

**PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA
DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y AFRODESCENDIENTES EN
COLOMBIA¹**

Emilio Molina Barboza²

RESUMEN

La Corte Constitucional de Colombia ha señalado que la consulta previa es un derecho fundamental, del cual son titulares los grupos étnicos del país y que a su vez hacen parte de las comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y gitanas.

Desde la jurisprudencia constitucional este derecho se ha configurado como una manifestación de los principios constitucionales de pluralidad, participación, respeto a la diversidad étnica y cultural, y derecho al medio ambiente, de tal modo que, la Corte Constitucional ha establecido criterios a través de su jurisprudencia para limitar la explotación y exploración de los recursos naturales que pertenecen al Estado colombiano pero que son indispensables para la supervivencia de dichas comunidades.

De lo anterior resulta de gran relevancia jurídica estudiar e identificar las reglas jurídicas desarrolladas por la jurisprudencia constitucional para poder determinar la procedencia de la consulta previa como mecanismo de protección de las comunidades indígenas y afrodescendientes.

1 Producto de investigación derivado de la Tesina presentada como requisito parcial para obtener el grado de Magister en Estado de Derecho Global y Democracia Constitucional de la Universidad de Génova (Italia). La Tesina se tituló: *Protección Constitucional al Derecho a la Consulta Previa de las Comunidades Indígenas y Afrodescendientes desde la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*. Fue iniciada en el país de Colombia, en la fecha de enero de 2014, y del cual participo como autor único y principal.

2 Abogado asesor en materia de derecho público. Docente Catedrático de la Fundación Universitaria Colombo Internacional (Unicolombo). Candidato a Magister de la Universidad de Génova-Italia. Integrante del Grupo de investigación Teoría Jurídica y Derechos fundamentales de la Universidad Libre de Colombia. Email: emilio_molina09@hotmail.com

PALABRAS CLAVES

Consulta previa, afectación directa, comunidad indígena, comunidad afrodescendiente, jurisprudencia constitucional.

INTRODUCCION

El presente trabajo pretende abordar como ha sido el tratamiento jurisprudencial constitucional respecto del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas y afrodecendientes en Colombia, en cuanto a su protección constitucional.

La Corte Constitucional, se ha pronunciado sobre la consulta previa, a partir de análisis de casos concretos en sentencias de Acción de Tutela y en sede de Control Abstracto de Constitucionalidad, fijando las reglas que deben tenerse en cuenta para determinar la procedencia de la misma.

Ahora bien, este alto tribunal ha precisado que la Consulta previa es procedente siempre que se determine que exista una afectación directa. En este sentido entiende la Corte que hay una afectación directa cuando la medida altera el estatus de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios.

Es claro, a partir de lo anterior, que lo que debe ser objeto de consulta previa, de conformidad con la Corte Constitucional, son aquellas medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades étnicas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos.

Con el presente trabajo lo que se busca es identificar y establecer las reglas jurídicas desarrolladas por la jurisprudencia constitucional para poder determinar la procedencia de la consulta previa como mecanismo de protección de las comunidades indígenas y afrodescendientes.

Este trabajo es un producto de investigación que se deriva de una investigación jurídica pura de tipo cualitativo, en la que, para la recolección de la información se utilizaron fichas

bibliográficas y el método fue el de análisis de textos. El trabajo de investigación que es el fundamento de esta investigación se tituló: *Protección Constitucional al Derecho a la Consulta Previa de las Comunidades Indígenas y Afrodescendientes desde la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*, teniendo como objetivo general: Determinar el desarrollo jurisprudencial del derecho a consulta previa de las comunidades indígenas y afrodescendientes desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Y sus objetivos específicos son: (I) Estudiar el alcance del derecho a la consulta previa, conceptualización, sus elementos y su régimen jurídico. (II) Analizar los elementos y características que identifican a las comunidades Indígenas y Afrodescendientes de conformidad con en el ordenamiento jurídico colombiano. (III) Establecer la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional frente a la protección constitucional del derecho a la Consulta Previa de las comunidades Indígenas y Afrodescendientes en Colombia.

DESARROLLO

1. LA CONSULTA PREVIA Y SUS CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES

La consulta previa, es un procedimiento caracterizado por ser anterior a la toma de una decisión, o medida, de orden legislativa o administrativa susceptible de afectar la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en las tierras y territorios de los pueblos indígenas; así lo indica la doctrina:

“los pronunciamientos de distintos organismos internacionales han coincidido en afirmar que ésta tiene que llevarse a cabo antes de tomar la medida o realizar el proyecto que sea susceptible de afectar a las comunidades. En el caso de medidas legislativas y administrativas, si bien el Convenio 169 no ordena específicamente en cuál etapa debe llevarse a cabo la consulta, la [Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones] ha establecido que debe realizarse previamente a la adopción de las medidas. En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que la admisibilidad de las medidas que afecten a los pueblos indígenas, incluidas las legislativas, depende de que las comunidades “hayan tenido oportunidad de participar en el proceso de adopción de decisiones relativas a esas medidas. (Rodríguez & otros, 2010, p75)

La consulta previa, es además, un proceso de concertación en el que deben discutirse los intereses del Estado frente a los intereses de grupos étnicamente protegidos constitucionalmente. De este modo la consulta previa se encuentra determinada (I) por el principio de la buena fe; a la vez, (II) debe ser informada; y (III) entendida como un medio para llegar a un acuerdo.

