la legitimación en la causa, la inmediatez, y la subsidiariedad; y se analizarán además, los aspectos relacionados con el trámite de cumplimiento de los fallos de tutela y el incidente de desacato.

La acción de tutela para la protección del derecho fundamental a la consulta previa

Legitimación en la causa

La norma y la jurisprudencia han establecido que la acción de tutela puede ser ejercida en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa o ser ejercida por la Defensoría del Pueblo y los personeros municipales.

Subsidiariedad

El principio de subsidiariedad implica que la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En este orden de ideas, el interesado debe agotar los medios ordinarios de defensa cuando estos sean oportunos y eficaces, de modo que asegure una adecuada protección de sus derechos, excluyendo la posibilidad de usar el recurso de amparo como primera opción ya que resulta improcedente. La acción de tutela es improcedente cuando el sistema normativo establece otros mecanismos para la protección de los derechos, salvo que, como se indicó, este amparo sea agotado de manera transitoria, cuando los medios de defensa existentes en el ordenamiento no son eficaces para evitar un perjuicio irremediable.

La Corte Constitucional ha sostenido que admite excepciones, especialmente cuando se trata de la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de comunidades indígenas y tribales, por ser sujetos de especial protección constitucional con patrones históricos de discriminación y "cuyos derechos inciden en la satisfacción de los fines esenciales del Estado" (Corte Constitucional, sentencia SU-217 de 2017).

Inmediatez

El principio de inmediatez es entendido como un requisito de procedibilidad de la tutela, el cual condiciona la presentación del amparo a un tiempo razonable desde la ocurrencia de la supuesta vulneración de los derechos fundamentales. Pues si bien es cierto que ésta se puede incoar en cualquier momento, no lo es menos que debe haber una actuación eficaz por parte del demandante.

Cumplimiento de los fallos de tutela

Una vez dictadas las órdenes dentro de un proceso de tutela, las mismas deben ser cumplidas en los términos establecidos por el juez constitucional. Si se vence el término otorgado, la parte accionante podrá solicitar al juez de primera instancia el cumplimiento de la sentencia o la apertura de un incidente de desacato.

El trámite de verificación de cumplimiento se inicia ante el juez que emitió la sentencia de primera instancia que mantiene la competencia hasta que el derecho esté restablecido o cese su amenaza. Excepcionalmente la Corte Constitucional en sede de revisión se ha reservado la competencia respecto del cumplimiento de las órdenes que emita[5].

5 Corte Constitucional de la República de Colombia, auto A-122 de 2011, Sala de revisión de tutelas número cuatro, Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; sentencia T 462A de 2014, sala número siete de revisión de tutelas, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y sentencia T-576 de 2014, Sala de revisión de tutelas número nueve, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Desacato

El segundo y último mecanismo para lograr el cumplimiento de las órdenes impartidas en los fallos de tutela, se encuentra en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, que contempla la posibilidad a petición de la parte accionante, de promover un incidente de desacato en contra de la persona que incumpla la decisión proferida por un juez constitucional.

El juez de primera instancia, que como ya se ha dicho, es responsable de su cumplimiento, podrá en el ejercicio de su poder disciplinario, imponer a esa persona una multa de hasta de 20 salarios mínimos mensuales y el arresto hasta de 6 meses. Si bien estamos frente a una potestad sancionatoria, el objetivo es el cumplimiento del fallo de tutela.

Se debe advertir que para imponer la sanción, se debe demostrar la responsabilidad subjetiva de la persona que no cumplió el fallo, por lo tanto, se debe probar la culpabilidad del sujeto que debe dar cumplimiento a la sentencia, es decir, si este se debe a una conducta dolosa o culposa.

Principales diferencias entre el trámite de cumplimiento y el incidente de desacato[6]

Si bien el trámite de cumplimiento y el incidente de desacato buscan asegurar que la salvaguarda del derecho fundamental protegido se materialice, la jurisprudencia constitucional ha determinado los aspectos que permiten diferenciar estas figuras:

6 Véase la Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia T-652 de 2010, Sala de revisión de tutelas número cinco, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio.

Obligatoriedad: El cumplimiento es oficioso y obligatorio por el compromiso que adquiere el juez constitucional respecto del pronto y pleno cumplimiento de su decisión, tras proferir un fallo estimatorio. El desacato, en cambio es secundario, lo que supone que el juez deba acudir a él subsidiariamente, cuando, en los términos de la situación específica de que se trate, las medidas adoptadas en ejercicio de la verificación del cumplimiento no hayan sido suficientes para hacer cumplir la orden de protección de los derechos fundamentales.

