Boletín No. 5: Serie sobre el derecho a la consulta previa de pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes

Requisitos de índole fáctica que deben acreditarse para garantizar la eficacia material del derecho a la consulta previa

La Corte Constitucional ha definido y sistematizado en su jurisprudencia algunos requisitos que deben atenderse para que el derecho a la consulta previa se haga efectivo. Estos son:

1. **El deber de consulta previa respecto de medidas legislativas, resulta jurídicamente exigible cuando la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos[1].**

> *"[E]es un instrumento jurídico imprescindible para evitar la afectación irreversible de las prácticas tradicionales de las comunidades diferenciadas, que constituyen sus modos particulares de sobrevivencia como comunidades diferenciadas. (…) el deber de consulta previa respecto de medidas legislativas, resulta jurídicamente exigible cuando las mismas afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Ello sucede cuando la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos. Por ende, no existirá deber de consulta cuando la medida legislativa no pueda predicarse de forma particular a los pueblos indígenas y tribales y, a su vez, el asunto regulado no tenga relación con aspectos que, razonable y objetivamente, conformen la identidad de la comunidad diferenciada.*
>
> *"(…) para acreditar la exigencia de la consulta previa, debe determinarse si la materia de la medida legislativa tiene un vínculo necesario con la definición del ethos de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En otras palabras, el deber gubernamental consiste en identificar si los proyectos de legislación que pondrá a consideración del Congreso contienen aspectos que inciden directamente en la definición de la identidad de las citadas indígenas y, por ende, su previa discusión se inscribe dentro del mandato de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. Como se señaló en la sentencia C-030/08, uno de los parámetros para identificar las medidas legislativas susceptibles de consulta es su relación con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT"[2].*

2. **No conlleva un poder de veto de las medidas legislativas y administrativas. Sin embargo, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio, su implementación debe contar con el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades.**

[1] Esto es así en tanto la relación estrecha del derecho a la consulta previa con la salvaguarda de la identidad diferenciada de estas comunidades es presupuesto para el cumplimiento del mandato constitucional de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación.
[2] Corte Constitucional. Sentencia C-175 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

"Habida consideración que el proceso de consulta previa está dirigido a proteger los derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes, no resulta admisible considerarlo como un escenario de confrontación entre las autoridades gubernamentales y los grupos étnicos. En contrario, esta instancia tiene por objeto servir para que las comunidades tradicionales participen activamente en la definición de la medida legislativa relacionada directamente con sus intereses, a fin de propiciar un acercamiento que pretenda la concertación sobre el contenido del proyecto o política correspondiente. En tal sentido, el trámite de consulta previa no conlleva un poder de veto de las medidas legislativas y administrativas por parte de los pueblos indígenas y tribales".

"esta corporación aclara que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea"[3].

3. La participación debe ser efectiva.

"[S]simples trámites administrativos que tiendan a permitir el ejercicio del derecho a la defensa de las comunidades respecto a las medidas adoptadas, o esfuerzos extemporáneos por parte del Gobierno Nacional para cumplir con dicho procedimiento, no satisfacen el deber de consulta previa. (…) la consulta, "se trata de un proceso cualitativamente diferente, de naturaleza constitucional, orientado a salvaguardar derechos fundamentales celosamente protegidos por la Carta Política; (…) ***no*** *tendrán valor de consulta previa: "la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales";*[4] *ni los procesos consultivos realizados con posterioridad a la implementación de proyectos que han de ser consultados previamente;*[5] *ni los procesos de diálogo o información realizados con organizaciones indígenas que no han sido expresa y específicamente delegadas para ello por las autoridades tradicionales de las comunidades específicamente afectadas por los proyectos, ni las simples reuniones entre miembros de tales*

---

[3] Corte Constitucional. Sentencia T-769 de 2009. M.P. Nilson Pinilla.

[4] "Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell. En igual sentido, ver la sentencia C-620 de 2003: *"La jurisprudencia ha indicado al respecto que, teniendo en cuenta lo regulado por el artículo 34 del referido convenio de la OIT, según el cual 'la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país', el compromiso del Estado colombiano de adelantar las mencionadas consultas es de gran amplitud y debe ser interpretado flexiblemente según las circunstancias. Sin embargo ha precisado que dado que el derecho a la consulta tiene por objeto garantizar la participación en la adopción de las decisiones que afectan a las comunidades, no puede consistir en una simple información a dichos entes colectivos, sino que debe propiciar espacios de concertación en la escogencia de las medidas.""*.

[5] ""Para la Corte resulta claro que en la reunión de enero 10 y 11 de 1995, no se estructuró o configuró la consulta requerida para autorizar la mencionada licencia ambiental. Dicha consulta debe ser previa a la expedición de ésta y, por consiguiente, actuaciones posteriores a su otorgamiento, destinadas a suplir la carencia de la misma, carecen de valor y significación.". Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell".

grupos étnicos y funcionarios o apoderados que no tienen la facultad de representar al Gobierno Nacional o a las comunidades indígenas o afrodescendientes afectadas.[6]"[7] (negrilla de la Corte)[8].

4. Debe darse con procesos de comunicación efectiva.

"Los procesos de consulta se deben llevar a cabo mediante relaciones de comunicación efectiva, basadas en el principio de buena fe. Por ende, dicho procedimiento estará dirigido a proteger los derechos fundamentales de las comunidades étnicas, mediante instrumentos de participación que, amén de su disposición y diseño, puedan incidir en la definición del contenido y alcance de la medida legislativa o administrativa. (…) dirigido a que (i) las comunidades afectadas estén provistas de la información completa, precisa y significativa sobre los proyectos que se pretenden desarrollar en sus territorios o de las medidas legislativas o administrativas del caso; y (ii) se tenga como objetivo principal el logro de un acuerdo con los pueblos indígenas y tribales, quienes podrán discutir el contenido de la política y proponer alternativas a ella.[9] Para cumplir con estas condiciones, es posible que las comunidades estén acompañadas por la Defensoría del Pueblo o la Procuraduría General de la Nación, si así lo estiman pertinente"[10].