En relación al principio de la buena fe, este, se encuentra contemplado como un criterio mínimo de la consulta previa, de conformidad con el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, el cual establece que:

“las consultas llevadas a cabo en aplicación de este convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

De igual forma, en la Declaración de los Pueblos Indígenas, se establece que “los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas” antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas y de aprobar proyectos que los afecten³.

El contenido del concepto de “buena fe”, ha sido esclarecido por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo. De esta manera se ha señalado que el concepto de la consulta a las comunidades indígenas comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común (CACR, 2005). De lo que se trata, es de ambientar un clima de confianza entre las comunidades indígenas y el Estado, para poder llevar a cabo un dialogo productivo.

De otro lado, al respecto del deber de ser informar la consulta previa, el derecho internacional y la doctrina, sostienen que, además del principio de buena fe, el deber de suministrar información completa a las comunidades consultadas es un criterio esencial que debe caracterizar el proceso de la consulta previa (Rodríguez & otros, 2010, p72). La Corte Interamericana ha establecido que el deber de consultar requiere que el Estado acepte y

³ Declaración de los Pueblos Indígenas, arts. 19, 32.

brinde información, lo cual implica una comunicación constante entre las partes. Asimismo, ha sostenido que el Estado debe asegurarse de que los miembros de las comunidades consultadas tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento⁴.

Por último y adicionalmente, en relación a la consulta previa como un medio para llegar a un acuerdo, señala el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de los Pueblos Indígenas que, el procedimiento de la consulta previa, debe caracterizarse, también, por tener como objetivo llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento, dependiendo de la fuente de derecho internacional que se revise⁵.

En todo caso, la consulta previa no debe ser concebida como un simple procedimiento por el cual se socializan algunas decisiones ya tomadas sobre una medida específica, independientemente de las opiniones que puedan tener las comunidades afectadas al respecto, sino que debe entenderse y desarrollarse como un verdadero mecanismo de consulta, participación y conciliación, cuyo propósito sea lograr un acuerdo entre las partes (Rodríguez & otros, 2010, p74).

1.1. Características de la consulta previa

La consulta previa, es un procedimiento caracterizado por ser anterior a la toma de una decisión, o medida, de orden legislativa o administrativa susceptible de afectar la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en las tierras y territorios de los pueblos indígenas; así lo indica la doctrina:

“los pronunciamientos de distintos organismos internacionales han coincidido en afirmar que ésta tiene que llevarse a cabo antes de tomar la medida o realizar el proyecto que sea susceptible de afectar a las comunidades. En el caso de medidas legislativas y administrativas, si bien el Convenio 169 no ordena específicamente en cuál etapa debe llevarse a cabo la consulta, la [Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y

4 Corte IDH, *Saramaka vs. Surinam*, párr. 133.

5 Véase, p. ej., Convenio 169, art. 6º; Declaración de los Pueblos Indígenas, art. 19.

Recomendaciones] ha establecido que debe realizarse previamente a la adopción de las medidas. En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que la admisibilidad de las medidas que afecten a los pueblos indígenas, incluidas las legislativas, depende de que las comunidades “hayan tenido oportunidad de participar en el proceso de adopción de decisiones relativas a esas medidas”⁶

La consulta previa, es además, un proceso de concertación en el que deben discutirse los intereses del Estado frente a los intereses de grupos étnicamente protegidos constitucionalmente. De este modo la consulta previa se encuentra determinada (I) por el principio de la buena fe; a la vez, (II) debe ser informada; y (III) entendida como un medio para llegar a un acuerdo.

En relación al principio de la buena fe, este, se encuentra contemplado como un criterio mínimo de la consulta previa, de conformidad con el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, el cual establece que:

“las consultas llevadas a cabo en aplicación de este convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

De igual forma, en la Declaración de los Pueblos Indígenas, se establece que “los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas” antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas y de aprobar proyectos que los afecten⁷.

El contenido del concepto de ‘buena fe’, ha sido esclarecido por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo. De esta manera se ha señalado que “el concepto de la consulta a las comunidades indígenas [...] comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, con

6 RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar; MORRIS, Meghan; ORDUZ SALINAS, Natalia; BURITICÁ, Paula (dirs.). La consulta previa a los pueblos indígenas. Los estándares del Derecho Internacional. Bogotá: Universidad de los Andes. 2010. Pág. 75.

7 Declaración de los Pueblos Indígenas, arts. 19, 32.

el deseo sincero de llegar a un acuerdo común”⁸. De lo que se trata, es de ambientar un clima de confianza entre las comunidades indígenas y el Estado, para poder llevar a cabo un dialogo productivo.