Naturaleza de la responsabilidad exigida: La responsabilidad del cumplimiento es objetiva. A su vez, la responsabilidad exigida para imponer una sanción por desacato es subjetiva, lo cual implica demostrar la negligencia de la autoridad o del particular concernido, esto es, que entre su comportamiento y el incumplimiento del fallo existe un nexo causal sustentado en la culpa o en el dolo.

Función del encargado de impulsarlas: Ambas figuras se diferencian en función de la persona que está a cargo de impulsarlas, pues, mientras el desacato se inicia a petición del interesado, el cumplimiento debe iniciarse de oficio cuando el interesado o el Ministerio Público lo soliciten.

Siguiendo lo dispuesto por la sentencia C-376 de 2014 y la publicación del documento titulado como “Evolución Jurisprudencial de la Consulta Previa y su aplicación práctica en Colombia”, pasamos a presentar un esquema sobre las diferencias entre el trámite de cumplimiento y el incidente de desacato:

Tabla 3

Diferencias entre el trámite de cumplimiento y el incidente de desacato

Trámite de cumplimiento	Desacato
Es obligatorio, hace parte de la garantía constitucional.	Es incidental, se trata de un instrumento disciplinario de creación legal.
Se exige la responsabilidad objetiva.	Se exige una responsabilidad subjetiva.
Es a petición de parte o del Ministerio Público. También puede ser adelantado de oficio por parte del juez.	Es a petición de la parte interesada.
La competencia y las circunstancias para el cumplimiento de la sentencia se basan en los artículos 27 y 23 del Decreto 2591 de 1991.	La base legal del desacato está en los artículos 52 y 27 del Decreto 2591 de 1991.
No es prerrequisito para iniciar el incidente de desacato.	No es la vía para el cumplimiento, pero puede ocurrir que a través del trámite de desacato, se logre este objetivo.

Fuente: Ministerio del Interior y la Corte Constitucional de la República de Colombia (2020, p. 176).

La acción pública de inconstitucionalidad para la protección del derecho fundamental a la consulta previa con ocasión de la expedición de medidas legislativas

La acción pública de inconstitucionalidad es el mecanismo por excelencia para que las comunidades étnicas demanden la protección de su derecho fundamental a la consulta previa, por las afectaciones generadas por la adopción de medidas legislativas[7].

Por regla general, la acción de tutela es improcedente frente a posibles vulneraciones de medidas legislativas. Excepcionalmente procede la acción de tutela cuando las comunidades accionantes se encuentren ante un peligro inminente por la aplicación inmediata de la ley acusada, la cual no haya sido objeto de consulta previa, con el propósito de evitar que se ocasione un perjuicio irremediable. Sólo en una oportunidad se ha dado esta excepción y correspondió a la sentencia T-213 de 2016, en la cual se declaró procedente el mecanismo de acción de tutela (independientemente que se haya negado el amparo). Es requisito que en dicho caso no se busque demandar su inconstitucionalidad, sino que se pretenda dejar sin efecto la aplicación de la medida legislativa en un caso particular.

7 Las consultas previas de medidas administrativas y legislativas de orden nacional son lideradas por las Direcciones de Comunidades Negras, Afrodescendientes, Raizales y Palenqueras y por la Dirección de Asuntos Indígenas, rrom y minorías del Ministerio del Interior.

Las órdenes que puede llegar a adoptar el juez constitucional para el amparo del derecho fundamental a la consulta previa, dependen de la etapa en la que se encuentre el proyecto:

- Si aún no ha iniciado, el proceso consultivo se deberá adelantar inmediatamente.
- En el evento en que se haya empezado a ejecutar, el juez deberá ordenar la suspensión de las actividades e indicar que se debe adelantar la consulta previa y, hasta tanto no se lleve a cabo este procedimiento, no se podrá reanudar la obra.
- En el caso que haya finalizado, el juez ordenará la realización del proceso consultivo, con el objetivo de reparar, recompensar y restaurar la afectación ocasionada a estas comunidades.

Sentencias hito sobre consulta previa

Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia SU-039 de 1997, sala plena, magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell

El planteamiento central de la sentencia se resume en el siguiente aparte:

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que como se ha visto antes configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Y precisamente, para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la referida integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, en los términos del art. 40, numeral 2 de la Constitución, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. (Subrayado fuera del texto) (numeral 3.2)

Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia T-129 de 2011, sala de revisión de tutelas número cinco, magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio

Caso en el que se estudió la presunta violación al derecho a la consulta de la comunidad de Pescadito y el resguardo de Chidima–Tolo, previa la implantación de diversas medidas de desarrollo, como la construcción de una carretera y el proyecto de conexión eléctrica entre Colombia y Panamá.