5. Debe darse sobre el reconocimiento del especial valor que para las comunidades tradicionales tiene el territorio y los recursos naturales ubicados en ellos.

"Los procesos de consulta, conforme dispone el artículo 13 del Convenio de la OIT, debe realizarse sobre la base del reconocimiento del especial valor que para las comunidades tradicionales tiene el territorio y los recursos naturales ubicados en ellos. Así, la determinación de la gravedad de la afectación de la medida legislativa o administrativa deberá analizarse según el significado para los pueblos indígenas y tribales afectados tengan los bienes o prácticas sociales interferidas. En otras palabras, el mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, implica que el análisis del impacto de las medidas se realice a

---

[6] ""Tampoco pueden considerarse o asimilarse a la consulta exigida en estos casos, las numerosas reuniones que según el apoderado de la sociedad Occidental de Colombia Inc. se han realizado con diferentes miembros de la comunidad U'wa, pues aquélla indudablemente compete hacerla exclusivamente a las autoridades del Estado, que tengan suficiente poder de representación y de decisión, por los intereses superiores envueltos en aquélla, los de la comunidad indígena y los del país relativos a la necesidad de explotar o no los recursos naturales, según lo demande la política ambiental relativa al desarrollo sostenible." Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell".

[7] "*Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-461/08".

[8] Corte Constitucional. Sentencia C-175 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[9] "Bajo este marco, la jurisprudencia constitucional ha señalado que los objetivos específicos de la consulta previa, aplicados al caso de proyectos de explotación de recursos naturales en territorios de las comunidades indígenas, consisten en que "*a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. || b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares. || c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.". Cfr.* Corte Constitucional, sentencia SU-383/03".

[10] Corte Constitucional. Sentencia C-175 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

partir de las características específicas de la comunidad y la comprensión que éstas tienen del contenido material de dichas políticas"[11].

6. **Debe estar precedido de un trámite preconsultivo establecido para cada caso particular.**

"El proceso de consulta debe estar precedido de un trámite preconsultivo, en el cual se defina, de común acuerdo entre las autoridades gubernamentales y los representantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes, las bases del procedimiento participativo. De esta manera, se preservan las especificidades culturales de dichos pueblos, las cuales se verían afectadas con la imposición de determinada modalidad de trámite consultivo. En tal sentido, este Tribunal ha considerado que "los procesos de consulta previa no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva aplicación al Convenio 169 de la OIT y en especial a lo dispuesto en su artículo 6° y del artículo 7° de la Carta, los procesos de consulta deberán ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado."[12]"[13]

7. **Debe incluir una ponderación de los intereses en juego de los pueblos afectados. Sólo resultarán admisibles las políticas que prevean limitaciones constitucionalmente legítimas.**

"Las medidas legislativas y administrativas que afecten directamente los intereses de las comunidades tradicionales, deben estar precedidas de un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego de los grupos étnicos afectados. Por consiguiente, solo resultarán admisibles las políticas que prevean limitaciones constitucionalmente legítimas. Para la Corte, "al realizar la ponderación entre los intereses enfrentados en un caso concreto, y con miras a dar adecuada protección al interés en preservar la diversidad étnica de la nación, deberá tenerse en cuenta que, según lo ha explicado la jurisprudencia constitucional, "sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones: a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna). b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas."[14] | | *Los deberes básicos de las autoridades que llevan a cabo la consulta previa son los de ponderar y explorar los siguientes cuatro elementos: "i) la posición y las propuestas que éstos ostentan y formulen, ii) la garantía de los derechos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas y de los demás habitantes de los respectivos territorios –tales como el derecho a la vida e integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad y a la*

[11] Ibídem.
[12] "*Cfr.* Corte Constitucional, sentencia T-737/05".
[13] Corte Constitucional. Sentencia C-175 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
[14] "Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, reiterando jurisprudencia previa de la Corte".

salud-, iii) la protección del interés general de la nación colombiana a la diversidad étnica y cultural; y iv) el interés general y las potestades inherentes al Estado colombiano".[15],[16],[17].

8. El Estado conserva la competencia para adoptar la decisión final; competencia reglada.

"Finalmente, el precedente constitucional sobre el contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa ha contemplado que, en los casos en que cumplidos los requisitos y garantías anteriormente descritas, no sea posible llegar a un acuerdo sobre la medida legislativa o administrativa, el Estado conserva su competencia para adoptar una decisión final a ese respecto. Empero, el ejercicio de esa potestad carece de naturaleza omnímoda, sino que debe (i) estar desprovista de arbitrariedad y autoritarismo; (ii) fundarse en parámetros de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad en cuanto al grado de afectación de los intereses de las comunidades tradicionales; (iii) contemplar instrumentos idóneos para mitigar el impacto de la medida en dichos intereses, tanto en el plano individual como colectivo, todo ello con miras a salvaguardar las prácticas que conforman la diversidad étnica y cultural"[18][19].

Julio 27 de 2011
Comisión Colombiana de Juristas

Para mayor información, contactar a: Gustavo Gallón Giraldo, Director CCJ (Tel. 7449333, ext. 115)

---

[15] "Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, reiterando jurisprudencia previa de la Corte".
[16] "*Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-461/08".
[17] Corte Constitucional. Sentencia C-175 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
[18] Ibídem.
[19] En el mismo sentido la Corte ha expresado "En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o
puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros". Sentencia T-769 de 2009. M.P. Nilson Pinilla.