De otro lado, al respecto del deber de ser informar la consulta previa, el derecho internacional y la doctrina, sostienen que, además del principio de buena fe, el deber de suministrar información completa a las comunidades consultadas es un criterio esencial que debe caracterizar el proceso de la consulta previa⁹. La Corte Interamericana ha establecido que el deber de consultar “requiere que el Estado acepte y brinde información, lo cual implica una comunicación constante entre las partes”¹⁰. Asimismo, ha sostenido que el Estado debe asegurarse de que los miembros de las comunidades consultadas “tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento”¹¹.

Por último y adicionalmente, en relación a la consulta previa como un medio para llegar a un acuerdo, señala el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de los Pueblos Indígenas que, el procedimiento de la consulta previa, debe caracterizarse, también, por tener como objetivo llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento, dependiendo de la fuente de derecho internacional que se revise¹².

En todo caso, la consulta previa no debe ser concebida como un simple procedimiento por el cual se socializan algunas decisiones ya tomadas sobre una medida específica, independientemente de las opiniones que puedan tener las comunidades afectadas al respecto, sino que debe entenderse y desarrollarse como un verdadero mecanismo de consulta, participación y conciliación, cuyo propósito sea lograr un acuerdo entre las partes¹³.

8 CEACR, Observación Individual sobre el Convenio 169, Bolivia, 2005.

9 RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar y otros. La Consulta Previa a los Pueblos Indígena. Pág. 72

10 Corte IDH, Saramaka vs. Surinam, párr. 133.

11 Corte IDH, Saramaka vs. Surinam, párr. 133.

12 Véase, p. ej., Convenio 169, art. 6º; Declaración de los Pueblos Indígenas, art. 19.

13 RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar y otros. La Consulta Previa a los Pueblos Indígena. Pág. 74

2. ELEMENTOS QUE IDENTIFICAN A LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y AFRODESCENDIENTES EN COLOMBIA

2.1. DEFINICIÓN DE COMUNIDADES INDÍGENAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

El Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, en su artículo 1, se refiere a los pueblos tribales como aquellos “cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional y que están regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”.

Señala además el mismo artículo que son pueblos indígenas todos aquellos grupos que descienden “de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que (...) conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.

Sumado a lo anterior, la misma disposición, agrega a la definición, el elemento subjetivo de la identidad grupal señalando que “La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

Humberto Sierra Porto¹⁴ ha señalado que la Corte Constitucional de Colombia mediante la sentencia C-461 de 2008, ha dicho que deben configurarse dos elementos fundamentales para que se considere a un grupo como una comunidad tribal o indígena:

- a. Elemento objetivo:** existencia de rasgos culturales sociales¹⁵ compartidos por los miembros del grupo y que se diferencian de otros sectores sociales.

¹⁴ Exmagistrado de la Corte Constitucional de Colombia (2004-2012). Actualmente se desempeña como Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

b. Elemento subjetivo: existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad¹⁶.

Según Humberto Sierra Porto, esta definición ha sido acogida por el Juez Constitucional, de tal forma que, podemos afirmar que son pueblos indígenas aquellos grupos que descienden de poblaciones que habitaban en el país para la época de la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, culturales y políticas, las cuales permiten caracterizarlos y diferenciarlos del resto de sectores sociales de la colectividad y que además los dotan de una identidad grupal.

Ahora bien, la Constitución Nacional consagra que son derechos de estas comunidades los de (1) velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios; (2) Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo; (3) Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución; (4) Percibir y distribuir sus recursos; (5) Velar por la preservación de los recursos naturales; (6) Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio; (7) Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional; y (8) Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren. Así mismo, señala la Constitución, que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas¹⁷.

La Constitución Nacional le atribuye a la comunidad indígena derechos que permiten que el ordenamiento jurídico las reconozca y proteja. Esta protección consiste en un deber estatal

15 Los rasgos culturales y sociales a que se refiere el autor, son categorías desarrolladas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional para interpretar el artículo 6 del convenio 169 de la OIT. Pues bien, esta investigación no logro encontrar que la Corte Constitucional haya puntualizado acerca de la diferencia entre rasgos culturales y rasgos sociales, o su definición.

16 Memorias del seminario internacional “el derecho de las Minorías Étnicas a las Consulta Previa Retos y Perspectivas. 2012. Pág. 47 y 48.

17 Constitución Nacional. Artículo 330.

de salvaguardar la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana, así como el derecho a su participación e inclusión social.

De este modo, la jurisprudencia constitucional ha entendido que (i) las comunidades indígenas son sujetos de derechos fundamentales; (ii) esos derechos no son equivalentes a los derechos individuales de cada uno de sus miembros ni a la sumatoria de estos; y (iii) los derechos de las comunidades indígenas no son asimilables a los derechos colectivos de otros grupos humanos¹⁸.