En esta sentencia, la Corte reguló la exigencia del consentimiento libre, previo e informado, estableciendo que debe ser el objetivo de cualquier proceso de consulta previa y que se requiere siempre que sea la opción menos lesiva para garantizar la pervivencia de los grupos étnicos ante cualquier medida o proyecto que pueda afectarlos gravemente.

La sentencia estableció las reglas que deben observarse para adelantar un proceso de consulta previa:

- La consulta previa es un derecho de naturaleza fundamental y los procesos de consulta previa de comunidades étnicas se desarrollarán conforme a este criterio orientador tanto en su proyección como implementación.
- No se admiten posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias.
- No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa, es decir, asimilar la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines.
- Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos.

- Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo.

- Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso preconsultivo y/o post consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es decir, la participación ha de entenderse no sólo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.

- Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas, propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas.

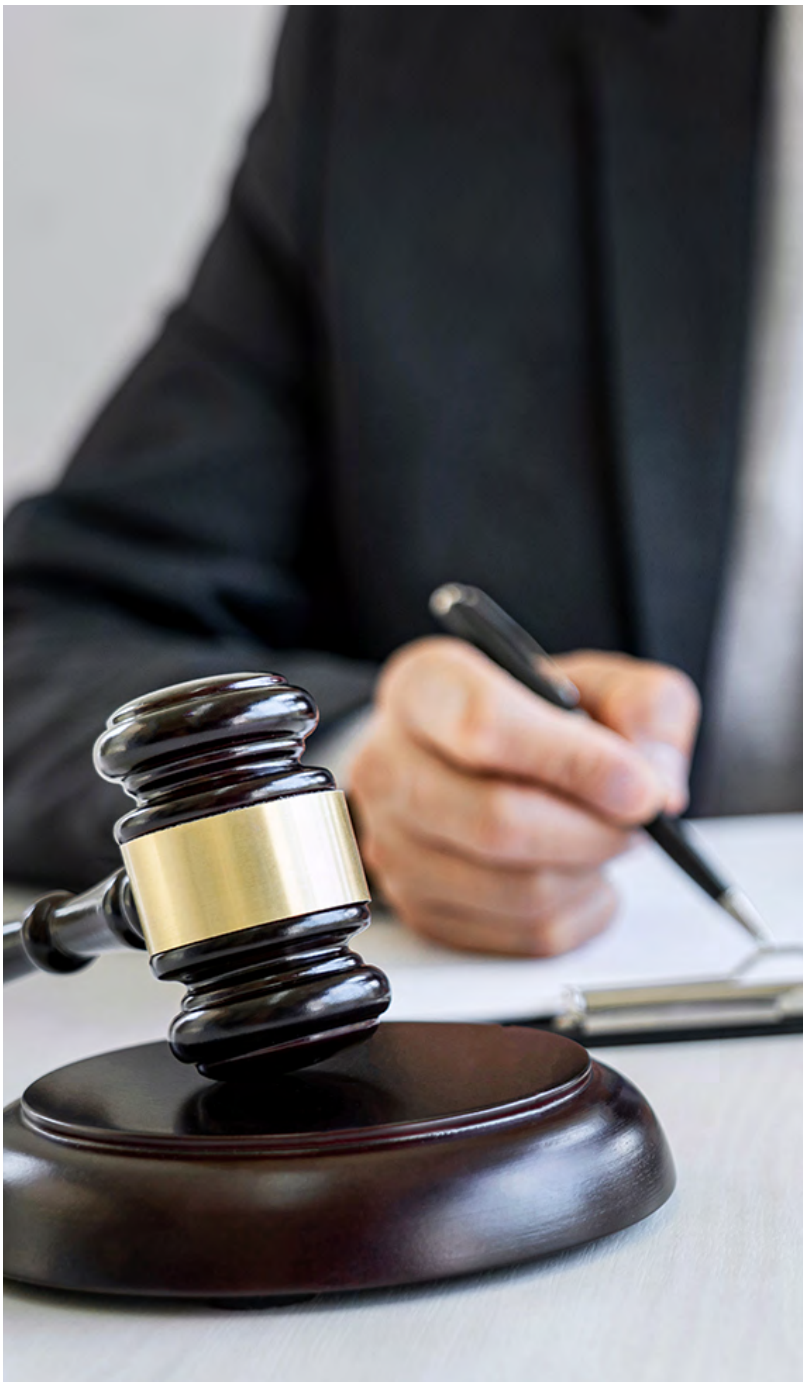
- Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: (a) implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; (b) esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (c) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma.