No obstante lo anterior, debemos resalta que mediante sentencia T- 601 de 2011 de la Corte Constitucional, se señaló, que desde sus inicios ha considerado que los principios de las comunidades indígenas a la diversidad cultural e integridad étnica¹⁹ y a determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno²⁰, así como a darse y conservar sus normas, costumbres, visión del mundo y opción de desarrollo o proyecto de vida y de adoptar las decisiones internas o locales que estime más plausibles para la conservación o protección de esos fines, pueden plantear permanentes tensiones con otros principios constitucionales

18 Corte Constitucional sentencia T-704 de 2006, T-514 de 2009 y T-617 de 2010. También puede consultarse las sentencias T-254 de 1994 y T-979 de 2006, las cuales hacen referencia a la procedencia de la acción de tutela cuando es promovida por miembros de la comunidad frente a las autoridades indígenas. De igual formas, la sentencias T-380 de 1993, SU-383 de 2003, T-973 de 2009 y T-547 de 2010, las cuales aluden a la procedencia de la solicitud de tutela para proteger los derechos de las comunidades indígenas.

19 Los principios-derechos de diversidad cultural e integridad étnica, tienen como manifestaciones constitucionales la obligación de proteger la riqueza cultural de la nación (Art. 8° Constitución Nacional); el reconocimiento del carácter de lengua oficial a los dialectos indígenas al interior de los territorios de las comunidades indígenas (Art. 10 Constitución Nacional); el derecho a recibir una formación que respete la integridad e identidad cultural (Art. 68 Constitución Nacional); y la obligación de proteger el patrimonio cultural y arqueológico de la Nación (Art. 72 Constitución Nacional). Cfr. T-903 de 2009 de la Corte Constitucional.

20 El principio de autonomía encuentra sus principales manifestaciones constitucionales en los siguientes artículos de la constitución nacional: artículos 58 y 63, que protegen los territorios de los pueblos indígenas, los cuales deben ser interpretados y complementados por los artículos 13-19 del Convenio 169 de la OIT; artículo 329, que se refiere al carácter no enajaneble de los resguardos, derivado de su calidad de propiedad colectiva; artículo 246, que establece la existencia de una jurisdicción especial indígena (aplicación del derecho), que ejercerá sus funciones de acuerdo con los usos y costumbres tradicionales de cada pueblo (facultad de crear o mantener el derecho propio).

El principio de autonomía constituye, además, un desarrollo de uno de los principios cardinales del derecho internacional, la “*autodeterminación de los pueblos*”, que se encuentra consagrado en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en el Programa de Acción de Viena, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y en el Convenio 169 de la OIT.

de la sociedad mayoritaria, las cuales deben ser resueltas a partir de la ponderación como modo de argumentación constitucional, en la medida en que una incompatibilidad entre la autonomía, la integridad o la diversidad cultural y un derecho fundamental determinado es un conflicto entre normas constitucionales de igual jerarquía²¹.

Sin embargo, ha estimado la Corte Constitucional que en abstracto los derechos de los pueblos indígenas gozan de una dimensión de peso mayor²² *prima facie*, en virtud del principio de maximización de la autonomía; lo cual para la Corte se justifica en la necesidad de garantizar la participación de las minorías y de que exista una suerte de *acento constitucional* en la efectividad de sus derechos.

2.2. DEFINICIÓN DE COMUNIDADES AFRODESCENDIENTES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La Ley 70 de 1993 define las Comunidades negras en su artículo 2 señalando que estas son el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo - poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos.

Las comunidades negras, o afrodescendientes, constituyen varias comunidades que se desarrollan en su vida cotidiana de conformidad con la forma cultural propia de las etnias de procedencia africana asentadas en Colombia.

21 Corte Constitucional T-952 de 2010.

22 La Corte Constitucional cita al profesor Riccardo Guastini señalando lo siguiente: “El profesor Riccardo Guastini, cuando alude a los conflictos entre principios y la ponderación, se refiere a una jerarquía axiológica móvil, entendida como “una relación de valor creada (no por el derecho mismo, como la jerarquía de las fuentes, sino) por el juez constitucional, mediante un juicio de valor comparativo. || Instituir una jerarquía axiológica se traduce en otorgarle a uno de los dos principios en conflicto un <<peso>>, una importancia ético-política, mayor respecto del otro. || El principio que sucumbe, aunque es dejado de lado, no aplicado, de ninguna forma es derogado o declarado inválido. En otras palabras, dicho principio <<sigue vivo>>, en vigor en el sistema jurídico, listo para ser aplicado en otras controversias”. Cfr. Teoría e ideología de la interpretación constitucional, Ed. Trotta S. A., Madrid, 2008, P. 88 y 89”.

En la definición de comunidades afrodescendientes establecida por el legislador colombiano se observan de igual forma la existencia, por una parte, de un elemento objetivo, el cual versa sobre los rasgos culturales, la historia y las tradiciones y costumbres que comparten estas poblaciones en particular, y por otro lado, un elemento subjetivo, referido a la conciencia de identidad que las distingue de otros grupos étnicos.

Ahora bien, a manera de ilustración, vale resaltar que la Corte Constitucional, por su cuenta, mediante la sentencia C-641 de 2012 señaló en relación a las comunidades negras lo siguiente:

[La] Corte [constitucional] precisó que las comunidades negras son titulares de derechos colectivos similares a los grupos indígenas, aunque con las diferencias impuestas por sus especificidades culturales y su régimen legal propio. Más concretamente, esta corporación señaló que tales comunidades y sus miembros, tanto como los de los pueblos indígenas, son titulares de todos los derechos consagrados en el Convenio 169 de la OIT, pues sin ninguna duda cumplen las condiciones y supuestos previstos por su artículo 1º, cuyas definiciones determinan su campo de aplicación”

Es claro que, para el órgano supremo constitucional de Colombia, las comunidades negras gozan del mismo reconocimiento y protección constitucional del que gozan las comunidades indígenas; de tal suerte que ambos grupos poseen características propias que los diferencian del resto de sectores sociales mayoritarios de la colectividad colombiana y que por tanto pueden ser titulares de los derechos consagrados en el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

2.3. POBLACIÓN Y TERRITORIO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y AFRODESCENDIENTES EN COLOMBIA

Actualmente, a través de la página web del Ministerio de Cultura de la Nación²³, el Gobierno Nacional ha precisado que los grupos étnicos representan, de acuerdo con el censo realizado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística del año 2005,

23 <http://www.mincultura.gov.co>

el 13.77% del total de la población colombiana, en donde la población afrodescendiente representa la mayoría con el 10,40%, seguida por los pueblos indígenas con 3,36% y el pueblo Rrom o gitano con el 0,01%.

Por su parte, las principales áreas culturales afrodescendientes, asentadas en Colombia, se encuentran ubicadas en el litoral del Caribe; el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina; y en el litoral Pacífico²⁴; de conformidad con el primer material didáctico elaborado bajo la iniciativa del Ministerio de Educación Nacional como apoyo a la Cátedra de Estudios Afrocolombianos denominado Atlas de las Culturas Afrocolombianas.

De otro lado, respecto a las comunidades indígenas, existe un mayor grado de complejidad para determinar su ubicación en el territorio colombiano. Esto se debe a que se encuentran distribuidas a lo largo del territorio nacional. Del total de pueblos indígenas que habitan el territorio colombiano, un 85% viven en tierras de resguardos legalmente constituidos, mientras que el resto de su población, no tienen tierra y se encuentran fuera de sus territorios ancestrales²⁵. Ahora bien teniendo en cuenta lo anterior señala Unicef que la población indígena se encuentran asentada principalmente en Amazonia; Orinoquia; en la región Centro Oriente; la región de Occidente; y en la Costa Atlántica²⁶.

24 Para verificar y obtener mayor información puede consultarse la siguiente página web: <http://www.colombiaaprende.edu.co/html/etnias/1604/propertyvalue-30523.html>.

25 Unicef, Oficina de Área para Colombia y Venezuela. Los Pueblos Indígenas en Colombia derechos, políticas y desafíos. (2003). Pág. 25.

26 Unicef, Oficina de Área para Colombia y Venezuela. Los Pueblos Indígenas en Colombia derechos, políticas y desafíos. (2003). Pág. 24-25.

3. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL FRENTE A LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y AFRODESCENDIENTES EN COLOMBIA

La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la consulta previa, fijando las reglas que deben tenerse en cuenta para determinar la procedencia de la misma, a partir de análisis de casos en sentencias de tutela y en sede de control abstracto de constitucionalidad.

Recientemente la jurisprudencia constitucional, mediante sus tres últimos pronunciamientos al respecto se ha referido a las reglas jurídicas de procedencia de la consulta previa, determinando los eventos en los cuales resulta obligatoria.

Para los efectos, desarrollaremos la siguiente línea jurisprudencial, con el propósito de describir y analizar los diferentes argumentos y las tesis sostenidas por el máximo tribunal de la jurisdicción constitucional en Colombia para garantizar la protección al derecho a la Consulta Previa de las Comunidades Indígenas y Afrodescendientes. Partiremos desde el primero de los últimos tres pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas y afrodescendientes²⁷:

(A) Sentencia T-698 de 2011: Elementos de procedencia de la Consulta Previa.

En el presente caso la Secretaria de Planeación del municipio de Riosucio, concedió en un predio de carácter privado, una licencia de construcción para una estación de telefonía celular de la Empresa Comcel S.A., predio que el Resguardo Indígena Cañamomo Lomapieta, consideró hacía parte de su territorio ancestral.

Para resolver el caso, la Corte reiteró la regla constitucional de la *afectación directa* a comunidades étnicamente diferenciadas, como criterio determinante para establecer si es obligatoria la consulta previa a la comunidad.

²⁷ Las siguientes sentencias relacionadas en esta línea jurisprudencial pueden ser consultadas en la página web de la Corte Constitucional de Colombia. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>.