- En todo caso, en el evento en que se exploren las alternativas menos lesivas para las comunidades étnicas y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine.

- Es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir las licencias sin la verificación de la consulta previa y de la aprobación de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no poder dar inicio a ningún tipo de obra o en aquellas que se estén ejecutando, ordenar su suspensión.

- Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.

- Es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento. Incluso de la posibilidad de contar con el apoyo de organismos internacionales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la Nación. (Numeral 8.1)



Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia T-462A de 2014, sala de revisión de tutelas número siete, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Es una de las sentencias que mejor describe el proceso de licenciamiento ambiental en Colombia, las similitudes y diferencias que este proceso tiene respecto al establecimiento de un plan de manejo como instrumento de seguimiento y control ambiental. Protege la garantía del derecho fundamental a la consulta previa de un grupo de comunidades étnicas respecto de un proyecto que inició y finalizó su construcción antes de la existencia del Convenio 169 de 1989, aclarando que se debería adelantar la consulta previa no por los impactos de construcción, sino por los impactos de la operación y mantenimiento.

Dispone que la consulta previa debe buscar el consentimiento libre e informado de las comunidades frente a las medidas que afectarán sus intereses.

(...) este consentimiento es indispensable cuando las medidas impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto, estén relacionados con el vertimiento de sustancias tóxicas en los territorios donde se asientan las comunidades y/o representen un alto impacto en las condiciones sociales, culturales y económicas que pongan en riesgo la supervivencia de la comunidad indígena o étnica. Lo anterior no significa que las comunidades tengan poder de veto, pero el consentimiento de las comunidades es imprescindible para determinar la alternativa menos lesiva sobre la medida administrativa o legislativa a realizar conforme el principio de interpretación pro homine.

- En segundo lugar, la consulta previa debe ser un proceso de concertación o acuerdo con la comunidad, a través de sus representantes autorizados, quienes manifiesten sus conformidades e inconformidades con el proyecto u obra a realizar y la manera como posiblemente puede verse afectada su identidad e integridad étnica y cultural, así como las posibles medidas de compensación que se requieren para mitigar los efectos. Por tanto, no es suficiente la mera información o notificación a la comunidad sobre el proyecto que se realizará; es decir, la reunión de divulgación de un proyecto en la que no se brinda oportunidad a los representantes o autoridades tradicionales de las comunidades de pronunciarse, no se considera una consulta previa[65].

- En tercer lugar, antes de llevar a cabo la consulta, deben existir conversaciones preliminares con la comunidad o comunidades que puedan ser afectadas, con el objeto de identificar las instancias de gobierno y los representantes, socializar el proyecto y concertar la metodología con la cual se adelantará el proceso de consulta previa. En otras palabras, esta etapa preliminar pretende fijar el marco y la metodología de conformidad con la cual se realizará la consulta, es decir, los agentes participantes, el "orden del día", las maneras de dialogar, los elementos a tener en cuenta, etc.

- En cuarto lugar, la consulta debe realizarse indefectiblemente antes de que comience el proyecto de explotación o de que se tome la decisión normativa o de otro tipo que afecta a las comunidades directamente, so pena de que la medida pueda ser invalidada por un vicio de ausencia de consulta.

- En quinto lugar, los resultados de la consulta, es decir, las decisiones que se tomen conjuntamente y las medidas de compensación acordadas, deben tener efectos sobre la decisión del proyecto.

- En sexto lugar, la consulta debe ser un proceso que no se agota con "acercamientos" o la simple socialización de las decisiones con las comunidades afectadas, sino que exige un verdadero diálogo entre los agentes involucrados, en el que se identifiquen las ventajas y desventajas de la ejecución de las decisiones que eventualmente afectarán a los pueblos indígenas y tribales, y las medidas de compensación y mitigación más adecuadas. (Subrayado fuera del texto) (Numeral 2.5.2.3.)

Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia T-576 de 2014, sala de revisión de tutelas número nueve, magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva

El término tribal comprende a aquellos grupos sociales que reúnen los requisitos exigidos por el instrumento internacional: rasgos culturales y sociales compartidos (elemento objetivo) y una conciencia de identidad grupal que haga que sus integrantes se asuman miembros de una comunidad (elemento subjetivo). Como las comunidades negras, tal y como fueron definidas por la Ley 70 de 1993, reúnen ambos elementos, decidió que era posible considerarlas un pueblo tribal, en los términos del Convenio 169.