En el presente caso bajo estudio, la Corte Constitucional, estableció que el título de propiedad privada para construir la estación de comunicaciones no era lo esencial para que la consulta previa resulte obligatoria. El criterio esencialmente determinante para identificar la procedencia de la consulta previa es la afectación directa a la comunidad étnicamente diferenciada en su hábitat natural.

Elaboro, además, consideraciones respecto de los aspectos probatorios a tener en cuenta para valorar la procedencia de la consulta previa; entre las cuales cabe destacar las siguientes: (i) la ausencia de reconocimiento formal de la existencia de territorios ancestrales o propiedad colectiva no implica que no deba adelantarse la consulta previa; (ii) La certificación de existencia de grupos étnicos en la zona donde se vaya a adelantar la medida administrativa es un indicio sobre el deber de adelantar la consulta previa, pues es un “instrumento válido al que deben acudir las autoridades y a los particulares interesados en la medida susceptible de afectar a las comunidades indígenas.

Se reiteró de igual forma que para la procedencia de la consulta previa debe aplicarse el criterio de afectación directa, según el cual no toda medida administrativa o legislativa genera el deber de realizar la consulta previa, sino solo aquellas actividades, obras o proyectos que tengan capacidad de afectar directamente a la comunidad en lo social, en lo económico, en lo cultural y en lo ambiental, mediante la modificación de su status jurídico como sujeto protegido constitucionalmente.

Teniendo en cuenta los anteriores presupuestos, se tutelaron los derechos del Resguardo Indígena Accionante, ordenando la realización de la consulta previa y la suspensión del funcionamiento de la estación de comunicaciones, por encontrarse que la misma afectaba directamente a la comunidad indígena.

(B) Sentencia T-348 de 2012: Alcance Jurídico de la Consulta Previa.

El segundo pronunciamiento, es la sentencia T-348 de 2012, con ponencia de Jorge Pretelt Chaljub. Aquí la Corte resolvió el conflicto iniciado por la interposición de una acción de tutela en contra del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, el Consorcio Vía al Mar, el Ministerio de Ambiente y de Desarrollo, el Instituto Nacional de Concesiones y el

Instituto Nacional de Vías, por parte de la Asociación de Pescadores de las Playas de Comfenalco, por cuanto no se les garantizó un espacio de participación y concertación previo a la construcción del proyecto “Anillo Vial – Malecon del Barrio Crespo”.

La Asociación de Pescadores de las Playas de Comfenalco -ASOPESCOMFE solicita que se amparen los derechos fundamentales de sus integrantes al trabajo, a la paz, a la salud mental, a la vida digna, a la libre escogencia de profesión u oficio, a la protección especial de la tercera edad, de las minorías étnicas y de la diversidad cultural y a la dignidad humana, y en consecuencia, que se ordene al Consorcio Vía al Mar que se abstenga de encerrar el sitio donde los pescadores parquean sus botes de madera y realizan su labor de pesca, hasta tanto no se llegue a un acuerdo sobre el resarcimiento de los perjuicios que se están causando con la realización del proyecto Anillo Vial Malecón de Crespo.

Ahora bien, el Consorcio Vía al Mar mantiene y opera la carretera Cartagena – Barranquilla, ruta 90A, conocida como la vía al mar. El Consorcio tiene a cargo las labores de diseño y construcción del anillo vial de Crespo. En desarrollo de esa labor, presentó al Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible la información y documentación necesaria para la expedición de la licencia ambiental.

Para el efecto, solicitó al Ministerio del Interior certificación sobre la presencia de comunidades indígenas y negras en el área de influencia del proyecto. Mediante las certificaciones OFI09-15106-GCP-0201 y la OFI11-31911-GCP-201 del 14 de mayo de 2009 y del 28 de julio de 2011, respectivamente, el Ministerio del Interior certificó la no presencia de las comunidades mencionadas en la zona del proyecto.

La Corte se planteó estudiar si el Consorcio Vía al Mar y las demás entidades demandadas vulneraron los derechos fundamentales al trabajo, a la libre escogencia de oficio o profesión, a la consulta previa de la comunidad pesquera y los derechos de los adultos mayores, al omitir garantizar un espacio de participación y concertación previo a la construcción del proyecto “Anillo Vial – Malecón del Barrio Crespo” con ASOPESCOMFE, y no ofrecerle a sus miembros medidas de reparación adecuadas por los daños que el proyecto les ha causado.

Para los efectos la Corte argumento lo siguiente, respecto al alcance de la consulta previa y su fundamento:

Adelantar procesos de consulta con las comunidades indígenas y tribales para la adopción y la ejecución de decisiones que puedan afectarles, es una expresión y desarrollo, no sólo de las disposiciones generales de participación ciudadana mencionadas anteriormente, sino también de las disposiciones constitucionales específicas que protegen a estas comunidades, como los artículos 7, 70, 329 y 330 de la Constitución Política, los cuales reconocen y protegen la diversidad étnica y cultural y especialmente los territorios de estas comunidades.