Ni el Convenio 169 de 1989 ni la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas formulan una definición de lo que debe entenderse por pueblo indígena o por pueblo tribal. En lugar de ello, los instrumentos internacionales de protección optaron por proporcionar unos criterios descriptivos de los pueblos a los que pretenden proteger, vinculados a su identidad diversa, la cual debe ser determinada por los propios pueblos de acuerdo con sus costumbres y tradiciones. El criterio más relevante para determinar si determinado pueblo o individuo puede ser considerado indígena o tribal, es el criterio de autoidentificación. Los pueblos tribales y sus miembros son titulares de los mismos derechos que los pueblos indígenas y sus integrantes. (párr.11)

Producto de las órdenes dadas por la Corte Constitucional y los autos de seguimiento que se produjeron, esta Corporación validó la "Propuesta de Protocolo de consulta previa, libre, informada y vinculante para comunidades negras, afrocolombianas y palenqueras de áreas rurales y urbanas" aprobada en el marco del Primer Congreso Nacional Autónomo del Pueblo Negro, Afrocolombiano, Raizal y Palenquero que se llevó a cabo en la ciudad de Quibdó, Chocó, entre el 23 y el 27 de agosto de 2013.

Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia SU-097 de 2017, sala plena, magistrada ponente: María Victoria Calle Correa

Tal vez el elemento central y más importante de esta decisión está asociado con que la acción de tutela es, por regla general, el medio judicial adecuado y preferente para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y, en especial, del derecho a la consulta previa.

En ese mismo sentido, la sentencia SU-383 de 2003, dispuso que no hay en el ordenamiento jurídico un mecanismo diferente a la acción de tutela para que las comunidades indígenas y tribales, soliciten ante los jueces la protección inmediata de su derecho fundamental a ser consultados con el propósito de garantizar su derecho a subsistir en la diferencia.

Se reitera la posición de la Corte en las sentencias SU-217 de 2017, SU-133 de 217, T-436 de 2016, T-384A de 2014, T-576 de 2014, T-766 de 2015 y T-197 de 2016.

Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia SU-217 de 2017, magistrada ponente: María Victoria Calle Correa

Se establecen los criterios utilizados para identificar en qué casos procede por existir una afectación directa de los grupos étnicos. Se concreta el sentido y alcance del concepto de afectación directa y su relación con el área de influencia directa.

La Corte ha desarrollado un conjunto de estándares que permiten evaluar al operador jurídico, si una medida, norma o proyecto afecta directamente a los pueblos indígenas: (i) la afectación directa hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (ii) el hecho de que la medida se orienta a desarrollar el Convenio 169 de la OIT, y (iii) la imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación

o posición jurídica; (iv) la interferencia en elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo involucrado; y (v) se trata de una medida general que, sin embargo, afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicamente diferenciados. (Numeral 143)

La sentencia frente al concepto de territorio colectivo consideró que el mismo:

(...) no se agota en conceptos propios del derecho civil: el reconocimiento estatal de los territorios y la delimitación de su área constituyen mecanismos de protección relevantes de las tierras indígenas. Sin embargo, el territorio colectivo no es un concepto espacial, sino uno cultural (el ámbito de vida de la comunidad). Y, en consecuencia, puede tener un efecto expansivo, destinado a la inclusión de los espacios de relevancia social, cultural y religiosa para las comunidades. (Numeral 158)

Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia SU-123 de 2018, sala plena, magistrados ponentes: Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes

Es la sentencia reciente más importante en materia de consulta previa. Recoge los principales pronunciamientos en la materia, los integra, sistematiza y define.

A partir de allí se unifica el criterio sobre la procedibilidad de la consulta previa y advirtió que debía llevarse a cabo cuando se llegase a afectar directamente a una comunidad étnica por la implementación de una medida administrativa o legislativa. Es decir, que fue superado el paradigma de presencia de comunidad por el de determinación de procedencia de la consulta previa.

La sentencia trata el concepto de afectación directa, el de área de influencia, las diferencias entre estas, el concepto de territorio, introduce la debida diligencia, y se reitera lo ya señalado respecto a que las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso

administrativo no resultan ser el mecanismo idóneo para la salvaguarda del derecho a la consulta previa de los colectivos indígenas y tribales.