[La consulta previa] comprende la facultad de comunidades étnicas de determinar sus propias instituciones y estructuras, conservar sus normas, costumbres y visión del mundo y opción de desarrollo y proyecto de vida y adoptar las decisiones que se muestren más acordes con su cosmovisión y la protección de sus objetivos. Lo anterior tiene específicamente tres aristas: a) el derecho a participar de cualquier decisión que pueda afectarles directa o indirectamente, prerrogativa que se manifiesta en el derecho a la consulta previa y respecto al derecho general de participación; b) la participación en las decisiones políticas; y c) el derecho al autogobierno de las autoridades étnicas.

No obstante a lo anterior, la Corte Constitucional, a pesar de reconocer que debía consultársele como organización que podía resultar afectada en sus actividades económicas y en su mínimo vital, no tuteló el derecho fundamental a la consulta previa, por cuanto “no es aplicable, en razón a que no se está ante un grupo culturalmente diferenciado titular de este derecho especial de participación, como son los indígenas y afrodescendientes”. Sin embargo manifestó también que:

“el hecho de que los pescadores no sean parte de una población identificada como indígena o afrodescendiente, no implica una autorización para que las obras de un macroproyecto se realicen ignorando al resto de la comunidad posiblemente afectada. De hecho, por tratarse de obras que pueden afectar el medio ambiente y las prácticas productivas, se debe garantizar que la comunidad en general y sobretodo del grupo de personas que depende del espacio hídrico para acceder a un ingreso mínimo, tengan conocimiento claro e integral de

la obra que se realizará, así como de los efectos positivos y negativos que se prevén, y participen en el diseño de las medidas de mitigación y compensación correspondientes”.

En conclusión, a pesar de que la Corte Constitucional, no amparo el derecho fundamental a la consulta previa reclamado por esta comunidad, fundamentándose en que la consulta previa es un derecho del que solo son titulares las comunidades indígenas y afrodescendientes, la Corte realiza una extensión analógica del derecho a la consulta previa, dejando en claro que a pesar de que nos encontremos frente a comunidades distintas a las indígenas o afrodescendientes, esto no es óbice para desproteger e ignorar al resto de comunidades que puedan resultar afectadas por las intervenciones del Estado en el medio ambiente. Por lo cual, en los términos de esta sentencia, se debe garantizar al resto de comunidades, el conocimiento de la obra, así como enseñar los efectos positivos y negativos que se prevén, y que participen en el diseño de las medidas de mitigación y compensación correspondientes.

(C) Sentencia T-376 de 2012: Garantía de la Consulta Previa como derecho fundamental.

El ultimo precedente sobre la materia lo constituye la sentencia T-376 de 2012 Magistrado Ponente Maria Victoria Calle Correa. Esta sentencia refleja el estado actual de la cuestión de la consulta previa frente a las reglas que estructuran la obligatoriedad de adelantarla, y aclara los eventos en los cuales debe obtenerse el consentimiento previo, libre e informado para establecer una medida administrativa o legislativa. El caso se refiere a la acción de tutela interpuesta en razón al otorgamiento de una concesión marítima otorgada a un particular en el sector de la Boquilla del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, sin haber consultado a los miembros de la comunidad afrodescendiente de la Boquilla para la imposición de la medida.

Para empezar debemos precisar que la Corte Constitucional señalo en esta sentencia que las disposiciones legales y reglamentarias tales como la Ley 99 de 1993 y el Decreto 1320 de 1998, son supuestos específicos previamente determinados por el Estado, en los cuales debe fundamentarse la consulta previa, pero no son los únicos determinados por el ordenamiento jurídico, habida cuenta que, lo determinante son los criterios contenidos en el

convenio 169 de la OIT desarrollados por la Jurisprudencia; y que el análisis de la misma deba hacerse en el caso concreto, esto es, mediante la aplicación de las reglas frente a las circunstancias especiales del caso.

En lo concerniente a la propiedad colectiva, estableció que es un derecho que, en principio, surge de la posesión ancestral, de lo que se desprende que su reconocimiento estatal no tiene carácter constitutivo, independientemente de su importancia para facilitar su protección jurídica. En consecuencia, la ausencia de su reconocimiento no implica la inexistencia del derecho de propiedad colectiva, y su tardanza en su reconocimiento implica una vulneración al derecho fundamental.

Frente a los ámbitos de participación distinguió tres: el de simple participación, el dado por el ámbito de participación por afectación directa a los derechos del grupo étnico diferenciado y el ámbito de la participación directa e intensa de grupos con las anteriores condiciones. Cuando la medida legislativa o administrativa afecta directamente a grupos culturalmente diferenciados, debe realizarse el procedimiento de consulta previa, antes de implementar cualquier medida legislativa y administrativa. Si la afectación es directa, pero además es intensa en la medida en que toca con las condiciones esenciales del grupo, debe obtenerse el consentimiento de la comunidad o de las comunidades para poder expedir la medida administrativa. En cambio, si la afectación es indirecta, deben brindarse espacios de participación a las comunidades en las decisiones que les puedan interesar “al menos en condiciones de igual naturaleza a los que tiene el resto de la población a disposición”.

Indicó además, que de la consulta previa como derecho fundamental solo son titulares los pueblos indígenas y tribales, es decir, aquellos culturalmente diferenciados, y que por ese carácter, puede interponerse la acción de tutela para la protección frente a las amenazas y lesiones al mismo.

En cuanto a los aspectos probatorios, dejó claro que en materia de consulta previa rige el principio de libertad probatoria, así pueden tenerse en cuenta: títulos de propiedad colectivos, estudios etnográficos, reconocimiento estatal de la presencia de comunidades, pero en el caso de que no exista una declaratoria jurídica formal sobre su existencia no

implica que no pueda probarse por cualquier medio probatorio; al respecto sobre este último tópico manifestó que:

“El reconocimiento estatal solamente contribuye a facilitar un medio de prueba sobre su existencia y, por lo tanto, a propiciar el acceso del grupo a los beneficios derivados de su condición, así como a los mecanismos de defensa de sus derechos fundamentales, pero no es un hecho constitutivo del derecho a la identidad cultural. La ausencia de reconocimiento o la imposición de trámites ineficaces o ineficientes para lograrlo, en cambio, comportan serias violaciones de sus derechos fundamentales. En otras palabras, como la existencia de una comunidad indígena es una cuestión material y puramente fáctica, puede probarse por cualquier medio que resulte adecuado para forjar la convicción del juez, en virtud del principio de libertad probatoria, el cual adquiere mayor fuerza en sede de tutela, debido a la informalidad de la acción y la prevalencia del derecho sustancial. || 73.3. En síntesis, cabe resaltar que (i) la existencia de una comunidad indígena o afrodescendiente no depende de un acto expreso de las autoridades públicas sino (ii) de los hechos constitutivos de la diversidad cultural y el auto reconocimiento del grupo. Sin embargo, (iii) el reconocimiento oficial facilita la prueba de la existencia de la comunidad ante la Administración y la jurisdicción y, por lo tanto, el acceso a los servicios del Estado y la protección de los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes”.

CONCLUSIONES

De acuerdo al análisis de la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional sobre la protección del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas y afrodescendientes las normas jurídicas que deben tenerse en cuenta sobre el particular son las siguientes:

1) La Corte Constitucional de Colombia, a través de su jurisprudencia, protege el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas y afrodescendientes, asumiendo en su interpretación jurídica, que este derecho, es una expresión y manifestación de los principios constitucionales de pluralidad, participación, respeto a la diversidad étnica y cultural, y derecho al medio ambiente.

2) Debe existir una medida administrativa o legislativa capaz de producir una *afectación directa* a los recursos naturales y, en general, al hábitat o territorio en el que se desenvuelven cotidianamente las comunidades indígenas y afrodescendientes para que la consulta previa se traduzca en un requisito de procedibilidad.

3) Si se comprueba que la afectación es directa, deberá adelantarse el procedimiento de la Consulta Previa. Ahora bien, si además la afectación es intensa, la Administración Pública deberá no solo adelantar la consulta previa, sino que deberá actuar con el consentimiento previo, libre e informado de los grupos étnicos, pues de lo contrario la actuación de la Administración no se ajustará a los principios y derechos reconocidos y protegidos por la constitución. En cambio,

4) Si se comprueba que la afectación no es directa, sino indirecta, debe garantizarse a la población espacios de participación, junto con el resto de los ciudadanos, destinatarios de la medida. Esto es, en el trámite de la actuación administrativa, deberán brindarse espacios para que esos grupos de especial protección constitucional puedan exponer sus planteamientos frente a la adopción de la medida administrativa o legislativa.

5) La afectación directa debe sufrirla un grupo étnico culturalmente diferenciado. Solo es obligatorio adelantar la consulta previa si las agrupaciones son de especial protección constitucional (grupos indígenas o afro descendientes), es decir, grupos con características culturales diferenciadas del resto del conglomerado social.

BIBLIOGRAFÍA

Artículos y publicaciones

CEACR, Observación Individual sobre el Convenio 169, Bolivia, 2005.

Quinche Ramírez Manuel Fernando. El Control de Constitucionalidad y el Control de Convencionalidad. Revista Centro de Estudio Políticos. En: <http://www.centrodeestudiospoliticos.com/descargas/1.8.pdf>.

Rey Clavijo José Gerardo. El control constitucional en Colombia a partir de la Constitución de 1991. VIA IURIS.

Rodríguez Garavito, Cesar y otros. La Consulta Previa a los Pueblos Indígena. Los estándares del Derecho Internacional. Bogotá: Universidad de los Andes. 2010.

Disposiciones Normativas

Constitución Nacional de 1991.

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Jurisprudencia Consultada

Corte Constitucional. Sentencia T-698 de 2011

Corte Constitucional. Sentencia T-348 de 2012

Corte Constitucional. Sentencia T-376 de 2012