También trata los cursos de acción que pueden adoptar las autoridades judiciales, dependiendo de la etapa en la que se encuentra el proyecto que implica **afectaciones directas a la comunidad y dispone que:**

(...) la consulta constituye un proceso de diálogo intercultural entre iguales, en el entendido de que esto significa que ni los pueblos indígenas tienen un derecho de veto que les permita bloquear decisiones estatales, ni el Estado tiene un derecho a la imposición sobre los pueblos indígenas para soportarle caprichosamente cualquier decisión, sino que opera un intercambio de razones entre culturas que tiene igual dignidad y valor constitucional. (Numeral 6.3)

Como parte del conjunto, exhortó

(...) al Gobierno Nacional y al Congreso de la República para que, con base en los lineamientos expuestos en esta sentencia: adopten las medidas pertinentes para regular lo relacionado con los certificados de presencia y afectación de comunidades étnicas, que hagan efectivo el derecho a la consulta previa, en los términos del Convenio 169 de la OIT; así mismo se realicen los ajustes para que la institución encargada de otorgar los certificados de presencia y afectación de comunidades étnicas cuente con autonomía e independencia administrativa y financiera, necesarias para ejercer adecuadamente su función. (Subrayado por fuera del texto) (Resuelve, numeral 6°).

Es preciso mencionar que lo anterior quedó materializado posteriormente con la expedición del Decreto 2353 de 20

Referencias

Cerqueira, C (2015) La consulta previa, libre e informada en América Latina: un poco de historia y precisiones sobre sus fundamentos jurídico-políticos. Justicia en las Américas, blog de la fundación para el debido proceso. Recuperado de https://dplfblog.com/2015/08/10/la-consulta-previa-libre-e-informada-en-america-latina-un-poco-de-historia-y-precisiones-sobre-sus-fundamentos-juridico-politicos/

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2017). Sentencia SU-217, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

Constitución Política de 1991 de la República de Colombia.

Departamento de Asuntos Económicos y Sociales Pueblos Indígenas. (2021). Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Recuperado de: https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/declaracion-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas.html

Ministerio del interior y la Corte Constitucional de la República de Colombia (2020). Evolución jurisprudencial de la consulta previa y su aplicación práctica en Colombia. Recuperado de: https://consultaprevia.mininterior.gov.co/sites/default/files/documentos/cp-2020.pdf

Naciones Unidas, (2021). Vigilancia del ejercicio de los derechos civiles y políticos. Recuperado de: https://www.ohchr.org/sp/hrbodies/ccpr/pages/ccprindex.aspx

Organización de Estados Americanos [OEA]. (12 de octubre de 2021). Quiénes Somos. Recuperado de: http://www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp

Organización Internacional del Trabajo [OIT] (2013), Manual para los mandantes tripartitos de la OIT: comprender el convenio sobre pueblos indígenas y tribales 1989, 169. Ginebra.

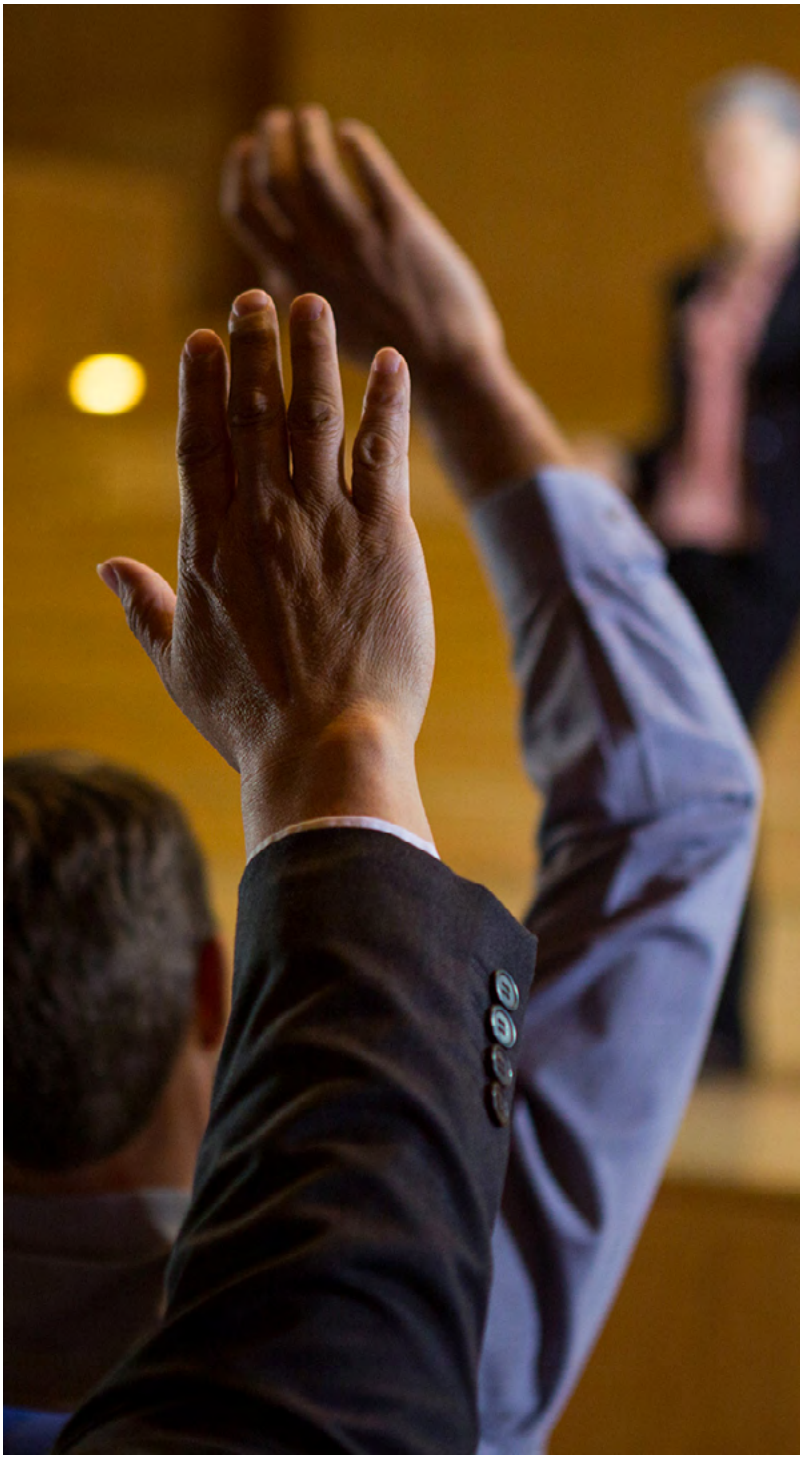
Organización Internacional del Trabajo [OIT] . (12 de octubre de 2021a). Acerca de la OIT. Recuperado de: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang--es/index.htm

Organización Internacional del Trabajo [OIT] . (12 de octubre de 2021b). Acerca de la OIT. Recuperado de: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--es/index.htm

Organización Internacional del Trabajo [OIT] .(12 de octubre de 2021c). La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Recuperado de (hipervínculo): https://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-of-experts-on-the-application-of-conventions-andrecommendations/lang--es/index.htm

Rodríguez Garavito, C., Meghan Morris, N., y Buriticá, P. (2010). La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional. Ediciones Uniandes. Bogotá

The Global Voice Of Business, (2017). Sistema de Control de la OIT: artículo 24, procedimiento de reclamación. Recuperado de:



Material de consulta

Congreso de la República de Colombia. Ley 74 de 1968. Por la cual se aprueban los "Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966". Recuperado de (hipervínculo): http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1622486

Congreso de la República de Colombia. Ley 21 de 1991. Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989 El convenio 169 de la OIT establece la necesidad de consultar a las comunidades étnicas. Recuperado de : (hipervínculo): https://www.mininterior.gov.co/la-institucion/normatividad/ley-21-de-1991

Congreso de la República de Colombia. Ley 70 de 1993. Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política. Recuperado de (hipervínculo): https://www.mininterior.gov.co/la-institucion/normatividad/ley-70-de-1993-agosto-27-por-la-cual-se-desarrolla-el-articulo-transitorio-55-de-la-constitucion-politica

Congreso de la República de Colombia. Ley 99 de 1993. Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones. Recuperado de (hipervínculo): http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0099_1993.html

Congreso de la República de Colombia. Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Recuperado de (hipervínculo): http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

Congreso de la República de Colombia. Ley 1955 de 2019. Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”.

Consejo de Estado Sección Quinta. (24 de septiembre de 2020). Sentencia 11001031500020200323400 (AC).

Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia SU-039 de 1997, sala plena, magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell

Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia T-129 de 2011, sala de revisión de tutelas número cinco, magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio

Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia T-462A de 2014, sala de revisión de tutelas número siete, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia C-376 de 2014. Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla

Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia T-462A de 2014, sala de revisión de tutelas número siete, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia T-576 de 2014, sala de revisión de tutelas número nueve, magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia C-284 de 2015, Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia SU-097 de 2017, sala plena, magistrada ponente: María Victoria Calle Correa

Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia SU-217 de 2017, magistrada ponente: María Victoria Calle Correa

Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia SU-123 de 2018, sala plena, magistrados ponentes: Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes

Organización de Estados Americanos [OEA]. Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Organización de Naciones Unidas [ONU]. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Organización de Naciones Unidas [ONU]. (1966). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Organización de Naciones Unidas [ONU]. (1994). Observación general 23 sobre el PIDCP. Comité de derechos humanos.

Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (1989). Convenio 107 de 1957 y 169 de 1989.

Presidencia de la República de Colombia. (1991). Decreto con fuerza de ley 2591 del 19 de noviembre de 1991. Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

Presidencia de la República de Colombia. (1995). Decreto 2164 de 1995. Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional.

Presidencia de la República de Colombia. (1998).Decreto 1320 de 1998. Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio.

Presidencia de la República de Colombia. (2013). Decreto 2613 de 2013. Por el cual se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la consulta previa.

Presidencia de la República de Colombia. (2014). Decreto 2041 de 2014 (Hoy compilado en el Decreto 1076 de 2015), por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales.

Presidencia de la República de Colombia. (2015). Decreto 1076 de 2015. Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible

Presidencia de la República de Colombia. (2019).Decreto 2353 de 2019. Por el cual se modifica la estructura del Ministerio del Interior y se determinan las funciones de algunas dependencias.

Presidencia de la República de Colombia. (2019). Decreto 2053 de 2019. Por medio del cual se definen las reglas y los requisitos para la expedición de los conceptos técnicos de viabilidad de los proyectos de inversión cuya fuente de financiación o cofinanciación sea el Presupuesto General de la Nación. Ministerio de Salud y Protección Social, para los financiados con recursos de la entidad territorial, y los de infraestructura física, equipamiento fijo y dotación biomédica, considerados de control especial de oferta para la prestación de servicios de salud

Presidencia de la República de Colombia. (2010). Directiva presidencial 01 de 2010.

Presidencia de la República de Colombia. (2013). Directa 10 de 2013.

Presidencia de la República de Colombia. (2019). Directiva presidencial 010 de 2013.

Presidencia de la República de Colombia. (2020). Directiva presidencial 8 de 2020.

Glosario

Fuentes del derecho internacional en materia de consulta previa: las fuentes del derecho Internacional son las que determinan el medio del que provienen o pueden provenir las normas jurídicas, es decir, que compone ese derecho. En materia de derecho internacional y consulta previa, encontramos el Sistema de Naciones Unidas (derecho duro), el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (derecho emergente) y las Directrices de organismos multilaterales como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo que componen lo que se puede denominar el derecho blando (no son jurídicamente vinculantes para los Estados).

Afectación directa: la jurisprudencia constitucional en armonía con el derecho internacional, ha definido la afectación directa como el impacto positivo o negativo que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica. Procede entonces la consulta previa cuando existe evidencia razonable de que una medida es susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena o a una comunidad afrodescendiente (Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia SU-123 de 2018).

Jurisprudencia – Fuerza vinculante del precedente jurisprudencial: la jurisprudencia comprende el conjunto de decisiones adoptadas por las autoridades a quienes les ha sido atribuido el ejercicio de la función judicial. A pesar de su calificación como criterio auxiliar, este tribunal ha concluido "que nuestro sistema normativo ha avanzado significativamente en este campo, al punto de superar las apreciaciones que consideraban de manera categórica a toda la jurisprudencia como criterio auxiliar de interpretación, para reconocer ahora, la fuerza vinculante de ciertas decisiones judiciales" (Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia C- 284 de 2015, párr.3). Con fundamento en la interpretación conjunta de los artículos 1, 13, 83 y 230 de la Constitución, la Corte ha dicho que el precedente judicial tiene una posición especial en el sistema de fuentes, en atención a su relevancia para la vigencia de un orden justo y la efectividad de los derechos y libertades de las personas.

Por ello existe una obligación prima facie de seguirlo y, en el caso de que la autoridad judicial decida apartarse, debe ofrecer una justificación suficiente. Incluso la jurisprudencia ha reconocido que la acción de tutela procede contra providencias judiciales cuando éstas violan el precedente aplicable (Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia C- 284 de 2015).

Fuerza vinculante de sentencias T, C y SU: la Sección Quinta del Consejo de Estado explicó en relación con las providencias de la Corte Constitucional, que sólo considera como precedente las sentencias de constitucionalidad (C) o de unificación (SU), las cuales contienen una regla o subregla de derecho y son proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional. Las providencias y sentencias identificadas como T, se consideran como criterio auxiliar de interpretación, pero no son vinculantes (Consejo de Estado, 2020).

El futuro es de todos

Mininterior

Diplomado en
Consulta previa

UNIDAD DIDÁCTICA

Historia y normatividad internacional y nacional de la consulta previa.

Vigilada Mineducación